

Rechtslexikon

für

Juristen aller teutschen Staaten

enthaltend

die gesammte

Rechtswissenschaft.

Bearbeitet

von

Advocat **Bopp** in Darmstadt; Regierungsrath **Bubdus** in Leipzig; Advocat **Gans** in Celle; Prof. Dr. **Ganpp** in Breslau; Domherr, Ordinarius u. Dr. **Günther** in Leipzig; Dr. **Heimbach** in Leipzig; Prof. Dr. **Jacobson** in Königsberg; Prof. Dr. **Jordan** in Marburg; Prof. Dr. **Luden** in Jena; Prof. Dr. **Maurenbrecher** in Bonn; Reichs- und Staatsrath von **Maurer** in München; Prof. Dr. **Michaelis** in Tübingen; Geheimen-Rath u. **Mittemaier** in Heidelberg; Hofrath Dr. **Puchta** in Leipzig; Prof. Dr. **Reyscher** in Tübingen; Prof. Dr. **Richter** in Marburg; k. k. Appellationsrath Dr. **Tausch** in Klagenfurt; Canzler u. Dr. von **Wächter** in Tübingen; Prof. Dr. **Weiß** in Gießen; Prof. Dr. **Wilde** in Halle; Prof. Dr. **Witte** in Halle; D. S. Rath von **Zirkler**, Mitglied des k. B. Staatsgerichtshofes u. in Tübingen und Andern

redigirt

von

Dr. Julius Weiske,

Professor in Leipzig.

Erster Band.

A — Bergrecht.

Leipzig, 1839.

Verlag von Otto Wigand.

Da eine Vorrede, nach ihrer gewöhnlichen Bestimmung, erst dann geschrieben werden kann, wenn das ganze Werk vollendet ist, so erinnern wir bei der Beendigung des ersten Bandes an den bei der Ankündigung mitgetheilten Plan. Wir sagten damals ohngefähr Folgendes.

Für die meisten Theile des menschlichen Wissens sind lexikalische Werke vorhanden und wurden, wenn sie das Erforderliche leisteten, mit Beifall aufgenommen; für die Rechtswissenschaft fehlt aber ein solches noch, da das, was in dieser Art sich vorfindet, den Ansprüchen der Gegenwart nicht genügen kann. In dem jetzigen Zustande der Jurisprudenz liegt aber das Bedürfnis sowohl, als auch die Möglichkeit, in einem Werke dieses so reich und sorgfältig angebaute Feld zu überschauen. Die einzelnen Zweige jener sind durch zahlreiche Arbeiten verschiedener Art sehr gefördert und theilweise umgestaltet worden. Nicht Alle sind aber vermögend, sich mit dem gegenwärtigen Zustande dieser Literatur allseitig bekannt zu machen und für jedes einzelne Fach besondere Schriften anzuschaffen. Daher das Bedürfnis eines Werkes, welches wenigstens in mehrfacher Hinsicht Ersatz dafür zu leisten verspricht. Der hohe Grad wissenschaftlicher Ausbildung, den die Jurisprudenz jetzt erreicht hat, macht es aber auch möglich, ein Werk der beabsichtigten Art zu Stande zu bringen.

Das Rechtslexikon wird die Materien des gesammten Rechtes in alphabetischer Ordnung behandeln, doch so, daß die einzelnen Lehren, z. B. Bergrecht, Besitz, Beweis, Lehenssuccession, Vormundschaft unter einem Artikel zusammen gefaßt werden, also nicht jedes juristische Wort in einem besonderen Artikel ausgeführt erscheint. Es soll das gesammte, positive, den Studienkreis der Juristen in Deutschland bildende und von denselben anzuwendende Recht umfassen, insbesondere also das römische und canonische, den Prozeß, das Strafrecht, das Lehenrecht, sowie das gesammte teutsche Privat- und Staatsrecht. Es ist daher auch das Berg-, Handels- und Wechselrecht, sowie die gerichtliche Medicin u. s. w. eingeschlossen.

Bei einem Werke, wie das beabsichtigte, kann es nicht sowohl die Aufgabe sein, demselben durch Aufstellung neuer Ansichten und Resultate seinen eigenthümlichen Werth zu verleihen, als es vielmehr

darauf ankommt, auf dem jetzt erreichten Höhenpuncte der Rechtswissenschaft stehend, das durch die verschiedenartigen juristischen und legislativen Thätigkeiten für die Rechtswissenschaft Gewonnene, durch Männer, deren Auctorität in ihrem Fach anerkannt ist, für dieses Werk selbstständig zu bearbeiten, so daß das in Commentaren, Monographien und Abhandlungen enthaltene, oder aus eigener Forschung gewonnene Resultat, so weit es wo möglich allgemein oder wenigstens vorherrschend als das Richtige und Giltige anerkannt ist, in neuer Bearbeitung dargestellt wird.

Die Darstellung selbst beschränkt sich auf das g e m e i n e Recht, in soweit nicht bei einzelnen Instituten die Erwähnung des Particularrechtes zur Begründung der Lehre selbst erforderlich erscheint, weil dem Particularrechte der einzelnen teutschen Staaten, oder auch deren Provinzen, besondere Artikel gewidmet werden sollen. Die Darstellung soll ferner rein dogmatisch, da es hier auf das dem Juristen nöthige Positive ankommt, und nicht politisirend oder polemisch sein, wenn schon einflussreiche Meinungen Anderer nicht zu übergehen sind. Auch liegt die jetzt sogenannte Popularisirung des Rechtes völlig außer dem Plan; vielmehr wird das Ganze in streng wissenschaftlicher Form gehalten. Die Beweisstellen sollen citirt und die Hauptliteratur angegeben werden. Der Umfang der einzelnen Artikel soll bei practischen Materien, da das Werk vorzüglich zum Gebrauch für practische Juristen bestimmt ist, den, welchen jene in den neueren, ausführlicheren Lehrbüchern haben, nach Maßgabe ihrer Wichtigkeit überschreiten, bei geschichtlichen möchte die gründliche Darstellung des Resultates der neueren Forschungen genügen. Wenn so dieses Werk die Stelle einer Handbibliothek ersetzen kann, so wird es sich namentlich auch dadurch nützlich erweisen, daß man über Gegenstände, mit denen Mancher nur seltener Gelegenheit hat, sich zu beschäftigen, Aufschluß erhält.

Die Beurtheilung des bereits Gelieferten überlassen wir wie billig Anderen; doch sind wir überzeugt, daß in mancher Hinsicht bereits mehr geleistet wurde, als nach dem Plane zu erwarten stand.

Wir bemerken hier nur noch, daß wir es aus mehreren Gründen nicht für passend hielten, die Verweisartikel in den Text aufzunehmen, und daß es erst nach Beendigung des ganzen Werkes möglich ist, die Vollständigkeit desselben zu prüfen, über die das am Schlusse des Rechtslexikons mitzutheilende Register die beste Rechenschaft geben wird.

II.

Abusus heißt die Verminderung der Substanz einer Sache durch Gebrauch derselben. Besonders wichtig ist der Begriff in der Lehre von den *res, quae abusu continentur*¹⁾, oder wie sie auch anderwärts heißen, *res, quae in abusu consistunt*²⁾. Man versteht darunter nach andern Parallelen³⁾ solche Sachen, deren Substanz durch den Gebrauch aufgezehrt oder vermindert wird. Die Römer rechnen dahin Wein, Getreide, Del, Geld, auch Kleider⁴⁾. Solche Sachen haben das Eigenthümliche, daß sie nicht Gegenstand des *ususfructus*, auch nicht des *commodatum* sein können, außer wenn sie des Prunkes halber geliehen werden⁵⁾. Die meisten Rechtsgelehrten verwechseln diese Sachen mit den sogenannten vertretbaren Sachen (*res fungibiles*), d. h. solchen, welche nach Maaß, Zahl und Gewicht bestimmt werden.

Abwesende (*Absentes*). Der Begriff der Abwesenheit ist im Römischen Rechte dahin bestimmt, daß jeder, welcher nicht an dem Orte sich befindet, wo die Klage angestellt wird, für abwesend erachtet werden muß¹⁾. Daher können die, welche in den Vorstädten Roms sich befinden, nicht für abwesend geachtet werden²⁾; wohl aber die, welche außerhalb derselben sich aufhalten. Ausnahmsweise hat der Begriff der Abwesenheit eine engere und eine weitere Bedeutung. Eine engere in der Lehre vom *damnum infectum*. Denn hier wird jeder, der sich vor dem Prätor nicht einfand, für abwesend gehalten³⁾. Eine weitere hingegen bei der *longi temporis praescriptio*, denn hier werden die für abwesend angesehen, welche nicht in derselben Provinz ihren festen Wohnort haben⁴⁾.

1) Ulp. fragm. 24. §. 27.

2) L. 5. §. 1. D. de usufructu earum rerum (7. 5).

3) §. 2. Inst. de usufructu (2. 4). L. 1. D. (7. 5).

4) §. 2. Inst. (2. 4).

5) L. 3. §. 6. D. commodati vel contra (13. 6).

1) L. 199. pr. D. de verborum significatione (50. 16).

2) L. 199. pr. D. (50. 16). L. 173. pr. D. (ibid.)

3) L. 4. §. 5. D. de damno infecto (39. 2).

4) L. 12. C. de praescript. longi temporis (7. 33).

Den Abwesenden werden in Beziehung auf ihre Rechte gleichgestellt a) die Wahnsinnigen (*furiosi*)⁵⁾; b) die in Rom stationirten Soldaten, mit Einschluß der *vigiles*⁶⁾, werden denen, welche in Staatsangelegenheiten abwesend sind, gleichgeachtet. — Der Ausdruck: *justa ex causa abesse*, bezieht sich immer auf die Abwesenheit, welche durch einen rechtsgiltigen, vom Prätor anerkannten, Grund gerechtfertigt erscheint⁷⁾. Dahin gehört namentlich a) das *reipublicae causa abesse*⁸⁾, worunter man sich nicht jede durch Staatsgeschäfte veranlaßte Abwesenheit zu denken hat, sondern nur die, welche vom freien Willen des Abwesenden nicht abhängt⁹⁾, und den Vortheil des Staates, nicht den des Abwesenden bezweckt¹⁰⁾. b) Das *studiorum causa abesse*¹¹⁾. Ein *abesse justa ex causa* nahm man auch bei Jedem an, welcher in seiner Abwesenheit von einem *procurator* gerichtlich vertreten wird¹²⁾. Die einzelnen Privilegien, welche den Abwesenden, namentlich denen, welche aus einem giltigen Grunde abwesend sind, zu Gute kommen, können erst unter den einzelnen darauf bezüglichen Artikeln, wie Vormundschaft, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, Verjährung, *negotiorum gestio* u. s. w. erörtert werden. S. auch Verschollene. Heimbach.

Acceptation der Wechsel und Anweisungen. Acceptation im eigentlichen Sinne findet nur bei Tratten statt, d. i. bei kaufmännischen Anweisungen und bei denjenigen Wechseln, welchen eine Anweisung zum Grunde liegt, also bei Wechseltratten, und sie ist hier ein in der Natur der Sache begründetes Erforderniß zur Vollständigkeit des Geschäfts (s. die Art. Anweisung, Wechsel und Tratte). Sie ist die Erklärung des Bezogenen oder auch dessen, der in seine Stelle eintritt (s. die Art. Intervention und Nothadresse), daß er sich verbindlich mache, die auf ihn gezogene Anweisung oder Tratte zu bezahlen; und insofern er diese Erklärung giebt, heißt er *Acceptant*. In der Regel werden jedoch nur Wechseltratten, nicht aber bloße Anweisungen acceptirt (s. die Art. Anweisung und Präsentation). In der Acceptation liegt theils eine Annahme des vom Trassanten dem Trassaten gegebenen Auftrags zur Bezahlung der Tratte, theils ein selbstständiges Versprechen, wodurch sich der *Acceptant* zunächst dem Inhaber des Wechsels oder der Anweisung zur Zahlung des acceptirten Betrags verpflichtet. Daher ist die Acceptation für den *Acceptanten* auch dann verbindlich, wenn der

5) L. 124. §. 1. D. de R. J. (50. 17.) L. 2. §. 3. D. de jure codicill. (29. 7.)

6) L. 7. D. ex quibus causis majores (4. 6). L. 15. §. 3. D. ad Legem Juliam de adult. (48. 5).

7) L. 28. §. 5. D. de fideic. libert. (40. 5.) L. 28. pr. D. (4. 6.)

8) L. 15. §. 22. D. (39. 2.) L. 28. §. 5. D. (40. 5.)

9) L. 36. D. (4. 6.)

10) L. 42. D. de acquirenda vel omittenda hereditate (29. 2) L. 14. D. de legationibus (50. 17.)

11) L. 28. pr. D. (4. 6.)

12) L. 36. §. 1. D. (40. 5.)

in der Tratte liegende Auftrag wegen mangelnder Wechselfähigkeit des Ausstellers, oder wegen eines Fehlers in der Form der Tratte, ungiltig wäre. Doch gilt sie nie über die gezogene Summe hinaus. Die Acceptation geschieht in der Regel schriftlich und auf dem Wechsel selbst, mit den Worten: „Acceptirt“ oder: „Angenommen,“ deren die Unterschrift des Acceptanten beigefügt wird. Die Braunschweiger, Bremer, Breslauer, Nürnberger und Schlesische Wechselordnung giebt dem Präsentanten wenigstens das Recht, schriftliche Acceptation zu verlangen, woraus folgt, daß er bei deren Verweigerung Protest erheben lassen kann und muß. Ungefähr dasselbe verordnet die Frankfurter, Gotha'sche, Danziger, Leipziger, Russische und Schwedische Wechselordnung. Die meisten Wechselgesetze verlangen auch, daß dem Ausdrucke der Annahme die Bemerkung des Tages beigefügt werde, was gemeinrechtlich nur bei Tratten auf Sicht und a uso erforderlich ist, indem sonst der Präsentant nachweisen muß, an welchem Tage der Wechsel präsentirt worden ist. Der Code de commerce sowie die Dänische und Niederländische W. D. wollen jedoch, daß in solchem Falle die Zahlungszeit eines Sicht- oder Uswechsels nach dem Tage der Ausstellung berechnet werde, während die Oesterreichische W. D. das ganze Accept für wirkungslos erklärt. Ist die Acceptation nicht am Tage der Präsentation erfolgt, so muß sie, nach vieler Wechselordnungen, auf jenen Tag zurückdatirt werden. Andere Gesetze schreiben diese Rückdatirung nur für den Fall vor, wenn die Präsentation wegen eingetretener Feiertage nicht früher geschehen konnte. Nachdem muß das Accept mit dem vollen Namen und Namen des Acceptanten, und wenn ein Bevollmächtigter statt seiner unterschreibt, auch der des Bevollmächtigten unterschrieben sein. Eine auffallende Abweichung von diesen Bestimmungen enthält die Cöthensche W. D. Art. 45., vermöge deren eine Acceptation für giltig und vollständig gehalten werden soll, wenn der Acceptant nur die Feder bewegt ansetzt und einen Buchstaben auf den Wechselbrief geschrieben hat. — Ist eine Tratte in mehreren Exemplaren (als Prima, Secunda etc.) ausgefertigt, so braucht nur ein Exemplar acceptirt zu werden. Ist die Acceptation auf mehreren Exemplaren erfolgt (was übrigens ungewöhnlich ist), so gilt sie nach der richtigern Meinung nur für Eine. Da, wo die Gesetze nicht ausdrücklich erfordern, daß die Acceptation auf die Tratte selbst gesetzt werden soll, kann sie auch in einer besonderen schriftlichen Urkunde erklärt werden; nur muß es dann unzweifelhaft sein, auf welche Tratte sie sich bezieht. — Eine mündliche Acceptation, ja selbst eine stillschweigende, die aus concludenten Handlungen zu folgern wäre, läßt sich zwar denken, und namentlich wird an vielen Orten, wo die an sich seltsame Sitte herrscht, dem Bezogenen den unacceptirten Wechsel nicht bloß vorzulegen, sondern ihn förmlich auf einige Zeit in dessen Besitz zu setzen, die Zurückbehaltung desselben über eine gewisse Anzahl von Stunden für stillschweigende Annahme geachtet. So in Preußen nach dem Landrechte Th. II. Tit. 8. §. 993, desgleichen in Dessau, Hamburg, Jever, Bilbao nach den dortigen Wechselordnungen, zum Theil auch in England und Toscana. Allein weder die stillschweigende noch die mündliche Annahme

(welche Letztere in vielen Wechselgesetzen ausdrücklich für nichtig erklärt und nur hin und wieder, z. B. in der Wechselordnung von Hamburg, Weimar und Göthen gebilligt ist) haben praktischen Werth, da es fast unmöglich ist, ohne schriftliche Acceptation den Wechselproceß, eine Gattung des Urkunden- oder Executivprocesses, anzustellen. Ist die Tratte ein sogenannter domicillirter Wechsel, d. i. anderswo zahlbar, als wo er acceptirt wird (s. d. Art. Wechsel), so hat der Acceptant bei Bewirkung des Accepts die Adresse des auswärtigen Hauses, bei welchem die Zahlung erhoben werden soll, beizufügen, außerdem muß der Präsentant protestiren lassen. Eine in ihrer Form den gesetzlichen Erfordernissen nicht gemäße Acceptation bewirkt nur eine gemeine, keine wechselfähige Verbindlichkeit. Ein Accept, das der Acceptant, ehe er noch den Wechsel dem Präsentanten zurückgibt, wieder ausgestrichen hat, ist (außer dem Bereiche der Göthenschen Wechselordnung, welche die oben bemerkte singuläre Disposition enthält) als nicht geschehen zu betrachten. Ausstreichung nach der Uebergabe ist, in sofern sie wider den Willen des Wechselinhabers geschieht, als eigenmächtige Disposition über fremdes Eigenthum nicht nur ungiltig, sondern selbst strafbar. Fähig, durch Acceptation sich verbindlich zu machen, ist Jeder, der überhaupt wechselfähig ist (s. den Art. Wechselfähigkeit). Die Acceptation heißt ordentliche, wenn sie von dem Trassanten für Rechnung des Ausstellers und ohne Vorbehalt in Gemäßheit des in der Tratte liegenden Auftrags geschieht; — außerordentliche aber (Acceptation per honor und Intervention, s. diesen letztern Art.) wird sie genannt, wenn sie von einem Dritten oder auch vom Bezogenen, aber für Rechnung eines Dritten oder zwar für Rechnung des Ausstellers, aber mit Vorbehalt des an diesen zu nehmenden Wechselregresses geschieht. Von der außerordentlichen Acceptation ist zu unterscheiden die qualificirte oder beschränkte, wovon nachher. In der Regel ist Niemand zu einer Acceptation verbunden, und gesetzt, er hätte sich durch ein ausdrückliches Versprechen hierzu verbindlich gemacht, so würde er wenigstens nicht nach Wechselrecht dazu angehalten werden können; doch gilt in England das mündliche Versprechen zu acceptiren der wirklichen Acceptation gleich. Sehr bestritten ist es, ob ein Versprechen, einen Wechsel zu acceptiren, den Bezogenen auch dann noch verbindet, wenn der Trassant unterdessen insolvent geworden ist. Nach der Ansicht älterer Praktiker erlosch hierdurch das Versprechen unbedingt, und dieß wird noch jetzt von mehreren französischen Rechtslehrern angenommen. Richtiger ist es zu unterscheiden, ob das Versprechen zu acceptiren dem Trassanten oder einem Dritten, z. B. dem Remittenten oder auch einem Trassanten, der aber für Rechnung eines Dritten gezogen hat, gegeben worden ist. Nur im ersten Falle, nicht aber in den übrigen, wird durch die Insolvenz des Trassanten das Versprechen ungiltig. Der Umstand, daß der Bezogene dem Trassanten Geld schuldig ist, verpflichtet ihn wenigstens nach gemeinem teutschen Wechselrechte nicht, eine Tratte zu acceptiren, also sich im voraus zu einer vielleicht erst nach Verfall des Wechsels gefällig werdenden Schuld nach Wechselrecht zu verpflichten. (Eine andere Frage ist,

ob er nicht die auf ihn trassirte Post, wenn die Schuld richtig und gefällig ist, zur Verfallzeit bezahlen müsse. — S. d. Art. Anweisung u. Wechsel.) Nach der Braunschweiger, Elbinger, Jeversehen und Leipziger Wechselordnung ist die Sache zweifelhaft. Nach Dänischem, Schottischem und Schwedischem Rechte aber ist es entschieden, daß der Schuldner, auf den vom Gläubiger trassirt wird, bis zum vollen Betrage der liquiden Schuld theils auf vorausgegangenen Avis, theils sogar ohne diesen Acceptation leisten muß, und, wenn er sie verweigert, für den Schaden verantwortlich wird. — Die Acceptation ist zu unterlassen: 1) wenn der Trassant die Tratte contremandirt, d. h. dem Bezogenen ausdrücklich aufträgt, nicht zu acceptiren. Dasselbe gilt, wenn eine Nothadresse (s. diesen Art.) durch den, von welchem sie herrührt, widerrufen wird. Auch ein bloßer Indossant kann sein Giro contremandiren (s. d. Art. Contreordre). 2) Wenn der Bezogene zuverlässige Nachricht erhält, daß der ihm vorgelegte Wechsel sich in unrechten Händen befindet; 3) wenn die Tratte eines Avises Erwähnung thut, und dieser nicht erfolgt ist; 4) wenn der Aussteller, ehe die Acceptation geleistet wird, insolvent und die Insolvenz dem Bezogenen bekannt worden ist, was präsumirt wird, wenn dieselbe in den öffentlichen Blättern auf die gewöhnliche Weise angezeigt worden ist. Wenigstens gilt dieß unstreitig dann, wenn die Bekanntmachung in den Zeitungen des Landes, wo der Bezogene wohnt, erfolgt ist. 5) Wenn der Wechsel in Präjudiz verfallen ist, d. h. wenn eine der Vorschriften verabsäumt ward, deren Beobachtung Bedingung zur Begründung des Wechselregresses ist (vergl. d. Art. Präsentation).

Es ist schon oben bemerkt worden, daß an und für sich Niemand verbunden sei, ein auf ihn gezogenes Papier zu acceptiren. Er kann also auch nicht gehindert werden, dasselbe entweder auf eine geringere Summe, als auf die es lautet, anzunehmen, oder die Verbindlichkeit, die er durch die Acceptation übernimmt, sonst auf eine beliebige Weise zu beschränken, es wäre denn, daß er aus einem der oben angegebenen Gründe zu acceptiren verpflichtet wäre; dann würde er freilich auch verbunden sein, die Acceptation rein und unbedingt zu leisten. Doch auch da, wo das Recht des Bezogenen, nur unter gewissen Beschränkungen zu acceptiren, ganz unbestreitbar ist, braucht sich doch der Inhaber des Wechsels (der Präsentant) eine solche beschränkte Acceptation nicht gefallen zu lassen. Thut er es dennoch, so verliert er den Regress an seine Vormänner; wenigstens wird, wenn der Acceptant zur Verfallzeit des Wechsels vielleicht gar nicht zahlt, dieser Regress nur auf das beschränkt werden müssen, was der Acceptant selbst in Folge der beschränkten Annahme noch zu leisten gehabt haben würde. Hätte aber der Präsentant sich ohne Protestation eine Hinausschiebung der Verfallzeit oder Domicilirung der Zahlung auf einen andern Platz (s. d. Art. domicilirter Wechsel) gefallen lassen, so ist der Regress gänzlich verloren. Der Wechselinhaber muß also, wenn der Bezogene auf irgend eine Weise anders, als die Tratte lautet, acceptiren will, sofort Protest erheben lassen. Doch erklären manche Wechselgesetze alle Modificationen, welche der Acceptation beigefügt werden, für nichtig (die Altenburger, Augsburger, Braunschweiger, Breslauer, Cöthensche,

Frankfurter, Gothaische, Jeverische, Leipziger und Württemberger Wechselordnung). Wo diese Ansicht gilt, da ist es freilich überflüssig, Protest zu erheben. Andere Gesetze aber (die Bremer, Dänische und Elbinger W. D.) machen die Gültigkeit dergleichen Modificationen davon abhängig, ob der Präsentant darein gewilligt hat. Sie schließen aber seine Einwilligung aus seinem Stillschweigen; folglich muß er, wenn er sich jene Modificationen nicht gefallen lassen will, Protest erheben lassen. Ein ähnlicher Sinn scheint der Baierschen, Danziger und Nürnberger W. D., ingleichen der von Bilbao und St. Sebastian zum Grunde zu liegen, welche entwedet die Beifügung von Bedingungen verbieten, oder die reine Acceptation anbefehlen. Noch andere Gesetze (der Code de commerce, die Niederländische, Nürnberger und gewisser Maßen die Oesterreichische Wechselordnung) erklären eine auf Bedingung gestellte Acceptation für gänzlich abgeschlagen, also für unwirksam gegen den Acceptanten, woraus ebenfalls folgt, daß der Präsentant Protest erheben lassen muß. — Bestand die Beschränkung der Acceptation darin, daß der Trassat die Tratte nur auf eine geringere Summe annahm, als auf welche sie lautete, so darf gemeinrechtlich bloß wegen des nicht acceptirten Theiles Protest erhoben werden, und es ist derselbe auch nur wegen dieses Theiles nöthig. Eine Ausnahme macht die Dessauische Wechselordnung und das Preussische Landrecht a. a. D. 1011—1113. Diese gestattet nämlich auch bei der Partikularacceptation die Protestation wegen der ganzen Wechselsumme; dagegen kann der Präsentant nach der Bremer und Jeverischen W. D. auch dann, wenn der Bezogene nur theilweise acceptirt hat, dennoch das Ganze fordern, wenn er nicht ausdrücklich erklärt hat, mit der theilweisen Annahme zufrieden zu sein. — Die Ursache, weswegen der Bezogene nicht acceptiren will, braucht nicht angegeben zu werden; doch ist es gewöhnlich, irgend einen Grund der Weigerung, meistens einen solchen, welcher der Ehre des Ausstellers nicht nachtheilig ist, anzuführen. Man sagt also nicht leicht: man acceptirt nicht „wegen ermangelnder Deckung“, sondern „wegen mangelnden Abis“, oder „aus Ursachen, die man dem Aussteller gemeldet habe.“ Doch ist es bisweilen rathsam, die wahre Ursache, weshalb man nicht acceptirt, zu erklären. Dies ist namentlich der Fall, wenn man die Annahme verweigert, weil man schon ein anderes Exemplar derselben Tratte acceptirt hat, ingleichen, wenn man wegen empfangener Contreordre nicht acceptiren darf.

Ueber die Zeit, wann der Bezogene sich zu erklären habe, ob er acceptiren will oder nicht, giebt es sehr verschiedenartige gesetzliche Bestimmungen. Die meisten Gesetze (der Code de commerce, das Badensche Landrecht, das Preussische Landrecht, ingleichen die Braunschweiger, Bremer, Breslauer, Danziger, Dänische, Elbinger, Gothaische, St. Gallener, Jeverische, Niederländische, Nürnberger, Oesterreichische, Schlessische und Schwedische W. D.) verlangen, daß der Trassat sich sogleich erkläre, ob er acceptiren wolle oder nicht, und geben dem Präsentanten das Recht, ja legen ihm die Pflicht auf, wenn jener schweigt, Protest zu erheben. Dasselbe gilt seit dem 1. Aug. 1830 auch in Sachsen, hinsichtlich der auf einen gewissen Verfalltag gestellten Wechsel laut des Mandats vom 23.

Decbr. 1829, durch welches die entgegenstehende Verfügung der Leipziger W. D. §. 7 aufgehoben ist. Andere Gesetze hingegen bestimmen, daß der Trassat erst eine gewisse Zeit (meist 14 Tage) vor dem Verfall des Wechsels gehalten sei, sich hierüber zu erklären (alte und neue Augsburger, Baiersche, Weimar'sche W. D. und Nürnberger Decret vom 12. Februar 1746). Noch andere (Badensches Landrecht, Frankfurter W. D.) bestimmen, daß bei Wechseln, welche aus Orten kommen, wo eine solche Disposition gesetzlich gilt, der Trassat ebenfalls nicht eher, als am Orte der Ausstellung sich über die Acceptation zu erklären brauche. An Sonn- und Feiertagen ist in der Regel Niemand zu jener Erklärung verpflichtet. Doch bestimmen das Gegentheil die Altenburger, Baiersche, Danziger, Dänische, Elbinger, Gotha'sche, Leipziger, Niederländische und Weimar'sche Wechselordnung. Die Augsburger und Frankfurter machen noch einen gewissen Unterschied zwischen Sonn- und Feiertagen; namentlich kann in Augsburg nicht an Sonntagen, wohl aber an Feiertagen Acceptation verlangt werden. Vergl. übrigens den Artikel: Präsentation zur Annahme. — Nach dem Verfalltage noch zu acceptiren, ist stets bedenklich und eigentlich dem ganzen Wesen des Wechselgeschäfts zuwider. Geschieht es doch, so verpflichtet es zwar den Acceptanten zur Zahlung nach Wechselrecht. Indessen braucht er sich zu Acceptation eines so verspäteten Wechsels nur gegen hinlängliche Caution für den Fall zu verstehen, daß der Trassant das Accept und die darauf zu leistende Zahlung nicht genehmigen sollte. — Ein eigener Wechsel bedarf der Natur der Sache nach keine Acceptation, was auch in vielen Wechselgesetzen ausdrücklich ausgesprochen ist. Doch verordnen manche Wechselordnungen das Gegentheil, z. B. die Altenburger, wenn der Schuldner vor der Verfallzeit verstorben ist, um das Wechselrecht gegen die Erben zu begründen, aber auch, wenn der Wechsel in die andere, dritte oder mehrere Hände gekommen ist; in welchem letzteren Punkte auch die Augsburger, Breslauer, Schlesi'sche, Elbinger, Frankfurter, Leipziger, Gotha'sche und Schwedische W. D. übereinstimmen; ja die Wechselordnungen von Hamburg und St. Gallen verlangen sogar unbedingt die Acceptation der eignen Wechsel.

Günther.

Acceptilatio heißt eine mündliche in Stipulationsform gekleidete Quittung einer, aus einer Stipulation entstandenen, Schuld. Der Schuldner fragte nämlich den Gläubiger: *acceptumne fers?* oder: *acceptumne habes?* Wenn nun der Gläubiger darauf antwortete: *fero* oder: *habeo*, so war die *acceptilatio* vollendet. Sie kann auch in griechischer Sprache geschehen ¹⁾, weil sie nach den Ansichten der klassischen Juristen für ein Institut des *jus gentium* gehalten wird ²⁾. Wenn sie *liberatio per mutuam interrogationem* genannt wird ³⁾, so bezieht sich dieß wohl nicht auf die Nothwendigkeit einer gegenseitigen Frage, sondern es scheint dieß vielmehr in Bezug auf die Stipulation gesagt, welche

1) §. 1. Inst. quibus modis obligatio tollitur (3. 30).

2) L. 8. §. 4. D. de acceptatione (46. 4).

3) L. 1. D. (46. 4.)

durch die acceptilatio aufgehoben wird. Denn nur insofern kann sie *mutua interrogatio* heißen, als in der acceptilatio gerade derjenige die Frage stellt, welcher in der Stipulation die auf die Frage des Gegners passende Antwort gegeben hat. Sie bewirkt eigentlich nur die Aufhebung solcher Obligationen, welche aus einer Stipulation stammen ⁴⁾. Deshalb heißt sie eine bildliche Zahlung (*imaginaria solutio*) ⁵⁾, wird in ihrer Wirkung der Zahlung verglichen ⁶⁾, und geradezu liberatio genannt ⁷⁾. Wird sie aber über Obligationen abgegeben, welche aus andern Obligationsgründen stammen, so hebt sie zwar dieselben nicht *ipso jure* auf (*inutilis est*) ⁸⁾, wohl aber steht es dem quittirten Schuldner frei, die *exceptio pacti* oder *doli* zu brauchen, wenn er von dem, welcher ihr quittirt hat, späterhin auf Bezahlung der Schuld belangt werden sollte ⁹⁾. Denn man nahm an, daß in einer solchen an sich ungiltigen acceptilatio stillschweigend ein Erlaßvertrag (*pactum de non petendo*) enthalten sei ¹⁰⁾. Der *exceptio doli* bediente man sich zu diesem Zwecke wohl nur dann, wenn nachgewiesen werden konnte, daß der quittirende Gläubiger wirklich die ungiltige acceptilatio vorgenommen habe. Denn dann mußte ein Zweifel entstehen, ob ein wirklicher *consensus* von seiner Seite vorhanden gewesen sei ¹¹⁾. Der Grund, weshalb die acceptilatio nur bei der Stipulation eine liberatio bewirkte, liegt wohl in der namentlich im älteren Rechte sehr klar ausgesprochenen Regel, daß Obligationen nur auf dieselbe Weise, wie sie entstanden sind, ausgelöst werden können ¹²⁾. Sollte sie auf andere Obligationen *ipso jure* wirken, so mußten dieselben erst durch die *stipulatio Aquiliana* in eine *verborum obligatio* umgewandelt worden sein ¹³⁾. Unter diesem Namen versteht man ein von dem Juristen Aquilius Gallus, dem Zeitgenossen Cicero's, erfundenes Quittungsformular, welches alle zu quittirende Forderungen, welche nicht aus einer Stipulation herrührten, mit feierlichen Worten durch *novatio* in eine *stipulatio* umzuwandeln und durch acceptilatio aufzuheben bestimmt war. Daß sie mit der acceptilatio verbunden war, sagen die in Note 13 angegebenen Stellen sehr deutlich, und es wird dieß zum Ueberfluß durch das Zeugniß des Theophilus ¹⁴⁾ bekräftigt. Indessen wird, wenn genau gesprochen wird, die acceptilatio von der eigentlichen *Aquiliana stipulatio* getrennt ¹⁵⁾. Von der acceptilatio gelten folgende

4) §. 1. Inst. (3. 30.) L. 8. §. 3. D. (46. 4.)

5) §. 1. Inst. (3. 30.)

6) L. 7. §. 1. D. (34. 3.) L. 7. §. 1. D. (34. 3.)

7) L. 1. D. (46. 4.)

8) L. 8. pr. D. (46. 4.)

9) L. 19. pr. D. (46. 4.)

10) L. 27. §. 9. D. de pactis (2. 14.). L. 5. pr. D. de rescindenda venditione (18. 5.).

11) L. 8. pr. D. (46. 4.)

12) L. 8. §. 3. D. (46. 4.) L. 35. pr. D. de R. I. (50. 17.) L. 100. D. (ibid.)

13) §. 2. Inst. (3. 30.) L. 18. pr. D. (46. 4.)

14) Theoph. inst. 3. 30. §. 2. ed. Reitz tom. II. p. 720. 721.

15) L. 3. C. de acceptationibus (8. 44.)

Stundfäße: 1) Sie kann auch nur theilweise geschehen¹⁶⁾, d. h. auch nur über einen Theil der Schuld gültig abgegeben werden. Doch erleidet dieß eine Beschränkung in dem Falle, wenn der Gegenstand der Obligation untheilbar ist. Denn dann wird die theilweise gemachte acceptilatio für null und nichtig erachtet¹⁷⁾, und kann mithin wohl nicht einmal in der Form des pactum de non petendo aufrecht erhalten werden. 2) Sie ist ein actus legitimus¹⁸⁾, deßhalb kann sie weder unter einer Suspensio- bedingung, noch unter Angabe eines Zeittermines eingegangen werden¹⁹⁾. Denn sonst wird die ganze Handlung, die in der acceptilatio ausgedrückt ist, für null und nichtig erachtet. 3) Die in der acceptilatio nothwendige Frage kann nur von dem Schuldner oder von dem, durch welchen der Schuldner erwirbt, an den Gläubiger gerichtet werden²⁰⁾. Pupilli können ohne Einwilligung ihres Vormundes durch acceptilatio von der Obligation befreit werden²¹⁾. Procuratoren, Tutoren und Curatoren sind unzulässig²²⁾. Soll also auch in diesem Fall die Acceptilation von Wirkung sein, so müssen solche Personen zuerst die Hauptschuld noviren, und dann können sie gültig durch Acceptilation quittirt werden. 4) Die Antwort in der Acceptilation kann nur der Gläubiger und dessen Erbe abgeben²³⁾, vorausgesetzt, daß sie fähig sind, über ihr Vermögen zu disponiren²⁴⁾. Deßhalb bedürfen die Unmündigen bei der acceptilatio der auctoritas ihres tutor. 5) Wenn die Hauptobligation durch acceptilatio aufgehoben wird, so sind zugleich die Nebenobligationen, die mit derselben unzertrennlich verbunden sind, als aufgehoben zu betrachten²⁵⁾.

Heimbach.

Accessio bedeutet im allgemeinen Alles, was zu einem andern Gegenstande als Zuwachs, Erweiterung, Vermehrung oder auch als Belastung hinzutritt¹⁾. Der Zuwachs einer Sache steht in der Regel in einem untergeordneten Verhältnisse zu der Sache, zu welcher er hinzukommt, so daß diese die Hauptsache, die Hinzukommende dagegen die, einen untergeordneten Theil oder eine der Hauptsache folgende und zu ihr gehörende Nebensache (s. den Art. Nebensache) bildet. Deßhalb heißt accessio eigentlich — und dieß ist der Sinn, in welchem das

16) §. 1. Inst. (3, 30.) L. 13. §. 1. D. (46. 4.)

17) L. 13. §. 1. D. nullius erit momenti (46. 4.)

18) L. 77. D. de R. I. (50. 17.)

19) L. 4 et 5. D. (46. 4.) L. 77. D. (50. 17.)

20) L. 11. pr. — §. 2. D. (46. 4.)

21) L. 2. D. (46. 4.)

22) L. 3. D. (46. 4.) L. 13. §. 10. D. (ibid.)

23) L. 13. §. 10 et §. 11. D. (46. 4.)

24) L. 1. C. de acceptilationibus (8. 44.)

25) L. 14. D. (46. 4.)

1) Vgl. L. 178. §. 1. D. de V. S. (50. 16.) L. 26 §. 3. D. de hered. pet. (5. 3.) L. 3. quando de pec. (15. 2.) L. 14. 15. §. 1. 59. L. 16. de div. temp. praescript. (44. 3.) und die Stellen der folgenden Noten; ferner die vielen Stellen, welche von Rob. Schneider in f. Index omnium rer. et sententiar., quae in corp. jur. Just. continentur. Lips. 1837. p. 27. nr. 120 sq. p. 37. nr. 1 sq. zusammengestellt sind.

Wort in den römischen Quellen in der Regel gebraucht wird — die Nebensache, der eine Nebensache bildende Zuwachs an Vortheilen oder an Lasten²⁾ (bei den Neueren s. g. *res accessoria*, *accessorium*), und wird in dieser Hinsicht nicht bloß von körperlichen Sachen, welche einen Nebentheil einer andern körperlichen Sache bilden, sondern auch von Rechtsverhältnissen, von Obligationen u. dgl. (z. B. von der Bürgschaft, dem Pfandrecht als *accessio* der Hauptobligation) gebraucht³⁾.

Zu den *Accessionibus* gehören namentlich auch die von den Neueren s. g. *Pertinentienzen*, *pertinentiae*⁴⁾ und die Früchte der Sache. Zwar behaupten Manche, die Römer hätten die Früchte nicht zu den *accessiones* gezählt, und der Begriff von *accessio* sei daher eigentlich auf das zu beschränken, was zu einer Sache von außen her als Nebentheil hinzukomme⁵⁾. Allein, wenn die Quellen bisweilen neben den *fructus* noch die (übrigen) *accessiones*, oder neben den *accessiones* (überhaupt) noch die *fructus* insbesondere nennen, z. B. L. 61. §. 2. D. de furt. (47. 2.) L. 2. §. 1. D. de in diem addict. (18. 2.) so beweist dieß noch nicht, daß sie die *fructus* überhaupt gar nicht zu den *accessiones*, oder zu den Sachen *quae accessionum locum obtinent* zählten⁶⁾.

Der Ausdruck *accessio* bezieht sich auf Sachen im weitesten Sinne (Not. 1.—3). Zwar wird das Wort für solche Personen gebraucht, welche bei einem Rechtsverhältnisse als Nebenpersonen theilhaftig sind, sei es als Nebenverpflichtete (so wird z. B. der Bürge eine *accessio* genannt)⁷⁾, oder als Nebenpersonen auf der Seite des Gläubigers (wie

2) Deshalb wird, wenn zu einer Sache eine andere so hinzukommt, daß keine eine Nebensache der andern bildet, gesagt: keine sei *Accessio* der andern. L. 27. §. 2. D. de A. R. D. (41. 1.) Vgl. auch L. 63. D. de legat. 1. (30.)

3) L. 43. D. de solutt. (46. 3.) L. 5. J. de fidejuss. (3. 20.) Vgl. auch die Stelle bei Dirksen *Manuale latininitatis fontium jur. civ. Rom.* p. 10 und besonders die Stellen bei Schneider l. c. p. 28. nr. 133 sq. p. 36. nr. 1 sq.

4) Vgl. L. 10. pr. D. quib. mod. ususfr. (7. 4.) L. 3. §. 1. D. de trit. vino (33. 6.) L. 4. pr. D. de penu leg. (33. 9.) Ferner L. 34. pr. D. de C. E. (18. 1.) L. 44. pr. D. de aed. ed. (21. 1.) L. 18. §. 1. D. de A. G. V. (19. 1.) Ob die „*causa rei*“ eine Unterart der *accessio*, oder die *accessio* eine Unterart der *causa rei* oder Beides gleichbedeutend sei, darüber ist Streit. Näheres bei dem Art. *causa rei*.

5) So Thibaut *Pandectenrecht* 8. Aufl. §. 177. Not. 1. v. Buchholz über den röm. Begriff der *accessio*; in f. *Versuchen über einzelne Theile d. Theor. des heutigen röm. Rechts.* Berl. 1831. Nr. VI.

6) So z. B. rechnen sie die Zinsen, welche auch zu den *fructus* im weitern Sinne gehören (L. 88. §. 2. D. ad l. Falc. [35. 2.]), zu den *accessiones* L. 12. C. de usur. est (4. 32.) und in der Titelfrubrik von D. 22. 1. werden die *usurae* und *fructus* nicht den *accessiones* entgegenesetzt, sondern unter ihnen begriffen (de *usuris et fructibus et causis et omnibus accessionibus*, d. h. und überhaupt von allen *Accessionibus*), wie schon die *usurae* erweisen, welche bestimmt keinen Gegensatz zu den *accessiones* bilden können. Vgl. auch L. 31. §. 2. C. de jur. dot. (5. 12.) (*reditus vel pensiones vel usuras vel alias accessiones*) L. 8. §. 4. C. de bon. quae libb. (6. 61.) L. 3. §. 6. D. de neg. gest. (8. 5.)

7) L. 91, §. 4. 5. D. de V. O. (45. 1.) L. 32. 71. D. de fide juss. (46. 1.)

der solutionis causa adjectus⁸⁾). Allein dies ist bloß metaphorisch und eigentlich ist dabei bloß die Sache, die obligatio, in welcher die Nebenperson steht, gemeint. Vgl. §. 5. J. de fidejuss. (S. 21.)

Ueber die Rechtsgrundsätze, unter welchen die Accessionen stehen, vergl. besonders die Art. Nebensache, Frucht und den folgenden Artikel.
C. G. Wächter.

Accession als Eigenthumsverwertbar. In unserer jetzigen juristischen Kunstsprache wird dem Worte accessio (Accession) gewöhnlich noch ein anderer Sinn beigelegt, als der ist, in welchem accessio in den Quellen des röm. Rechts gebraucht wird, ein Sinn jedoch, der wenigstens Bezug auf den römischen Sinn von accessio hat.

Eine Sache, welche als Nebensache mit einer andern Sache in physische Verbindung kommt, muß zunächst auch unter die Rechtsverhältnisse dieser andern Sache, der Hauptsache, zu stehen kommen („accessio sedit principali“¹⁾) oder wie man es bei uns häufig ausdrückt: res accessoria sequitur rem principalem). Kommt daher eine uns nicht gehörige Sache mit einer in unserem Eigenthum befindlichen Sache in eine solche Verbindung, so müssen wir dadurch das Eigenthum jener andern Sache erwerben.

Die Erwerbungsart des Eigenthums an einer Sache nun, welche auf diesem Grundsatz sich stützt, welche also darin besteht, daß Jemand durch das Hinzukommen einer andern Sache, als Nebensache (accessio s. g. res accessoria) zu seiner Hauptsache (res principalis) das Eigenthum der Ersteren verlangt, nennt die neuere juristische Kunstsprache **Accession**.

Diese Erwerbungsart des Eigenthums greift aber nicht bei allen Nebensachen Platz, wie überhaupt für Alles, was in diesem oder in jenem Rechtsverhältnisse unter den Begriff der Nebensache (accessio) fällt, keineswegs durchaus die gleichen Rechtsgrundsätze gelten. Sie tritt vielmehr, abgesehen von dem Erwerbe einer Flussinsel und eines Flussbettes nur ein, wenn die Nebensache in physische Cohärenz mit der Hauptsache gebracht wird²⁾, und dadurch einen in dieser Verbindung unselbstständigen Theil derselben bildet. Deshalb sind namentlich die s. g. Pertinenzien wohl zu unterscheiden von den Nebensachen, welche durch Accession ins Eigenthum erworben werden. Denn die Pertinenzien umfassen von der einen Seite mehr, von der andern Seite weniger. Namentlich können die Nebensachen, welche durch Accession ins Eigenthum erworben

auch L. 43. D. de solutt. (46. 3.) v. Buchholz a. a. D. Schneider in v. ang. Index p. 36. 37. nr. 9—18.

8) L. 44. §. 4. D. de O. et A. (44. 7.) Schneider l. c. p. 36. nr. 1. 2. et not. 2.

1) L. 19. §. 13. D. de auro arg. (31. 2.)

2) Vgl. alle unten näher anzuführende Beispiele, welche die Quellen enthalten, und den allgemeinen Satz in L. 23. §. 5. D. de R. V. (6. 1). Selbst beim Flussbett und der Flussinsel findet eigentlich physische Cohärenz statt. S. unten Not. 10 u. 21.

werden, einen integrierenden Theil unserer Hauptsache bilden, wie z. B. der fremde Balken, den wir in unser Haus verbauen, während der Begriff von Pertinenz auf solche Sachen sich nicht erstreckt. Von der andern Seite gehören zu den Pertinenz Sachen, welche durch Accession nicht ins Eigenthum erworben werden, z. B. wenn der Eigenthümer eines Hauses ein benachbartes Stückchen Land unbefugterweise sich aneignet und es in ein Hausgärtchen umwandelt, so gilt, wenn er das Haus verkauft, das Gärtchen als Pertinenz des Hauses und ist daher im Kaufe mit begriffen, d. h. der Käufer des Hauses kann gegen über vom Verkäufer das Gärtchen mitansprechen. Allein keineswegs ist es durch Accession in das Eigenthum des Verkäufers und seines Nachfolgers übergegangen und der alte Eigenthümer kann es immerhin vindiciren. Ebenso gehören hierher die Beispiele, welche in den, im vorhergehenden Art. accessio Note 4 angeführten Stellen enthalten sind.

Die Fälle des Eigenthumserwerbs durch Accession werden verschieden abgetheilt. Früher und bis in unser Jahrhundert unterschied man gewöhnlich, ob bloß durch Wirkungen der Natur ohne absichtliches menschliches Zuthun, oder bloß durch absichtliche menschliche Thätigkeit, oder endlich ob durch Zusammenwirken beider Momente, der Naturkräfte und der Bemühungen eines Menschen, die Verbindung bewirkt wurde, und theilte hiernach die Accession ein in naturalis, industrialis s. artificialis und mixta. Allein gegen diese Eintheilung, bei welcher man sich noch über die Einreihung mancher einzelner Fälle in diesen Klassen stritt, wurde mit Recht bemerkt, daß sie schon um deswillen nicht zu billigen sei, weil bei jeder Accession Naturkräfte mitwirken müssen, die accessio industrialis also nicht der mixta (wie sie nach jener Eintheilung bestimmt wird) entgegengesetzt werden kann, sondern stets einen Fall der mixta bilden würde. Deshalb suchten einige Neuere die Eintheilung zu rectificiren. So behielt sie namentlich Thibaut, aber in dem Sinne bei, daß er unter acc. industrialis („künstlicher“ Accession) die Fälle der Accession, in welchen die Verbindung stets absichtlich bewirkt wird, wie Malen und Schreiben, unter naturalis s. casualis³⁾ („natürlicher, zufälliger“) die Fälle, in welchen stets ohne menschliche Absicht lediglich durch Naturkräfte und Zufall die Verbindung bewerkstelligt wird, wie bei der durch einen Fluß bewirkten Accession, und unter mixta („vermischte“) die Fälle versteht, in welchen bald mit, bald ohne menschliche Absicht die Verbindung bewirkt wird. So kann man freilich unterscheiden, und schon früher theilte ganz auf diese Weise Hofacker die Accessionsfälle, welche nicht in Erzeugnissen unserer Sachen bestehen, in industriales und naturales ein. Auch ist es in Hinsicht auf Entschädigungspflicht in manchen Fällen nicht ohne Wichtigkeit, ob die Accession in dem eben angegebenen Sinne eine naturalis oder eine industrialis war. Dagegen möchte die Eintheilung als Grundlage der Erörterung

3) Manche Ältere setzten der naturalis accessio noch eine fortuita entgegen, aber freilich auf eine ganz unstatthafte Weise, z. B. Ludovici Usus pract. distinction. juridicar. Lib. 41. tit. 1. Dist. 2.

der einzelnen Accessionsfälle und zu einer gehörigen Uebersicht über dieselben sich nicht empfehlen. Auch scheint Thibaut nicht gehörig dieselbe durchgeführt zu haben, wenn er zu seiner mixta accessio die confusio und commixtio und zwar diese allein zählt. Denn, abgesehen davon, daß diese beiden Fälle gar keine Accessionsfälle sind (s. den Art. confusio und commixtio), so müßten im Sinne Thibaut's auch die Erzeugnisse einer Sache zur accessio mixta gehören, während sie Thibaut zur casualis zählt.

Die meisten Neueren verwerfen die angeführten Eintheilungen als Grundlage der Darstellung der einzelnen Accessionsfälle, und unterscheiden überhaupt die Hauptklassen der Accessionsfälle nicht durch besondere Kunstnamen, sind aber über die Gesichtspunkte, nach welchen bei der Entwicklung der einzelnen Accessionsfälle dieselben zu ordnen sind, nicht einig⁴⁾. Im Folgenden ist im Wesentlichen die Anordnung befolgt, welche nach Savigny zuerst Heise durchführte, und welche auch viele Andere mit wenigen Abweichungen im Einzelnen⁵⁾ annahmen.

Die Fälle der Erwerbung des Eigenthums durch Accession sind nämlich folgende:

I. Erzeugung aus einer Sache; der Fruchterwerb des Eigenthümers der fruchttragenden Sache. — Die Früchte sind Nebensachen der fruchttragenden Sache. Der Eigenthümer der fruchttragenden Sache erwirbt daher auch das Eigenthum an den Früchten derselben, sobald diese an der Sache entstehen. Dieß selbst dann, wenn das Recht des Fruchtgenusses in Beziehung auf die Sache einem Dritten vermöge dinglichen Rechts (z. B. wegen eines Nießbrauches oder Emphyteutrechts) oder vermöge persönlichen Rechts (wie dem Pächter) zustehen, oder ein Dritter im guten Glauben die Hauptsache besitzen sollte. Denn in diesen Fällen bedarf es erst noch einer besondern Thatsache, durch welche der Fruchtgenußberechtigte (oder der Besitzer der Hauptsache) das Eigenthum der Früchte, welche bis dahin dem Eigenthümer der Hauptsache gehören, erwirbt, bald, daß die Früchte von der fruchttragenden Sache, wenn auch durch Zufall, getrennt werden (fructuum separatio), bald, daß der Berechtigte (selbst oder durch Andere in seinem Auftrage) die Früchte von der Hauptsache trennt, oder sie getrennt von der Hauptsache in seinen Besitz nimmt (fructuum perceptio). Näheres hierüber unter dem Artikel Frucht, Fruchterwerb.

II. Von Außen her kommender Zuwachs⁶⁾.

4) Z. B. Schweppe Röm. Privatr. §. 258 sondert nach dem Gesichtspunkte, ob die Nebensache „erst jetzt entsteht, oder schon früher da war“ (allein schon die Weise, wie er diesen Gesichtspunkt durchführt, ließe sich sehr bestreiten); Meckel's Lehrb. §. 247 theilt die Fälle in solche, wo eine Sache, die sonst herrenlos sein würde, und „in solche, wo eine Sache, die bisher in dem Eigenthume eines Andern gewesen ist, erworben wird.“ Im wesentlichen dieselbe Eintheilung stellt schon Ch. A. Günther Princ. jur. Rom. T. II. Jen. 1809. S. 579 auf, ebenso auch Haubold Doctr. pand. lineam. S. 319.

5) Z. B. Mühlenthal, Seuffert, Fritsch.

6) Auf diese Weise unterscheidet auch schon Hofacker Princ. jur. civ. Rom.

A. Erwerb unbeweglicher Sachen durch Accession. Hierher gehören bloß zwei Fälle⁷⁾:

1) Der Erwerb einer in einem Flusse, d. h. in öffentlichen fließenden Wassern entstandenen Insel (insula in flumine nata). Bildet sich im Flusse eine schwimmende Insel, so gehört sie, wie der Fluß selbst, dem Staate; sie ist *res publica*⁸⁾. Bildet sich aber eine feste stehende Insel, so kommt es auf die Art und Weise ihrer Entstehung an. Entstand sie a) dadurch, daß der Fluß seinen Lauf ändert, indem er sich in mehrere Arme theilt, das Grundstück eines Andern umfließt, unterhalb wieder sich in Ein Bett vereinigt und dadurch jenes Grundstück zu einer Insel macht, so wird dadurch das Eigenthum des zur Insel gewordenen Grundstückes nicht geändert. Das Grundstück bleibt im Eigenthum dessen, dem es vorher gehörte⁹⁾. Entsteht aber b) die Insel auf andere Art (vgl. L. 65. §. 2. D. de A. R. D. [41. 1.]), so gilt sie als Nebensache der an dem Ufer liegenden Grundstücke und fällt ganz von selbst im Momente ihrer Entstehung¹⁰⁾ den Eigenthümern dieser Grundstücke, je nach der Nähe der Insel und der Breite der Grundstücke am Ufer, ins Eigenthum zu. Die Ausmittelung der einem jeden Grundstücke erworbenen Inseltheile geschieht auf folgende Weise. Es wird der Fluß seiner Länge nach durch eine von beiden Ufern gleich weit entfernte Linie in zwei gleiche Theile getheilt; das Stück der Insel, welches dießseits der Linie liegt, erwerben die Eigenthümer der Grundstücke am dießseitigen Ufer, was jenseits der Linie liegt, gehört den Eigenthümern am jenseitigen Ufer, und zwar je nach dem Verhältnisse der Breite, welche ihre Grundstücke am Ufer haben¹¹⁾. Durchschneidet daher die Insel in keinem ihrer Theile die Mitte des Flusses, sondern fällt bloß in die eine

Germ. §. 945 das quod ex re nostra nascitur und das quod rei nostrae ita jungitur, ut partem ejus faciat. Nur macht er andere Unterabtheilungen.

7) Häufig rechnet man hierher auch die Alluvion und die Avulsion, z. B. Mühlentruch Lehrb. d. Pand. R. §. 255. Allein in diesen letzteren Fällen kommt eine bewegliche Sache zur unbeweglichen und wird erst durch diese Verbindung (wie auch beim Bauen, Pflanzen) eine unbewegliche. S. schon Donellus Comm. de jur. civ. IV. 27. 63. Dieser stellt übrigens die beiden hier im Texte erörterten Fälle und die Avulsion und Alluvion zusammen unter der Rubrik der *accessio, quae a fluminibus est*. Ueber diese Fälle ist zu vergl. Chr. Heinec. R. d. h. y. Ueber die Erwerbung des Eigenthums der in Flüssen entstand. Alluvionen, Avulsionen und Inseln, wie auch der verlassenen Flußbetten zc. in s. civilist. Erbt. Leipz. 1791. S. 3—89.

8) L. 25. §. 2. D. de acquirendo rer. domin. (41. 1.)

9) L. 7. §. 4. L. 30. §. 2. D. l. c. L. 1. §. 10. D. de fluminib. (43. 12.) §. 22. J. de rer. divis. (2. 1.) a. C. L. 1. C. de alluvionib. (7. 41.) Dieß liegt auch ganz in der Natur der Sache s. Donellus Comm. de jur. civ. IV. 29. §. 6. a. C.

10) L. 30. §. 2. D. de A. R. D. (41. 1.) Der Grund hievon liegt wohl darin, weil der Boden, auf welchem sie ruhte, an sich als zu den angrenzenden Grundstücken gehörig betrachtet wird. L. 30. §. 1. D. l. c. Schwegg. röm. Privatr. 4. Ausg. §. 360.

11) L. 7. §. 3. L. 29. L. 30. pr. §. 2. D. de A. R. D. Die Sache ist in Höpfners Commentar §. 310 durch Zeichnungen veranschaulicht.

Hälfte, so erwerben die Angrenzer an der andern Flußhälfte nichts von der Insel ¹²).

Wird die auf diese Weise von den Angrenzern erworbene Insel durch Alluvion (s. unten) erweitert, so gehört dieser Zuwachs unbedingt demjenigen, an dessen Inselstücke er sich ereignete, sollte auch dadurch dieses Stück so erweitert werden, daß es nun die Breite, welche das Grundstück des Eigenthümers am Ufer hat, überschreitet und andern benachbarten Grundstücken gegenüber zu stehen kommt ¹³).

Wenn endlich zwischen der entstandenen und auf die angegebene Weise den Angrenzern zugefallenen Insel und dem Ufer sich eine zweite Insel bilden sollte, so wird auch sie auf die gleiche Weise vertheilt, nur daß hier die erstere Insel an die Stelle des jenseitigen Ufers tritt; d. h. die Linie, durch welche der Fluß seiner Länge nach in zwei Hälften zu theilen ist, ist hier nicht mitten durch den ganzen Fluß, zwischen beiden Ufern, sondern bloß durch die Mitte des Flußarmes, in welchem die neu entstandene zweite Insel liegt, zu ziehen, so daß die neue Insel bloß als Nebensache der Grundstücke am Ufer dieses Flußarmes und der alten Insel behandelt wird, und den Eigenthümern derselben zufällt ¹⁴).

Den angeführten, in vielen Stellen unserer Quellen bestimmt ausgesprochenen, Grundsätzen über Erwerb der Flußinseln scheint die L. 65. §. 4. D. de A. R. D. direkt zu widersprechen. Denn sie sagt: *Labeo* bemerke, „wenn Alles, was auf öffentlichem Eigenthum entsteht oder gebaut wird, öffentlich ist, so muß auch die im öffentlichen Flusse entstandene Insel öffentlich (Staats-eigenthum) sein.“ Wirklich fanden auch die älteren Interpreten große Schwierigkeit in dieser Stelle, und sie geben sich alle mögliche Mühe, sie mit den übrigen Aeußerungen in Einklang zu bringen ¹⁵). Daß aber *Labeo* jene Bemerkung nicht auf das Prak-

12) Dieß sagen die in Note 9 angeführten Stellen deutlich; auch wird es von unsern Schriftstellern wohl nicht anders genommen. Zwar glaubt *Fritz* (Erläut. zu v. *Wening-Ingenheims* Lehrb. II. p. 345), *Schweppe* a. a. D. sei anderer Meinung. Allein es beruht dieß doch wohl nur auf einem Mißverständnisse der allerdings etwas ungenauen Aeußerung *Schweppe's*. Vgl. auch die 3. Ausg. von *Schweppe's* Privatr. §. 260. *Mühlbruch* (Lehrb. d. Pand. R. §. 255. Not. 3 führt *Röchy* civ. Erbrtt. S. 34 als andere Meinung auf. Allein auch *Röchy* sagt dasselbe, was *Mühlbruch* behauptet und was hier im Texte erklärt ist.

13) So also, daß, wenn die Insel in dieser Ausdehnung von Anfang an bestanden hätte, den Eigenthümern der letzteren ein Theil der Insel zugefallen wäre. L. 56. pr. D. de A. R. D. *Donellus* Comm. de jure civ. IV. 29. §. 12.

14) L. 65. §. 3. D. 1. c.

15) Theils dadurch, daß Manche, freilich ohne alle Befugniß, ein non einschieben, wie *Hotomannus* Observatt. ad jus civ. I. 23. oder gar zwei non, wie *Reinold* Opusc. jur. ed. *Inglers* p. 599. oder nach nata est noch ein publica einschieben, wie *D'Orville* Diss. ad l. 65. D. de A. R. D. cap. 3. in *Oelrichs* Thes. Diss. Belg. V. I. T. III. p. 286 f. oder dadurch daß sie — im Ganzen wohl ebenso willkürlich — die Stelle bloß auf schwimmende Inseln bezogen, wie *Donellus* Comm. de jure civ. IV. 29. §. 5. 7. und *van de Water* Observatt. jur. R. I. 7. und *Wissenbach* Disputatt.

rische, auf das geltende Recht bezogen konnte, ergibt sich schon aus dem §. 2 derselben Stelle, und so ist wohl anzunehmen, daß jene Bemerkung Labo's bloß einen theoretischen oder legislativen Zweifel aussprechen sollte¹⁶⁾.

Was das römische Recht nach dem Angeführten über Erwerb der Flussinseln festsetzt, gilt auch bei uns noch durchaus als gemeines Recht, indem keine gemeinsame deutsche Rechtsquelle etwas an diesen Grundsätzen änderte¹⁷⁾. Nur einige Particularrechte, z. B. das Königlich Sächsische, weichen hievon ab, und stellen den Grundsatz auf, daß die in einem öffentlichen Flusse entstandenen Inseln dem Staate zufallen. Entsteht eine Insel in fließenden Wassern, welche im Privateigenthum des angrenzenden Grundeigenthümers stehen, so gehört sie natürlich dem¹⁸⁾. Ist das Wasser unter mehreren Angrenzern nach der West ihrer Grundstücke am Ufer gemeinschaftlich, so müßte die Insel unter sie nach denselben Grundsätzen, welche bei der Flussinsel gelten. (oben Not. 11, 12) getheilt werden.

2) Erwerb eines vom Flusse verlassenen Bettes (alveus derelictus):

Das Flussbett gehört eigentlich zu den angrenzenden Grundstücken als Theil derselben. Allein, wenn und so lange der Fluß es einnimmt, gilt es, wie der Fluß selbst, für öffentliches Eigenthum (res publica)¹⁹⁾.

Aus diesen Grundsätzen folgt:

a) Verläßt ein Fluß sein Bett und bildet sich ein neues Bett, so fällt nun das verlassene Bett an die Eigenthümer der angrenzenden Grundstücke, und wird unter sie ganz in der Art getheilt, wie eine Flussinsel. Es wird also mitten durch das Bett seiner Länge nach eine von beiden

jur. civ. D. 19. nr. 18. oder sonst durch nicht minder unhaltbare Interpretationen, welche in Rösch's civilist. Erdrtt. S. 27—44 angeführt sind, zu helfen suchten.

16) Rösch a. a. D. S. 45—50. Schweppe röm. Privatr. §. 160. Thibaut Pandectenr. 8. Aufl. §. 744. not. g. Anders erklärt Gesterding Lehre vom Eigenthum S. 201 die Stelle, und nach ihm Friß Erdrtt. zu Wenning's Lehrb. S. 344. Labo soll nämlich bloß sagen: Wenn der Satz wahr wäre, daß, was in publico entstehe oder gebaut werde, publica res sei, so müßte man auch die Flussinsel für eine publica res erklären. — Wollte man aber der Stelle diesen Sinn beilegen, so müßte man die „publica res“ nicht im gewöhnlichen Sinne für eine in öffentlichem Eigenthum befindliche Sache, sondern im Sinn einer res communis omnium nehmen. Vergl. L. 14. D. de adq. rer. dom. (41. 1.) Denn vom öffentlichen Eigenthum genommen, ist jener Satz doch wohl wahr.

17) Rösch a. a. D. S. 71 f. Eichhorn Einleitung in das deutsche Privatr. 4. Ausg. §. 269. Früher war dieß freilich sehr bestritten; s. z. B. die Citate bei Hofacker Princip. jur. civ. Rom. Germ. S. 950; allein in unserer Zeit ist durchaus die gemeine Meinung dafür.

18) Schweppe a. a. D. §. 260. a. G. Schilling Lehrb. für Institut. u. Geschichte des röm. Rechts 2c. Bd. II. §. 157. Not. k.

19) §. 23. J. de rer. div. (2. 1.) L. 7. §. 5. D. de R. A. D. (41. 1.) L. 1. §. 7. D. de fluminib. (43. 12.) L. 24. pr. D. quib. mod. ususfr. (7. 4.)

Ufern gleich weit entfernte ²⁰⁾ Linie gezogen, und den Theil des Bettes diesseits der Linie theilen die Angrenzer diesseits, den Theil des Bettes jenseits der Linie theilen die Eigenthümer der Grundstücke am jenseitigen Ufer je nach der Ausdehnung ihrer Grundstücke am Ufer ²¹⁾.

b) Hatte der Fluß bei der Bildung seines neuen Bettes seinen Weg durch ein Privatgrundstück genommen, so werden die Theile desselben, welche der Fluß zu seinem Bette zog, öffentliches Eigenthum. Verläßt daher später der Fluß das neue Bett wieder, so fällt dasselbe nicht wieder dem zu, durch dessen Grundstück der Fluß sich das Bett gebildet hatte — denn er hatte sein Eigenthum daran verloren — sondern es gehört den Angrenzern *jure accessionis*, und Jener bekommt nur in so weit einen Theil davon, als er durch die Theile seines Grundstücks, welche der Fluß nicht eingenommen hatte, zu den Angrenzern gehört ²²⁾. Auf diese Weise kann nach strengem Rechte der Eigenthümer sein ganzes Grundstück bleibend verlieren, sobald der Fluß das ganze Grundstück so zum Bett machte, daß dem Eigenthümer des Grundstücks kein Land am Ufer mehr übrig bleibt, und er also, wenn der Fluß das Bett wieder verläßt, nichts als Angrenzer bekommen kann. Dies ist auch in L. 7. §. 5. D. de A. R. D. (41. 1.) als Resultat des strengen Rechts ausgesprochen, jedoch mit dem Weisage: „sed vix est, ut id obtineat,“ d. h. in der Praxis werde sich diese strenge Consequenz nicht leicht geltend machen, und eben dadurch ist jedenfalls eine entgegenstehende Praxis im letztern Falle gebilligt ²³⁾.

20) Liegt eine Insel im Flusse und verläßt der Fluß das Bett, in welchem der eine Arm fließt, so ist die Linie zwischen der Insel und dem jenseits des verlassenen Armes liegenden Ufer zu ziehen, und das Bett unter den Eigenthümern der Insel und der am genannten Ufer liegenden Grundstücke zu theilen. L. 56. §. 1. D. de A. R. D. (41. 1.)

21) L. 7. §. 5. L. 30. §. 1. D. (l. c.) §. 23. J. de rer. div. (2. 1.) Die älteren Civilisten stritten sehr darüber, aus welchen Gründen denn das verlassene Bett den Angrenzern zufalle. So meint z. B. Connanus *Comm. jur. civ. III. 5.*, eigentlich sollte es dem Staate gehören, weil es *res publica* sei, der Staat aber sollte es an die austheilen, welche durch das neue Flußbett verlieren. Donellus dagegen (*Comm. de jur. civ. Lib. IV. c. 28. §. 3—9 cap. 29. §. 3. 4.*) erklärt die Entscheidung der röm. Juristen unter Berufung auf L. 30. §. 1. D. (l. c.) und auf die Erwerbung der Flußinsel daraus, daß das Bett eigentlich an sich ein Theil der angrenzenden Grundstücke sei und nur, so lange der Fluß darinnen fließe, eine *res publica* bilde. Sedenfalls meint er noch, sei es billig, das verlassene Bett den Angrenzern zu lassen, zum Ersatz für die Unbequemlichkeiten, welche die Nachbarschaft eines Flusses habe. Vgl. nun auch besonders Schrader in *f. corp. jur. civ. zu §. 23. J. de rer. div. (2. 1.) p. 188.*

22) L. 7. §. 5. D. (l. c.) §. 23. J. de rer. div. (2. 1.)

23) Vgl. auch Friß Erläut. zu v. Wening-Ingenheim's Lehrb. Heft 2. S. 344. Die Ansichten über diese Frage sind schon von der Glosse an sehr getheilt. Viele behaupten durch die angeführten Worte: *sed vix est etc.* sei geradezu ausgesprochen, daß im angeführten Falle (wenn das ganze Grundstück zum Bett geworden) das strenge Recht nicht gelte, sondern aus Billigkeit das alte Eigenthum wieder auslebe; s. z. B. Donellus *Comm. de jur. civ. IV. 28. §. 9.* (Der hier aber aus einem Princip argumentirt, welches

c) Dagegen wird durch eine bloße Ueberschwemmung (*inundatio*), bei welcher der Fluß bloß zeitweise über seine Ufer tritt, sein bisheriges Bett aber weder verläßt, noch das eingenommene Land zu seinem Bette zieht, das Eigenthum am überschwemmten Lande nicht bleibend entzogen²⁴⁾. Zwar wird auch hier nach einigen Stellen das Eigenthum am überschwemmten Lande aufgehoben; allein sie setzen bei: sogleich mit dem Zurücktretten des Flusses in seine Ufer lebe das alte Eigenthum wieder auf²⁵⁾.

der Erklärung der Quellen, namentlich den in Note 22. angeführten Stellen, direct widerspricht und auf das Resultat führen würde, daß das verlassene Bett stets in das Eigenthum dessen zurückkehre, welchem der Grund und Boden vorher gehört hatte) Connanus Comm. jur. civ. III. 5. §. 2. Giphanius Lectur. Altorphin. ad L. 38. D. (41. 1.) pag. 361 sq. Voët Comm. ad Pand. 41. 1. §. 18. Wieling Lection. jur. civ. Amst. 1736. L. I. cap. 12. p. 43. Köchy a. a. D. S. 61 ff. Gesterding Lehre vom Eigenthum etc. S. 211 (nur meint dieser, gelte doch diese Billigkeit nicht, weil andere Stellen das Gegentheil sagen). Schrader in s. corp. jur. civ. S. 23. J. (2. 1.) p. 189. Gegen diese Ansicht kann man zwar nicht, wie Manche wollten, den §. 23. J. de rer. div. anführen. Denn dieser würde, indem er bloß die beim *alveus derelictus* stattfindende Regel gibt, einer Restriction dieser Regel nicht widersprechen. Schrader l. c. Allein das wird man gegen sie einwenden können, daß die Worte: *sed vix est*, ut id obtineat denn doch wohl nicht sagen, daß das *strictum jus* im angeführten Falle wirklich nicht gelten solle. Auch würde die Stelle, wenn sie dies sagen wollte, im Widerspruche mit andern Pandectenstellen stehen, welche das strenge Princip bei einem *totus ager occupatus* wirklich anwenden, wie L. 24. D. quib. mod. usufr. (7. 4.) L. 38. D. de A. R. D. (41. 1.) (die richtige Auslegung dieser letzteren Stelle gibt Bachov ad Treutler. Vol. II. p. 216 und nach ihm Gesterding Lehre v. Eigenth. S. 212, welcher letztere ebendeshalb das strenge Recht stets zur Anwendung bringen will).

Anderer behaupten, die Stelle wolle gar nicht sagen, daß das Gegentheil vom *strictum jus* im angeführten Falle gelte, oder auch nur durch Praxis ausgeschlossen werden könne; vielmehr solle nach der Stelle, wenn das ganze Grundstück wirklich in ein Flußbett umgewandelt war, das strenge Recht durchaus gelten. Diese legen dann die Worte *sed vix est etc.* so aus: das Gesagte gelte nicht immer, z. B. nicht bei bloßen Ueberschwemmungen; so z. B. Nooß Probabil. jur. civ. I. 1 (daß man aber so nicht auslegen kann, zeigte schon Wächter Opusc. rarior. p. 195. sq. und Wieling l. c.) oder legen sie jene Worte dahin aus, ein solcher Fall (daß ein ganzes Grundstück zum Bett werde) werde sich nicht leicht ereignen, z. B. Westphal Lehre von Sachen p. 331. §. 421.; eine Auslegung aber, die den Worten und dem ganzen Zusammenhange dieser Stelle widerspricht. Wieder Andere wollen distinguiren: wenn der Fluß schnell wieder das neue Bett verlasse, so gelte das strenge Princip nicht, wenn er aber nur allmählig zurückweiche, so gelte es. Das Erstere soll in der l. 7. §. 5, das Letztere in L. 38 l. c. stehen. So Giphanius Lectur. Altorphin. ad t. 38. p. 361 sq. u. Hofacker Princip. jur. civ. etc. §. 951. Auf den Grund von L. 30. §. 3. de adq. rer. dom. behauptet Friß ein Wiederaufleben des alten Eigenthums dann, wenn gar keine Adjacenten am verlassenen Flußbette vorhanden seien. Allein s. Note 26.

24) L. 1. §. 9. D. de fluminib. (43. 12.) §. 24. J. de rer. div. (2. 1.)

25) L. 23. D. quib. mod. usufr. (7. 4.) L. 7. §. 6. u. L. 30. §. 3. D. de A. R. D. (41. 1.) Die letztere Stelle (vgl. auch die folg. Note) nehmen Einige mit Unrecht von einer Verwandlung in ein Flußbett; allein

Die öffentliche Weg, welcher zwischen dem verlassenen Flußbett und den angrenzenden Privatgrundstücken liegt, hindert die Erwerbung des Flußbettes nicht, wohl aber der dazwischen fließende Fluß²⁶⁾. Wenn daher z. B. ein Fluß zur linken Seite ausweicht und sich ein neues Bett bildet, und später wieder das alte Bett zur rechten Seite einnimmt, so fällt das verlassene neue Bett den Angrenzern zur Linken zu, sollte auch zwischen ihnen und dem Fluße ein öffentlicher Weg liegen; die Angrenzer zur Rechten aber, zwischen deren Grundstücke und dem verlassenen Bette der Fluß fließt, erhalten nichts vom verlassenen Bette²⁷⁾.

Bei den Römern war das ganze bisher angeführte Recht der Erwerbung einer Flussinsel und eines Flußbettes ausgeschlossen bei solchen Grundstücken, welche nach bestimmten öffentlichen Grenzen vom Staate aus dem Gemeinlande Einzelner angewiesen wurden (*agri limitati*, im Gegensatz zu den *agri arcisinii*)²⁸⁾. Solche Limitationen kommen aber bei uns nicht vor, und jene ihre Wirkung scheint auch schon bei den Römern in den spätern Zeiten außer Anwendung gekommen zu sein²⁹⁾.

B. Erwerb beweglicher Sachen durch Accession.

Seine Erwerb beweglicher Sachen durch Accession ist es, sofern der Eigentümer einer Hauptsache durch die Accession eine Sache, welche bisher einem Dritten gehörte, in sein Eigenthum erwirbt, Regel,

die meisten Interpreten (nicht bloß Köber, wie Bestenb. a. a. D. S. 217 meint) sich begreifen, und beziehen sie auf eine bloße Ueberschöpfung; so z. B. Cujacius ad S. 23. J. (2. 1.) Voigt Comm. ad Papd. 41. 1. S. 18. Wieling l. c. Schrader l. c. ad S. 24. J. (2. 1.) p. 189. Uebrigens ist es gewiß richtiger, mit Halbanber, Boet und Wieling die Worte „sed eodem impetu“ in der L. 30. §. 3 nicht, wie es gewöhnlich geschieht, zu „robore fluminis“ zu setzen, sondern zu „sive non palatim.“

26) L. 38. D. de acqu. rer. dom. (41. 1.) und die in der Note 27 angeführten. Anderer Meinung ist Friß Erläut. zu v. Wening-Ingenheim's Lehrb. Heft 2. S. 344 und nun auch in der von ihm besorgten 6. Ausgabe von Wening-Ingenheim's Lehrb. §. 139. Note 20. Nach ihm soll ein öffentlicher Weg die Erwerbung durch Accession ganz ausschließen, denn er leitet aus der in Note 25 angef. L. 30. §. 3 den Grundsatz her, daß das frühere Eigenthum abhau wieder aufstehe; wenn gar keine Adjacenten vorhanden sind, was hier ist der Fall, wenn das jetzt wieder verlassene Flußbett von dem neuen Flußbette und von einem öffentlichen Wege ganz eingeschlossen ist. Man kann man die L. 30. §. 3 nicht erklären, schon weil sie sonst im höchsten Widerspruche mit der L. 38. cit. stehen würde. Auch sprechen andere Stellen für den Fall, wenn gar keine Adjacenten vorhanden sind (consuetudine) den Grundsatz aus, daß nun das Bett herrenlos sei und dem nächsten Dominanten anfallt. Note 28.

27) L. 38. D. de acqu. rer. dom. (41. 1.) Bachov an dem Note 23 angeführten Orte; ferner Donellus Comm. de jur. civ. IV. 28. §. 10. Connanus Comm. jur. civ. III. 5. §. 2. Giphanius Lectur. Aitorph. ad l. 38. cit. p. 366.

28) Insel und Flußbett, welche und so weit sie solchen Grundstücken gegenüber lagen, waren herrenlos und konnten von Jedem occupirt werden. L. 1. §. 6. 7. D. de fluminib. (43. 12.) L. 16. 56. pr. D. de acqu. rer. dom. (41. 1.) Friß'scher Rechts-Geschichte. 2. Ausg. B. 2. S. 699 f.

29) Schrader in s. corp. jur. civ. T. I, p. 185, 186.

daß der Eigenthumserwerb bloß ein widerrechtlicher ist. Die Verbindung gibt dem Eigenthümer der Hauptsache auch das Eigenthum der Nebensache. So lange diese Verbindung dauert, besteht auch ihre Wirkung: das Eigenthum an der Nebensache; mit aufgehobener Verbindung hört auch ihre Wirkung auf, und das Eigenthum dessen, welchem die Nebensache früher gehört hatte, lebt nun wieder auf. Wer daher durch Accession sein Eigenthum an einer beweglichen Sache verloren hat, muß, wenn er dieses Eigenthum recuperiren will, die Verbindung, durch welche er sein Eigenthum verlor, wieder aufzuheben suchen. Zu diesem Zwecke kann er, wenn er Besitzer der Hauptsache ist, diese Trennung in der Regel selbst bewerkstelligen³⁰). Besitzt er die Sache nicht, so kann er gegen den Besitzer derselben eine Trennungsklage (*actio ad exhibendum*) anstellen³¹). Ist dann in Folge dieser Klage die Nebensache von der Hauptsache getrennt, so kann er nun die Nebensache, an welcher durch die Trennung sein Eigenthum wiedererstanden ist, mit der Eigenthumsklage dem Besitzer abfordern³²).

Von dieser Regel gibt es aber viele Ausnahmen, in welchen aus besonderen Gründen bald das Eigenthum der Nebensache uniderrichtlich so erworben wird, daß nicht nur die Trennungsklage ausgeschlossen ist, sondern auch, wenn auf andere Weise die Verbindung der Sachen aufgehoben wird, das frühere Eigenthum an der Nebensache doch nicht wieder auflebt (z. B. beim Pflanzen), bald wenigstens die Trennung ausgeschlossen ist, d. h. der Eigenthümer der Hauptsache zur Trennung zwar nicht gezwungen werden kann, aber wenn die Trennung auf irgend eine Weise bewerkstelligt wird, das alte Eigenthum an der Nebensache wieder auflebt und sie von dem frühern Eigenthümer vindicirt werden kann, z. B. beim Bauen. Zur näheren Bestimmung und Erörterung dieser Ausnahmen und der weiteren, bei der Accession beweglicher Sachen geltenden, Grundsätze sind hier folgende Fälle zu unterscheiden.

AA. Erwerb beweglicher Sachen, welche als Nebensachen zu unbeweglichen Sachen hinzukommen.

Bei dem Verhältnisse beweglicher Sachen zu unbeweglichen Sachen gilt der Grundsatz: jede bewegliche Sache, welche in physische Verbindung mit einer unbeweglichen Sache kommt, wird dadurch Nebensache der Letzteren. Der Eigenthümer einer unbeweglichen Sache erwirbt daher (durch die bloße Accession) fremde bewegliche Sachen in sein Eigenthum, sobald sie mit seiner unbeweglichen Sache in physische Cohärenz gebracht sind, sei es durch Zufall oder mit Absicht, sei es auf eine rechtliche oder unrechtliche Weise. Anwendungen dieses Grundsatzes und zugleich den Beweis desselben enthalten folgende in den Quellen besonders herausgehobene Fälle:

30) S. unten Note 72. sq. 87. sq.
 31) L. 23. §. 6. D. de R.V. (6. 1.) L. 6. L. 7. §. 12. D. ad exhib. (10. 4.)
 32) S. die Stellen der vorhergehenden Note.

1) Die Alluvion. Was von fremden Grundstücken durch fließendes Wasser allmählig und unvermerkt abgespült und an ein anderes Grundstück angeschwemmt und mit diesem in feste Verbindung gebracht wird (alluvio)³³⁾, erwirbt sofort der Eigenthümer des letzteren Grundstückes³⁴⁾. Auf Anschwemmung durch öffentliche Flüsse ist diese Erwerbung durch Alluvion nicht beschränkt. Zwar sprechen bei der Alluvion die Schriftsteller häufig blos von öffentlichen Flüssen, und Manche behaupten ausdrücklich, daß das Recht der Alluvion blos bei öffentlichen Flüssen gelte³⁵⁾. Allein bei dem Erwerb des Eigenthums bildet hier die Öffentlichkeit des Wassers, durch welches der Zuwachs zugeführt wird, nicht das geringste denkbare Entscheidungsmoment, und wem anders soll denn, wenn ein Privatbach von den fremden höher liegenden Grundstücken allmählig Erde an ein anderes Grundstück angespült, diese Erde gehören, als dem Eigenthümer des letzteren Grundstückes? und zwar aus welchem andern Grunde, als aus dem der Alluvion und Accession³⁶⁾? Von einer Ersazpflicht des Erwerbenden für das Erworbene kann natürlich hier, bei einem solchen incrementum latens³⁷⁾, nicht die Rede sein.

2) Die f. g. Avulsion. Wenn durch ein Naturereignis, namentlich durch die Gewalt eines fließenden Wassers (vis fluminis) von einem fremden Grundstücke auf einmal ein ganzes Stück abgerissen und an ein anderes Grundstück hingetrieben wird, so bleibt das Stück, so lange es mit dem andern Grundstücke nicht festgewachsen ist, im Eigenthum seines bisherigen Eigenthümers, und derselbe kann es vindiciren³⁸⁾. Ist es aber an dasselbe festgewachsen, z. B. dadurch, daß ein auf dem Stücke stehender Baum Wurzeln in das Grundstück schlägt, so erwirbt

paulatim adjicitur, ut intelligere non possimus, quantum temporis adjicitur.“ L. 7. §. 1. D. de A. R. D. (41. 1.) oder wie Cajus Inst. II. 70 angeführt: „ut si quis in agro suo dicitur, per alluvionem id adjici videri, quod ita paulatim ab agro suo in oculos nostros fallat.“ Das Wort alluvio hatte bei uns noch eine weitere Bedeutung, in welcher es hierher nicht gehört, nämlich auch überhaupt jede Aenderung und jeden Zuwachs an einem Grundstück, sofern sie durch fließendes Wasser bewirkt werden. In dem gemeinen Rechte es z. B. zur alluvio, wenn ein Fluß durch allmähliges Zersinken der Ufer verläßt, oder bei einer Ueberschwemmung in seine Ufer zurückkehrt. L. 38. L. 30. §. 3. L. 56. pr. L. 16. D. (1. c.) L. 14. D. de acq. terr. am. (8. 6.) u. den Cobertitel 7. 41. de alluvionib. In den vorhergehenden Note im Anfang angeführten Stellen sind die Avulsionib. (7. 41.) auch L. 11. §. 7. D. de publ. in r. act. (6. 1.) u. D. de condic. ind. (12. 6.)

33) v. Raden in f. Corp. jur. civ. T. I. p. 183. ad voc. fluminis. Keltere.

34) v. Raden erklären sich auch Gesterbing im Archiv für civilist. Prax. Bd. 3. S. 260 f. auch abgedruckt in f. Nachforschungen Bd. 3. S. 260 f.).
35) v. Raden, loc. cit. 5. Aufl. von Benting-Ingenheim's Lehrb. §. 130.

37) v. Raden, loc. cit. ben Quellen auch die alluvio genannt. §. 20. J. (1. c.) L. 9. §. 1. D. de acq. terr. amfr. (7. 1.)

38) v. Raden, loc. cit. D. de A. R. D. (41. 1.) §. 21. J. de B. D. (2. 1.)

nun sofort der Eigenthümer des Grundstückes das angewachsene Stück in sein Eigenthum, und zwar unwiderruflich, so daß hier — aus denselben Gründen, wie in dem unter Nr. 3 anzuführenden Falle, s. Note 45 — die Trennungsklage ausgeschlossen ist³⁹⁾. Selbst eine Entschädigungsklage hat in diesem Falle der frühere Eigenthümer des Stückes nicht. Zwar sind Viele anderer Ansicht⁴⁰⁾; allein die Quellen sagen durchaus nichts von einer in diesem Falle stattfindenden Ersatzklage⁴¹⁾, und auch aus allgemeinen Grundsätzen läßt sich für einen Fall, wie den genannten, in welchem lediglich durch Naturereignisse dem Verlierenden der Schaden zugefügt wird, eine Ersatzpflicht des Gewinnenden nicht nachweisen⁴²⁾.

3) Das Pflanzen (s. g. *implantatio*)⁴³⁾. Eine einem Dritten

39) S. die Stellen der Note 38. Ueber den Schluß des §. 21. J. cit. ist zu vergleichen Schrader in s. Corp. jur. civ. Tit. I. pag. 187 ad v. *videntur adquisitae*, auch Röchy in den angef. Erdrtt. 8—12. Dierher gehört auch der in L. 9. §. 2. D. de damn. inf. (39. 2.) erwähnte Fall. — Das angeführte Recht gilt, mag ein öffentliches oder ein Privatwasser die Avulsion bewirkt haben. Es entscheiden hier dieselben Gründe wie bei Not. 35. 36.

40) Schon unter den Glossatoren war die Frage bestritten. Für eine *actio in factum* auf Ersatz des Werthes des Stückes, den es für den Erwerbenden hat, sind unter den Neueren *Thibaut* Pandectenrecht 8. Aufl. §. 744. *Witth. Sell* Versuche ec. Th. I. S. 94 f. Gegen die Ersatzpflicht ist jedoch die Mehrzahl der Neueren, so namentlich *Röchy* Civil. Erdrtt. S. 13—20. *Wackelbey* Lehrb. d. heut. R. R. 9. u. 10. Aufl. §. 250. v. *Wening-Ingenheim* Lehrb. §. 346. *Friedr. Ab. Schilling* Lehrb. für Instit. u. Gesch. des r. Privatr. §. 158. Note m. Ca. *Ful. Guyet* Abhandlungen a. d. Gebiete des Civilr. S. 250—261. Uebrigens ist es unrichtig, wenn *Guyet* a. a. D. S. 258 Note 30 meint, die Dissidenten wollen hier dem Gewinnenden die Pflicht zum vollen Schadenersatz auferlegen. Dies wurde wohl von *Meymann* behauptet. Nur in so weit, als der Erwerbende durch die *Accession* bereichert ist, soll er nach der Meinung der Dissidenten Ersatz geben müssen.

41) Für eine Ersatzklage werden zwar angeführt: L. 5. §. 3. L. 23. §. 4. 5. D. de R. V. (6. 1.) Allein diese Stellen sprechen nicht von einer durch Naturereignisse, sondern von einer durch absichtliches, menschliches *zuthun* bewirkten *Accession*. S. besonders *Guyet* a. a. D. S. 253—257.

42) Die Dissidenten berufen sich zwar theils auf die Billigkeit überhaupt, theils auf den Grundsatz: *nemo cum detrimento alterius locupletior fieri debet*. Allein eine *aequitas*, welche zum Ersatze verpflichtete, erkennen hier die Quellen mit Recht nicht an, und jener Grundsatz (*nemo etc.*) hat keineswegs die allgemeine Bedeutung, die ihr manche Neuere, besonders *Sell* a. a. D. auf eine Weise geben wollen, die uns mit anderen bestimmten Aussprüchen der Quellen in Widerspruch setzen (man denke nur an den *Fruchtérwerb* des b. f. *possessor* und an die *Verjährung*), und zu den auffaßendsten Resultaten führen müßte. Ueberhaupt gilt jener Grundsatz nicht schon an sich bei Bereicherungen auf Kosten eines Andern, sondern es muß noch ein besonderer dritter, die Ersatzpflicht motivirender Grund zu dem *danno alterius locupletior* Gewordensein hinzukommen. Vergl. v. *Saigann* und *Kori* Erdrtt. prakt. Rechtsfragen Th. I. Nr. 1. S. 11 f. *Kämmerer* in der *Sieffner* Zeitsch. für Civilr. u. Proz. B. 8. S. 154.

43) Diesen Fall und alle folgende Fälle der s. g. *accessio industrialis* (Nr. 4—6. Cit. BB.) bezeichnet man gewöhnlich durch *adjuvatio*. In den

gehörige Pflanze, welche, auf fremden Grund und Boden gepflanzt, in diesem noch nicht Wurzeln geschlagen hat, bleibt im Eigenthum des bisherigen Eigenthümers, und kann von demselben vindicirt werden ⁴⁴). Sobald sie aber Wurzeln geschlagen hat, geht sie in das Eigenthum des Bodeneigenthümers über und zwar unwiderrüßlich, so daß die Trennungsklage ausgeschlossen ist, und die Pflanze ihm auch verbleibt, wenn sie später aus dem Boden herausgenommen werden sollte, weil hier die Pflanze durch die vom fremden Boden erhaltene Nahrung gewissermaßen eine andere wurde ⁴⁵). Steht die Pflanze, z. B. ein Baum, auf der Grenze zweier Grundstücke, so daß er in beide Wurzeln schlägt und aus beiden Grundstücken herauswächst, so gehört jedem der Eigenthümer ein Theil des Baumes nach dem Maße, in welchem er auf seinem Grundstücke sichtbar herauswächst ⁴⁶); steht aber der Baum nur in der Nähe der Grenze, so daß er blos aus dem einen Grundstücke herauswächst, so gehört er ausschließlich dem Eigenthümer dieses Grundstückes, sollten auch seine Wurzeln in das benachbarte Grundstück sich verbreiten ⁴⁷). Uebrigens wird in den genannten Fällen das

edm. Quellen kommt dieser Ausdruck in diesem Sinne nicht vor. Vgl. Paulus recept. sent. III. 6. §. 49. L. 60. pr. D. de V. (50. 16.)

⁴⁴) §. 31. J. de rer. div. (2. 1.) L. 7. §. 13. L. 26. §. 2. D. de A. R. D. (41. 1.)

⁴⁵) J. l. c. L. 26. §. 2. D. (l. c.) L. 53. D. de R. V. (6. 1.) L. 9. §. 2. D. de damn. inf. (39. 2.) Cajus Inst. 2. 74. Vgl. auch L. 40. D. de A. E. V. (19. 1.) L. 11. C. de R. V. (3. 32.) Mühlentruß Pandect. §. 256 bei Note 2. Hierher gehört auch der Fall, den Thibaut Pandectenrecht 8. Ausg. §. 742. Note 1. anführt. Einige römische Juristen gaben zwar dem gewesenen Eigenthümer eine rei vindicatio utilis auf Zurückgabe der Sache L. 5. §. 3. D. de R. V. (6. 1.) Allein dieß ist eine Ansicht, welche Ulpian hier blos hiftorisch referirt, und welche in den andern angeführten Stellen und in den Institutionen verworfen wird. Donellus Comm. de jur. civ. lib. IV. cap. 27. §. 4. cap. 39. §. 4. Die Neueren verstehen die in L. 5. §. 3 erwähnte utilis in rem actio, wie auch schon einige Glossatoren (auch bei diesen war schon viel Streit über die Stelle; vgl. Gust. Hänel Dissensiones Dominor. Lips. 1834. p. 519. 520.) blos von einer Klage auf Erfaß (welche nach Umständen hier allerdings zulässig ist, vgl. Note 48 sq.). Allein der Gegenfaß, den die Stelle selbst macht, und ihr ganzer Zusammenhang mit den vorangehenden §§. spricht durchaus dafür, daß sie eine Klage auf Herausgabe der Sache im Sinne hat. Vgl. auch §. 33. J. de R. D. (2. 1.) Auch könnte eine utilis in rem actio auf vollen Erfaß nur gegen den, der die Abjunction mala fide vornahm, stattfinden. Auf einen solchen Fall aber (den freilich Manche, wie z. B. Bögg a. a. O. S. 18., Westphal über die Arten der Sachen ic. S. 173 willkürlich in die Stelle hineintragen) beschränkt die Stelle ihre Entschädigung nicht, kann somit nicht von ihm sprechen.

⁴⁶) Wird er herausgenommen, so ist er dann pro indiviso im gemeinschaftlichen Eigenthume der Grundeigenthümer, so aber, daß die Größe der intellectuellen Theile sich nach dem im Texte angeführten Maße bestimmt, und hernach bei der actio communi div. die Theilung zu machen ist. L. 19. pr. D. comm. div. (10. 3.) vgl. mit L. 83. D. pro soc. (17. 2.). Eben so ist es bei Steinen, welche auf der Grenze liegen. c. L. D.

⁴⁷) Dies ist bestimmt gesagt in L. 6. §. 2. D. arbor. furt. caes. (47. 7.) Vgl. auch L. 22. pr. D. quod vi aut clam (43. 24.). Die Sache ist

Eigenthum der fremden Sache nicht ohne Ersazpflicht erworben. Sieht man von den Fällen ab, in welchen die Adjunction Gelegenheit eines besondern Rechtsverhältnisses, das zwischen dem Abjungirenden und dem Eigenthümer der Hauptsache besteht, z. B. vom Pächter, Nießbraucher u. d. gl. gemacht wurde, und über die das Nähere in den betreffenden Artikeln (vgl. z. B. die Art. Mieth- und Pacht-Vertrag, Nießbrauch, negotiorum gestio) vorkommen wird, so gelten über die berührte Frage folgende Grundsätze.

Nimmt der Eigenthümer der Hauptsache die Adjunction vor, und war er dabei im bösen Glauben, d. h. wußte er, daß die Sache eine fremde sei, so findet eine Klage auf vollen Ersaz des Werthes der Sache und des Interesses gegen ihn statt. Denn er hat hier wissentlich durch Aenderung seines Besizes dem Berechtigten die vindication der Sache unmöglich gemacht (Note 45), und wird deshalb als ein Solcher behandelt, welcher dolo desiit possidere. Als Ersazklage kann in diesem Falle die actio ad exhibendum⁴⁸⁾, oder eine utilis in rem actio angestellt werden⁴⁹⁾. Auch findet electiv mit diesen Klagen gegen ihn die condictio furtiva statt⁵⁰⁾.

War aber der Eigenthümer der Hauptsache im guten Glauben, d. h. hielt er die Nebensache für die Seinige, so kann er nur mit einer actio in factum auf den Werth belangt werden, um welchen er durch die Nebensache bereichert ist⁵⁰⁾. Nahm dagegen derjenige, welchem die Nebensache gehörte, die Adjunction einseitig (vgl. unt. Note 69) vor, so stehen ihm bloß, sofern er das Grundstück besitzt, gegen den Eigenthümer die bei der vindication stattfindenden Einreden des Besitzers zu. Wußte er also, daß ihm Grund und Boden nicht gehöre, so kann er

aber bestritten, indem Manche das Eigenthum der Bäume lediglich nach den Wurzeln bestimmen wollen, und hierüber die Quellen einander zu widersprechen scheinen. Vgl. mit den angef. Stellen §. 31. J. (l. c.) L. 7. §. 13. L. 8. pr. D. de A. R. D. (41. 1.). Auf die im Texte angegebene Weise dürften sich aber die scheinbar widersprechenden Stellen vereinigen lassen. Vgl. auch Gesterding Lehre vom Eigenthum S. 241. 242 besonders aber D'Arnaud Var. conjectur. L. I. cap. 1. 2. u. Schrader in f. Ausg. des Corp. jur. civ. T. I. p. 202 ad v. prope confinium. Ueber die Worte in den J. l. c. §. 31. ut si vicini arbor etc. vgl. D'Arnaud l. c. u. Schrader in f. Corp. jur. civ. T. I. p. 201 v. vicini arbor. etc.

48) L. 9. pr. §. 3. D. ad exhib. (10. 4.) L. 1. §. fin. D. de tign. junct. (47. 3.). Mühlenbruch Lehrb. d. Pand. R. §. 458. Nr. 3.

49) L. 27. §. 3. L. 68. D. de R. V. (6. 1.) coll. c. L. 25. §. 2—8 D. de A. P. (5. 3.) Donellus Comm. de jur. civ. L. 4. cap. 34. §. 5.

50) In der mala fide gemachten Adjunction liegt im vorliegenden Falle ein furtum. Vgl. L. 26. §. 34. J. d. R. D. (2. 1.) L. 52. §. 14. D. de furt. (47. 2.) L. 13. D. de condict. furt. (13. 1.) mit L. 4. D. de R. V. (6. 1.) Derselben Ansicht sind u. A. auch Mühlenbruch a. a. D. §. 256. Schilling Lehrb. für Institutt. u. Gesch. des R. R. §. 158. Note n.

51) L. 23. §. 5. D. de A. R. D. (41. 1.) vgl. mit L. 3. D. de condict. ind. (12. 6.). Mühlenbruch a. a. D. §. 256. Note 5. Thébaut Pand. R. 8. Aufl. §. 741. Note 9.

nur dann durch Einreden und mittelst Retention des Grundstückes Ersatz verlangen, wenn die Pflanzung unter die Kategorie des nothwendigen Aufwandes fällt z. B. wenn er an einem abhängigen Grundstücke, um einen Erbsall und dadurch eine Zerstörung des Grundstückes abzuwenden, Weidenstöcklinge pflanzte⁵²⁾. Hatte er dagegen den Grund und Boden für den Seinigen gehalten, so kann er das Grundstück so lange retiniren, bis ihm der Werth für das Gepflanzte, sofern es in die Kategorie eines nothwendigen oder eines ertragerhöhen den Aufwandes fällt, ersetzt wird⁵³⁾. Hat er aber von diesem Rechte nicht Gebrauch gemacht, und die Sache nicht mehr im Besitze, so hat er kein Rechtsmittel auf Ersatz. Doch wollen Viele ihm hier bald eine actio in factum, bald eine actio negotiorum gestorum utilis auf Ersatz gehen, jedoch gegen Worte und Geist unserer Rechtsquellen⁵⁴⁾.

4) Das S ä e n (s. g. satio). Wird fremder Samen auf das Grundstück eines Andern gesät, so erwirbt der Eigenthümer des Grundstückes sofort das Gesäete unwiderrüßlich. In Hinsicht auf Ersatz gelten ganz die eben unter Nr. 3 ausgeführten Grundsätze⁵⁵⁾.

5) Das B a u e n (s. g. inaedificatio). Nach dem oben unter AA, angeführten Grundsätze gilt alles Gebaute für Nebensache des Bodens, worauf es zu stehen kommt, so bald es mit demselben in feste Verbindung gebracht wird⁵⁶⁾. Was daher auf diese Weise auf einen Boden gebaut oder in ein bestehendes Gebäude eingebaut oder auf dasselbe aufgebaut wird, fällt jure accessionis dem Eigenthümer des Bodens

52) L. 5. C. de R. V. (3. 32.) verglichen mit L. 11. (eod.) §. 30. J. de R. D. (2. 1.). Ein jus tollendi kann hier weder der malae noch der bonae fidei possessor ausüben wegen des bei Note 45 angeführten Grundsatzes. Donellus Comm. de jure civ. IV. 34. §. 6. a. E. Vgl. auch L. 53. D. de R. V. (6. 1.)

53) Also bei bloßen Stierpflanzen in der Regel nicht. Vgl. auch L. 9. pr. D. de A. R. D. (41. 1.) C. l. c. §. 32. J. l. c. Cajus Inst. 2. 76.

54) S. die Stellen der Note 53 und L. 48. D. de R. V. (6. 1.) L. 14. §. 1. D. (10. 3.). Manche, z. B. Thibaut a. a. D. §. 741. Glück Erläut. h. Pand. B. XI. S. 152. behaupten, die Praxis sei für eine Ersatzklage. Allein eine solche Praxis wird sich weder allgemein nachweisen lassen, noch wäre sie gegen die Gesetze aufrecht zu erhalten. Andere, theils Aeltere theils Neuere, unter diesen neuerlich namentlich B. Sell, Versuche Th. I. S. 93 f. (vgl. aber denselben S. 129 f. 137) wollen zwar aus unsern geschriebenen Quellen eine solche Klage herleiten. Allein gegen diese letztere Ansicht ist die überwiegende Mehrzahl, s. auch die angeführten Stellen und Kammerer in der Sießner Zeitschrift für Civilrecht und Proceß B. 8. S. 148—151 und die daselbst S. 152 Note F angeführten.

55) L. 9. pr. L. 25. pr. §. 1. D. de A. R. D. (41. 1.) L. 26. pr. D. de usur. (22. 1.) L. 53. D. de R. V. (6. 1.) L. 11. C. de R. V. (3. 32.) Cajus Inst. 2. 75. 76.

56) Ein bewegliches, mit dem Boden nicht in feste Verbindung gebrachtes, Gebäude wird daher nicht Nebensache des Bodens, und vom Eigenthümer des Letztern nicht jure accessionis erworben. L. 60. D. de A. R. D. (41. 1.)

ins Eigenthum zu ⁵⁷). Nur sollte hier das Eigenthum in der Regel bloß widerruflich erworben werden, und der oben bei Note 31 angeführte Grundsatz zur Anwendung kommen, weil in der Regel das eingebaute Material sich vom Boden wieder trennen läßt, auch durch das Einbauen keine solche Umwandlung mit ihm vorgeht, durch welche sonst (z. B. Note 45) der Erwerb ein unwiderruflicher wird. Allein aus baupolizeilichen Rücksichten treten hier Modificationen dieses Grundsatzes ein. Zwar wird der Erwerb des Eigenthumes nicht dergestalt unwiderruflich, daß nach eingetretener Trennung derjenige, dem das Baumaterial gehörte, sein Material nicht wieder fordern könnte. Allein er ist in dem Rechte, Trennung zu verlangen, und dadurch sich die vindication des Materials möglich zu machen, beschränkt. Es gelten hier nämlich folgende Grundsätze.

a) Wenn der Eigenthümer des Bodens fremdes Material (*tignum alienum* ⁵⁸) auf seinen Boden oder in sein Gebäude verbaut, so gehört ihm das Gebaute, er mag in gutem oder bösem Glauben gehandelt haben (Note 57); aber nur so lange, als es mit seinem Boden oder Gebäude verbunden ist ⁵⁹). Wird daher das Gebaute auf irgend eine Weise, sei es durch Zufall oder durch Absicht, wieder aufgelöst und seine Verbindung mit dem Boden oder dem Gebäude, in welches es verbaut war, aufgehoben, so hört auch die durch das Bauen erzeugte rechtliche Wirkung wieder auf, und der Eigenthümer des Materials kann dasselbe nun mit der Eigenthumsklage fordern ⁶⁰), selbst dann, wenn auch das Gebäude die Verjährungszeit hindurch gestanden haben sollte ⁶¹). Derselbe kann aber eine Trennung des Gebäudes nicht verlangen, um sein Material vindiciren zu können, indem schon nach den XII Tafeln der Bauende aus baupolizeilichen Rücksichten zu einer solchen Trennung nicht gezwungen werden soll ⁶²). Dafür stehen aber, so lange

⁵⁷) L. 7. §. 10. 12. L. 28. D. (l. c.) L. 39. pr. L. 59. D. de R. V. (6. 1.) L. 2. D. de superf. (43. 18.) L. 50. D. ad L. Aquil. (9. 2.) L. 2, 16. C. de R. V. (3. 32.) L. 5. C. de aedif. priv. (8. 10.) §. 29. 30. J. de R. D. (2. 1.). *Cajus Inst.* 2, 73.

⁵⁸) Ueber die Bedeutung von *tignum* s. L. 7. pr. D. ad exhib. (10. 4.) L. 7. §. 10. D. de A. R. D. (41. 1.) L. 1. §. 1. D. de tigno junct. (47. 3.) J. l. c.

⁵⁹) Ueber das: „*nec tamen desinit ejus dominus esse*“ in J. l. c. u. L. 7. §. 10. D. de A. R. D. (41. 1.). *Theophilus* paraph. ad J. 2. 1. §. 29. und *Schrader* in f. *Ausg.* des *Corpus juris civ.* T. 1. p. 108.

⁶⁰) §. 29. J. de R. D. (2. 1.) L. 7. §. 10. D. de A. R. D. L. 23. §. 7. L. 59. D. de R. V. (6. 1.) L. 7. §. 2. D. de exc. rei jud. (42. 2.)

⁶¹) L. 7. §. 11. D. de A. R. D. L. 23. §. 7. D. de R. V. L. 23. D. de usurpp. (41. 3.) *Savigny* Lehre vom Besitze 6. *Ausg.* S. 308.

⁶²) L. 7. §. 11. D. de A. R. D. L. 23. §. 6. 7. D. de R. V. L. 1. pr. D. de tigno junct. (47. 3.) L. 6. D. ad exhib. (10. 4.) J. l. c. Seinen Worten nach scheint *Exhibaut* Pandectenrecht 8. *Ausg.* §. 728. Nr. 2. 1. (§. 583 der früheren *Ausg.*) zu behaupten, daß bloß gegen den, welcher in gutem Glauben fremdes Material verbaut, die Trennungsklage und die vindica-

das Gebäude steht, dem gewesenen Eigenthümer des Materials folgende Rechtsmittel zu.

Hat der Eigenthümer des Bodens im guten Glauben das Material gehöre ihm, dasselbe auf seinen Kosten verbaut, so kann von ihm der gewesene Eigenthümer des Materials als Schadensersatz den doppelten Werth desselben mit der *actio de tigno juncto* verlangen⁶³). Hat er aber diesen Werth erhalten, so wird nun der Bauende unwiderruflicher Eigenthümer des Materials, so daß auch dann, wann das Gebäude aufgelöst wird, eine vindication gegen ihn nicht zulässig ist⁶⁴). Der Bauende kann jedoch der Klage auf den doppelten Werth des Materials dadurch entgehen, daß er das Material los-trennt und dem Kläger herausgibt⁶⁵). Würde dagegen der Bauende, daß das Material ihm nicht gehöre und er unbefugter Weise über fremdes Eigenthum verfüge, so nimmt die *actio de tigno juncto* gegen ihn die Natur einer Straffklage an, d. h. der gewesene Eigenthümer des Materials kann gegen ihn auf den doppelten Werth klagen, und doch noch, wenn später das Gebäude aus irgend einem aufgelöst wird, das Material vindiciren⁶⁶). Deshalb kann auch der Bauende in diesem Falle durch Herausgabe des Materials die Klage auf das Doppelte nicht von sich abwenden, eben weil diese Klage hier keine Ersatzklage ist. Der gewesene Eigenthümer des Materials kann außerdem noch eine *actio ad exhibendum* gegen den Bauenden anstellen, eine Klage aber, die

tion des Materials ausgeschlossen sei. Dies würde aber den angeführten Stellen durchaus widersprechen.

63) Manche, und unter diesen schon Cujacius Obs. 23. 19, auch Janus a Costa Comm. in Inst. §. 29. ad L. 2. T. 1. glauben, es finde in diesem Falle (gegen den im guten Glauben Bauenden) bloß eine Klage auf den einfachen Werth des Materials statt. Allein s. dagegen §. 29. J. de R. D. (2. 1.) L. 7. §. 10. D. de A. R. D. (41. 1) vgl. mit L. 98. §. 8. Et. de solut. (46. 3. a. C.) u. Hier. Eleni Diatribar. Lib. II. cap. 7. in Otto Thesaur. T. II. p. 1428. Westenberg De causis obligat. Diss. VI. cap. 2. §. 3-10. Man muß nur nicht davon ausgehen, als ob die Klage auf das Doppelte hier eine Straffklage, oder wie Andere meinten, eine *actio mixta* (theils *poenalis*, theils *rei persecutoria*) sei. Sie ist eine bloße Klage auf Ersetz (*actio rei persecutoria*); allein das Ersetz gibt hier dem Eigenthümer des Materials den Ersetz in einem liberalen Maßfabe, weil ihm das Recht, sein Material selbst zu fordern, genommen wird. S. die angef. Stellen; ferner Donellus Comm. de jur. civ. L. IV. cap. 33. §. 9. sq. Westenberg a. a. D. §. 16. Auch kann ja der Bauende dieser Zahlung entgehen, wenn er das Material freiwillig herausgibt. Unrichtig ist es aber, wenn Klöpfer über einzelne Theile des bürgerl. Rechts, Stuttg. 1817. S. 24. u. f. behauptet, daß beim Concurrenz des Bauenden der Herr des Materials den doppelten Werth nicht in der letzten Classe, unter den Chirographargläubigern zu fordern habe, sondern ihn als Separatist verlangen könne.

64) §. 29. J. cit. a. C.

65) Dieses Recht des Beklagten ziehen Manche in Abrede. Allein s. Donellus Comm. de jur. civ. L. IV. cap. 33. §. 9-15. Westenberg a. a. D. §. 10. sq. Vinia in a Comm. in Inst. L. II. T. 1. §. 29.

66) L. 2. D. de tigno juncto. (47. 3.)

hier nicht auf Herausgabe des Materials, sondern auf vollen Schadenersatz geht⁶⁷). Nur verliert er dann in diesem Falle das Recht der vindication, wenn später das Gebäude aufgelöst werden sollte⁶⁸).

Was die Anwendbarkeit dieser Grundsätze bei uns betrifft, so behaupten Manche, die *actio de tigno juncto* auf das Doppelte sei unanwendbar, weil solche Pödnalklagen bei uns überhaupt unpraktisch seien. Das Letztere aber ist, so allgemein genommen, nicht richtig. Wollte man es aber auch in der Anwendung auf die vorliegende Frage zugeben: so würde die Folge doch nur die sein, daß jene Klage gegen den, der wissenschaftlich fremdes Material verbaute, als *Ettra* Klage nicht anwendbar sei. Man könnte sie daher gegen ihn immer noch, gerade wie gegen den im guten Glauben Bauenden (Note 63), als Ersatzklage, und zwar aufs Doppelte (Note 63 a. E.) anwenden; nur würde dann, wenn sie als Ersatzklage angestellt würde, das Recht der vindication des Materials (Note 66) wegfallen.

b) Wenn der Eigenthümer des Materials sein Material auf fremdem Boden oder in ein fremdes Gebäude verbaut, so erwirbt wieder der Eigenthümer des Bodens sofort das Eigenthum des Gebauten (Note 57.). Ueber die Frage ob und welche Ersatzansprüche der Bauende hier machen kann, entscheiden ganz die oben (bei Note 53. 54.) angeführten Grundsätze⁶⁹). Hält der Bauende den Boden für den Seinigen, so

67) Der Bauende wird hier behandelt quasi *dolo malo fecerit, quo minus possideat*, L. 1. §. 2. D. (A. c.) L. 23. §. 6. D. de R. V. (6. 1.). Dieser Klage kann aber der Bauende entgehen, wenn er das Material trennt und herausgibt, wenn und soweit dadurch dem Kläger kein Schaden ersetzt wird. Donellus Comm. de jur. civ. L. IV. cap. 83. §. 16. Manche scheinen diese *actio ad exhibendum* bloß *electiv* mit der *actio de tigno juncto* geben zu wollen; z. B. Mühlensbruch Pandect. §. 256 Note 9., Schilling Lehrb. für Institut. u. Gesch. des R. R. §. 158. Note 5. Allein hiergegen sind wohl die angeführten Stellen und der Umstand, daß dann auch hier die *actio de tigno juncto* als Ersatzklage behandelt werden müßte, womit das in der L. 2. de tign. junct. eingeräumte Recht der vindication des Materials auch bei durchgeführter *actio de tigno juncto* nicht wohl vereinbar sein würde.

68) Arg. L. 46. 47. D. de R. V. (6. 1.). Nicht entgegen steht wohl L. 69. 70. eod., besonders wenn man die Gründe beachtet, auf welche sie sich stützen. Vgl. Mühlensbruch Lehre v. d. Sessio 3. Ausg. S. 411. 412.

69) Es ist hier natürlich wieder vor den Fällen abzusehen, in welchen eine besondere Obligation zwischen dem Bauenden und dem Bodeneigenthümer vorliegt, z. B. ein Miethverhältniß. L. 19. §. 4. L. 55. §. 1. L. 61. pr. D. locati (19. 2.). Baut Jemand auf fremdem Grund und Boden mit Bewilligung des Eigenthümers und so, daß ihm, dem Bauenden das Gebäude gehören soll, so fällt zwar das Eigenthum des Gebauten auch dem Bodeneigenthümer zu, weil kein getrenntes Eigenthum an Neben- und Hauptsache stattfinden kann; es erhält aber der Bauende ein *Superficia* recht an der Sache. D. 43. 18. de superficib. t. t. und den Art. *superficies*. (Das Gleiche gilt, wenn Jemand auf fremdem Boden auf diese Weise einen Baum pflanzt). Eben dasselbe tritt ein, wenn Jemand auf öffentlichem Grunde für sich ein Gebäude errichtet ohne zuvor erlangte Bewilligung, jedoch unter Umständen u. so, daß das Gebäude hyn öffentlichen Zwecken keinen Ein-

kann er, wenn er vom Eigenthümer auf Herausgabe desselben belangt wird, durch Einreden Ersas für das Gebäude verlangen, sofern es unter die Kategorie eines nothwendigen und nützlichen Aufwandes gehört, auch der Ersas dem Kläger nicht zu beschwerlich fällt und der Aufwand seinen Verhältnissen nicht ganz unangemessen ist ⁷⁰). Würde er aber, daß der Boden ihm nicht gehöre, so kann er für das Gebaute blos in so weit, als es unter die Kategorie eines nothwendigen Aufwandes fällt, Ersas verlangen ⁷¹). — Fällt der Aufwand nicht unter die angegebenen Kategorien, so hat der Bauende nur das bei der Eigenthumsklage stattfindende Recht der Wegnahme ⁷²). Hat er aber dem Eigenthümer die Hauptsache herausgegeben, ohne von jenen Einreden oder dem Rechte der Wegnahme Gebrauch gemacht zu haben, oder hat er sonst den Besitz der Sache verloren, so steht ihm kein Rechtsmittel gegen den Eigenthümer des Bodens zu ⁷³). Nur wenn später das Gebäude aufgelöst wird, kann er dann sein Material vindiciren ⁷⁴). Aber auch diese Vindication versagen ihm dann, wenn es wesentlich auf fremdem Boden baute, eine Institutionen- und eine Digestenstelle ⁷⁵), während eine Coderstelle sie ihm gestattet, jedoch natürlich (L. 14. D. de douat. [39. 5.]) nur dann nicht, wenn er beim Bauen die Absicht hatte, das Material dem Bodeneigenthümer zu schenken ⁷⁶), und hiermit stimmen auch einige Digestenstellen überein ⁷⁷).

b) Was vom Bauen gilt, findet durchaus auch bei allen Arbeiten statt, welche in einem Weinberge aus fremdem Material gemacht werden z. B. wenn Pfahlwerk eingerammt wird zum Halten der Reben ⁷⁸).

trag thut. Er erhält an der Sache gegen ein ihm anzusehendes Solarium ein Oberflächarrecht. L. 2. §. 17. D. ne quid in loco publ. (43. 8.) L. 1. C. de divers. praed. (11. 69.)

70) L. 7. §. D. de A. R. D. (41. 1.) §. 30. 32. J. de R. D. (2. 1.) L. 16. C. de R. V. (3. 32.) L. 2. Greg. Cod. (3. 2.) vergl. mit L. 38. D. de R. V. (6. 1.)

71) L. 7. §. 12. l. b. L. 37. D. de R. V. (6. 1.) L. 5. C. de aedif. priv. (8. 10.) vergl. mit L. 5. C. de R. V. (3. 32.) Besas der Bauende den Boden als Theil seiner Erbschaft so, daß er mit der Erbschaftsklage belangt wird, so kann er, wenn er im guten Glauben war, für alle Auslagen, und wenn er wußte, daß die Erbschaft ihm nicht gehöre, wenigstens insoweit, als das Gebaute unter die Kategorie eines nothwendigen oder nützlichen Aufwandes fiel, durch Einreden Ersas verlangen. L. 38. 39. D. de H. P. (5. 8.)

72) L. 37. D. de R. V. (6. 1.) L. 5. C. (3. 32.) L. 39. 8. 1. D. de H. P. (5. 8.)

73) L. 33. D. de vindict. indeb. (12. 6) L. 14. D. de doli exc. (44. 4.) L. 14. C. de R. V. (6. 1.)

74) L. 5. C. de R. V. (3. 32.)

75) §. 30. J. de R. D. (2. 1.) L. 7. §. 12. D. de A. R. D. (41. 1.)

76) C. Not. 74. Manche suchten diese Stellen der Note 75 zu vereinigen. Man leitet dieser Vereinigungsversuche dürfte genügen, und es kommt daher nur auf die allgemeine, in einem andern Artikel zu beantwortende Frage an, ob bei einem Widerstreite zwischen Institutionen und Coder den Erbschaft oder, was wohl richtiger ist, dem Letzteren der Vorzug gebühre.

77) L. 7. §. 17. D. de exa. rei jud. (44. 2.) L. 59. D. de R. V. (6. 1.)

78) L. 12. pr. §. 1. D. de signo junct. (47. 3.)

BB. Erwerb beweglicher Sachen, welche als Nebensachen zu beweglichen Sachen hinzukommen.

Auch hier gilt der Grundsatz: „werden zwei bewegliche Sachen mit einander in physische Verbindung gebracht, so erwirbt der Eigenthümer der Hauptsache das Eigenthum an der mit ihr verbundenen Nebensache.“ Ueber die Frage, welche Sache hier Haupt-, welche Neben-Sache sei, entscheiden folgende Regeln.

1) Wenn einer selbstständigen Sache, welche ihren eigenthümlich ausgeprägten Charakter hat (z. B. einer Statue ic.) etwas als Theil, Zierde oder Zusatz angefügt wird, so wird das Letztere Nebensache (ohne Rücksicht auf das Verhältniß seines Werthes zu dem der Hauptsache⁷⁹).

2) Bildet eine Sache die Bedingung der Existenz der andern, mit ihr verbundenen (z. B. das Papier im Verhältnisse zur Schrift oder zum Drucke) so ist die Letztere die Nebensache, wieder ohne Rücksicht auf ihren Werth⁸⁰).

3) Findet keiner dieser Gesichtspunkte auf den vorliegenden Fall Anwendung, so entscheidet die größere Masse und der größere Werth⁸¹. Ist aber eine Sache aus Stücken verschiedener Eigenthümer zusammengesetzt, von denen keines nach Nr. 1—3, als untergeordneter Theil der andern Stücke betrachtet werden kann, so bleibt jedes Stück im Eigenthume dessen, dem es vor der Zusammenfügung gehörte (s. Stellen der Note 79).

Als hierhergehörige Hauptbeispiele des Erwerbes durch Accession führen die Quellen an: das Ein- oder Aufweben (s. g. *intextura*), wobei das Eingewobene Nebensache ist⁸²), das Schreiben (*scriptura*) wobei das Geschriebene Nebensache ist⁸³), das Malen (*pictura*) wobei, freilich sehr inconsequent, die Grundlage (Tafel, Leinwand, Papier ic.) Nebensache, das Gemälde dagegen Hauptsache ist⁸⁴); ferner

79) L. 26. §. 1. L. 27. pr. §. 2. D. de A. R. D. (41. 1.)

80) L. 23. §. 3. D. de R. V. (6. 1.)

81) L. 27. §. 2. Not. 78. cit. Donellus Com. de jure civ. L. IV. c. 37. §. 2. Schrader in f. Corp. Jur. Ausgabe T. 1. p. 194.

82) L. 7. §. 2. D. ad exhib. (10. 4.) §. 26. J. de R. D. (2. 1.) auch L. 23. §. 1. D. de auro arg. (34. 2.)

83) L. 23. §. 3. D. de R. V. (6. 1.) L. 3. §. 14. D. ad exhib. (10. 4.) L. 9. §. 12. D. de A. R. D. (41. 1.) §. 33. J. l. c. Cajus. Inst. 2, 77.

84) Drei Stellen des Corp. Juris handeln von dieser Frage. In der einen erklärt sich Paulus mit Recht dafür, daß das Gemälde Nebensache sein müsse. L. 23. §. 3. D. de R. V. (6. 1.) in der andern bemerkt Cajus, daß die Ansicht, das Gemälde sei die Hauptsache, die herrschende sei, (L. 9. §. 2. D. de A. R. D.; in seinen Institution. (2. 78.) fügt er übrigens bei, daß sich für diese inconsequente Entscheidung kein genügender Grund anführen lasse, und diese Ansicht bestätigt auch Justinian in seinen Institutionen §. 34. de R. D. ausdrücklich, indem er bei den Malern wunderlicherweise nur an einen Apelles und Parrhasius denkt, und meint, es wäre doch eigen, wenn ein Apellesgemälde die Nebensache einer schlechten Tafel oder Leinwand sein sollte. — Wird übrigens auf eine *Immobilität* gemalt z. B. an eine Zimmerwand ein Frescogemälde gemacht, oder wird eine Sache bloß angestrichen oder durch Malereien verziert, so ist das

wenn einer Statue ein Arm oder Fuß, einem Tische ein Fuß, einem Becher ein Henkel, einem Leuchter eine Zierath, einem Schiffe ein Bret, einer Metallarbeit edle Steine, Perlen ic. als Zierath ein- oder angefügt werden⁸⁶⁾. Gewöhnlich führt man noch das Anschweißen (f. g. ad ferruminationem, in den Quellen ferruminationem) d. h. wenn Sachen gleichen Metalles mit demselben Metalle in Eines verbunden werden, und das Anlöthen (f. g. ad plumbaturam, in den Quellen plumbatura) d. h. wenn die mehreren Sachen durch eine andere Materie mit einander verbunden werden — als besondere Fälle und Beispiele der hierhergehörenden Accession an. Allein sie bilden an und für sich einen besondern Accessionsfall nicht, da beim Anlöthen und Anschweißen auch Sachen mit einander verbunden werden können, von denen keine die Nebensache der andern bildet⁸⁶⁾, sondern sie sind nur Mittel, eine Accession überhaupt zu bewirken, falls eine der unter Nr. 1—3 angeführten Voraussetzungen in Hinsicht des Verhältnisses der verbundenen Sache zu einander vorhanden ist. Das Gleiche gilt vom Einfassen einer Sache in Metall, der f. g. inclusio⁸⁷⁾.

In diesen Fällen des Erwerbes einer beweglichen Sache als Nebensache einer beweglichen Hauptsache gelten, was die Widerruflichkeit des Erwerbes betrifft, als Regel durchaus die oben unter B. bei Note 31 u. ff. angeführten Grundsätze. Nur dann ist hier der Eigenthumserwerb unwiderrüflich, wenn eine Trennung der Nebensache ohne deren Zerstörung gar nicht möglich ist⁸⁸⁾, und aus besondern Gründen beim Abschweißen⁸⁹⁾. Das Recht auf Entschädigung für den Verlierenden bestimmt

Gemalte stets Nebensache. L. 38. D. de R. V. L. 26. §. 3. D. de A. R. D. L. 39. §. 1. D. de H. P. (5. 3.) Manche wollen dasselbe, was die Quellen beim Malen vorschreiben, auch auf das Schreiben bann anwenden, wenn werthvolle, namentlich gelehrte Ausführungen auf fremdes Papier geschrieben werden; z. B. Ulr. Huber prael. jur. civ. ad Inst. 2. 1. 82. Allein offenbar gegen Worte und Sinn der Quellen. Die ältere Praxis übrigens scheint durchaus dafür gewesen zu sein. Vgl. Lauterbach Coll. Pand. Lib. 41. 1. §. 106.

85) L. 23. §. 2. D. de R. V. (6. 1.) L. 26. §. 1. D. de A. R. D. (41. 1.) L. 6. L. 7. §. 2. D. ad exhib. (10. 4.) L. 19. §. 13—16. §. 20. u. L. 20. eod. D. de auro arg. (34. 1.) Ist der Stein nicht zur Zierde der andern Sache, sondern diese bloß bestimmt, um den werthvollen Stein als Hauptsache besser tragen zu können oder ihn mehr herauszuheben, so ist die andere Sache die Nebensache. L. 19. §. 15. L. 20. D. (l. c.) Wird auf dem Kiel eines Schiffes weißer gebaut, so gehört das Ganze dem Eigentümer des Kieles. L. 61. D. de R. L. 24. §. 4. D. de legat. (61. 30.)

86) L. 27. §. 2. D. de A. R. D. mit L. 23. §. 5. D. de R. V.

87) L. 6. D. ad exhib. (10. 4.) vgl. auch Note 85.

88) Wie beim Schreiben und in manchen Fällen beim Weben. Vgl. auch §. 26. J. de R. D. (2. 1.) mit L. 6. L. 7. §. 2. D. ad exhib. (10. 4.) L. 23. §. 5. D. de R. V. (6. 1.) Nur das jus tollendi des Besitzers fällt auch dann weg, wenn durch die Wegnahme die Hauptsache auf eine nicht zu reparirende Weise beschädigt würde. Arg. L. 37. 38. D. (l. c.)

89) Nicht weil hier eine Trennung nicht möglich ist, wie häufig angenommen wird, (denn diese ist möglich,) sondern quia ferruminationem per eandem materiam facit confusionem. L. 23. §. 5. D. de R. V. (6. 1.)

sich dann hier ganz nach den oben beim Pflanzen zu Note 48 u. f. ausgeführten Grundsätzen ⁹⁰⁾. Nur beim Malen treten ganz eigenthümliche Grundsätze ein. Nach der bei Note 84. angeführten Entscheidung der Quellen über den Eigenthümerwerb beim Malen sollte der Maler das Gemälde mit der Unterlage behalten, und wenn er es nicht besitzt, vindiciren können. Das Letztere sagen auch die Quellen, so daß er selbst vom gewesenen Eigenthümer der Unterlage das Ganze, jedoch mit Bezahlung des Werthes der Unterlage, vindiciren kann. Zugleich aber gebor sie, auf eine damit schwer vereinbare und zu wunderlichen Folgerungen führende Weise, dem gewesenen Eigenthümer der Unterlage gegen den das Ganze etwa besitzenden Maler auch das Recht, von diesem das Ganze mit einer in rem actio utilis gegen Ersatz des auf das Gemälde Verwendeten zu fordern ⁹¹⁾.
 C. G. Wächter.

Acta oder gesta, in der Novellensprache *προμνηματα*, heißen schriftliche Aufträge über das, was vor dem magistratus verhandelt wird ¹⁾. Diejenigen Beamten, welche sie zu schreiben haben, heißen ab actis ²⁾. Daher heißt apud acta procuratorem constituere soviel, als vor dem Magistrat jemandem Auftrag zu etwas ertheilen ³⁾; apud acta aliquid promittere so viel, als vor dem Magistrate etwas versprechen ⁴⁾, apud acta profiteri ⁵⁾ eine Erklärung vor dem Magistrate zu Protocoll geben; apud acta mentiri eine Unwahrheit zu Protocoll erklären ⁶⁾; endlich wird actis intervenientibus apud competentem magistratum manifestare von dem gesagt, welcher seinen Sohn nach der von Justinian eingeführten Weise emancipirt ⁷⁾. Im späteren Rechte wurde die Anfertigung gerichtlicher Protocolle bei vielen Handlungen der Privatleute notwendig, namentlich bei großen Schenkungen, bei gerichtlichen Testamenten, und bei der Eröffnung von Testamenten ⁸⁾. Neben den acta, die

90) Uebrigens kann der Herr der Hauptsache, wenn durch die adjunctio die Hauptsache verborben wurde, z. B. wenn mir ein Anderer mit werthlosen Schreibereien mein Papier verdirbt, auch vom Abjungirenden Ersatz fordern, sofern demselben Dolus oder Culpa zur Last fällt, und er nicht als redlicher Besitzer der Hauptsache von aller Verantwortlichkeit (nach den bei der Eigenthumsklage auszuführenden Grundsätzen) frei war.

91) C. L. 9. §. 2. und J. §. 34. Note 49. cit. Manche suchten in diese einander direct widersprechenden Rechte Einklang zu bringen. Allein es ist dieß wohl nicht möglich, doch kann dieß hier nicht näher gezeigt werden. War der Maler im bösen Glauben, so hat er kein Recht auf Ersatz und es finden gegen ihn alle Rechtsmittel statt, die gegen einen fur gehen. J. l. c.

1) L. 2. C. de edendo (2. 1.) L. 21. D. de auctoritate et consensu (26. 8.)

2) Julian. epit. Novell. const. 38. cap. 166.

3) Paulli Sent. Rec. I. 3. §. 1. fragm. Vat. §. 317.

4) Fr. 17. D. de in ius vocando (2. 4.).

5) Fr. Vat. §. 268. Nämlich L. 7. §. 3. D. de decurionibus (50. 2.).

6) Paull. S. R. 5. 1. p. 4.

7) §. 12. J. quibus modis ius pot. solv. (1. 11.)

8) Vergleiche Savigny Geschichte des römischen Rechtes im Mittelalter Bb. 1. C. 82.

vor dem Statthalter der Provinz errichtet wurden, kamen in den spätern Zeiten auch die *municipalia gesta* auf, zu deren Errichtung eine besetzte Gerichtsbank erfordert wurde. Es gehörte dazu der Magistrat des *Municipium* 9), oder in dessen Abwesenheit der *defensor plebis* 10), 3. *curiales*, und der *exceptor* d. h. der, welcher das Protocoll anfertigt. Im Mittelalter, wo die freie Städteverfassung in Italien und Frankreich noch fortbauerte, finden sich viele Spuren von der Fortdauer der *gesta municipalia*; im Morgenlande aber sind sie schon im 9. Jahrhunderte für immer verschwunden, weil die Curien mit ihren Vorrechten schon zu dieser Zeit nicht mehr bestanden.

Grimbach.

Acten *) heißen im allgemeinen alle Sammlungen von Schriften, die auf einen Gegenstand des Staats- oder Privatlebens sich beziehen. So verschieden und so mannichfaltig die Seiten des Staats- und Privatlebens sind, eben so verschieden und mannichfaltig sind die Acten in Rücksicht auf den Gegenstand, welcher darin behandelt wird. Die Benennungen der Acten nach dem Gegenstande sind, man kann wohl sagen, unerschöpflich; denn sollte es auch gelingen, das Staats- und Privatleben der Gegenwart zu umfassen, so wird doch, bei dem steten Fortschreiten des einen und des andern, die etwa erfundene Nomenclatur sehr bald als unvollständig sich darstellen. Nur so viel läßt sich im allgemeinen angeben, daß alle Acten nach ihrem Zwecke und Inhalte, entweder auf die Gesetzgebung oder auf die vollziehende Gewalt oder endlich auf die Justizpflege Bezug haben müssen. Man erinnere sich hierbei, daß auch das *jus circa sacra majestatum* auf die höchste Staatsgewalt, deren Bestandtheile oben genannt wurden, sich gründet und also auch darin begriffen ist. Hauptsächliche Arten der Acten sind Proceßacten, deren Inhalt auf Civil- oder Criminalsachen sich bezieht, die Acten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, z. B. Vormundschafts-, Hypotheken- u. Acten, Verfassungs-, Regierungs- und Verwaltungs-Acten, Kirchen- und Schul-Acten u. In Hinsicht auf ihre Entstehung sind die Acten entweder öffentliche oder Privatacten, je nachdem sie unter öffentlicher Auctorität oder von Privatpersonen gehalten und gesammelt werden. Da man die Acten in der Absicht anlegt und sammelt, damit eine vollständige Einsicht über den in Frage befangenen Gegenstand daraus erlangt werden kann, so ist Vollständigkeit, Ordnung und Genauigkeit die Seele derselben.

9) L. 151. Cod. Th. de decur. (12. 1.)

10) L. 9. §. 1. C. de defens. (1. 55.) L. 30. C. de donationibus. Nov. 15.

*) Joh. Henr. Heeser de actis judicial. Francf. 1689. 4. Joh. Guil. Wunsch de actis jud. Lips. 1705. 8. Delze, Anleit. zur gerichtl. Praxis 5. 37—48. Puchta, der Dienst deutscher Justizämter I. S. 87—104. Elsäffer, über den Geschäftsgang von Vernehmung der Acten. Gbner, Handbuch des gemeinen Proceßes Abh. IV. und LXXXII. 8. 35. 2. Ausg.

Die äußere Form der Acten besteht darin, daß alle auf einen Gegenstand bezügliche Schriften in einen Umschlag (pallium) gebracht und dieser Umschlag mit einer Rubrik versehen wird, welche kurz aber deutlich und bestimmt den Inhalt angibt. In diesen Umschlag werden die Schriften in chronologischer Ordnung gelegt, und, was sehr gewöhnlich ist, geheftet, ob es gleich auch ungeheftete Acten gibt, die man mit dem Namen „Zettelacten“ belegt. Sodann werden die gesammelten Schriften foliirt und mit einem vollständigen Register, Actenverzeichnis oder auch Repertorium genannt, versehen. Diejenigen Schriften, welche von dem Acteninhaber ausgehen, bleiben im Conceptione bei der Actensammlung, diejenigen Stücke aber, welche von anderen Personen oder Behörden eingehen, werden im Original dazu gebracht, und, wenn ausnahmsweise die Originale zurückgegeben werden, sind beglaubte Abschriften bei den Acten zurückzubehalten. Auf den einzelnen Actenstücken, die von dem Inhaber ausgehen, muß die Zeit des Abganges und bei den andern die Zeit des Einganges sorgfältig angemerkt werden. Diese Vorschriften sind bei allen Arten von Acten zu befolgen, und auch die Privatacten der Advocaten und Fürsprecher sollen, nach dem Reichsabschiede von 1654, §. 65, in dieser Weise angelegt und gehalten werden. Vorzüglich aber verdienen die größte Sorgfalt die Proceß- und andere Gerichtsacten, und hier wieder hauptsächlich die Acten über einen Concurssproceß.

Es leuchtet von selbst ein, wie wichtig es sei, daß die Acten über Vormundschaftsangelegenheiten, Consense, Käufe, Testamente und andere letztwillige Verfügungen, über Civil- und Criminalproceße in vollständiger Ordnung sind; denn überall kann nur nach der Lage und dem Inhalte der Acten eine Entscheidung gegeben werden. Sind die einzelnen Schriften über einen Gegenstand so zahlreich, daß, sollten sie in ein Actenbündel, in ein Actenvolumen gebracht werden, sie die gewöhnliche Größe eines Actenbundes überschreiten würden, und deshalb nicht bequem gebraucht werden könnten, so müssen so viele Actenbände angelegt werden, als nöthig sind, um die Unbequemlichkeiten im Gebrauche zu verhüten. Die folgenden Bände erhalten dann stets dieselbe Rubrik, wie der erste, nur daß sie durch die Bezeichnung „Vol. oder Bd. I. II.“ von einander unterschieden werden.

Die Nothwendigkeit einer zweckmäßigen Anordnung und Abtheilung der Acten im Concurse ist anerkannt. Die Menge und Mannigfaltigkeit der Geschäfte, welche bald ökonomisch, bald streng rechtlich sind, bald die Gesamtheit der Gläubiger, bald einzelne Ansprüche derselben, bald Streitigkeiten unter einigen aus ihrer Mitte, von einer bald größeren bald geringeren Weitläufigkeit, angehen, fordert bei jedem Concurse eine Absonderung, wenn nicht eine unnennbare Verwirrung der Acten und große Beschwerden bei ihrer Bearbeitung entstehen sollen. Es ist zwar der von Sönnner aufgestellte Grundsatz: „Die Concurssacten müssen als ein Ganzes angeordnet werden“ als richtig anzuerkennen, allein vor allen Dingen müssen hier die Acten, welche auf die cura honorum Bezug haben, getrennt werden von denen, welche sich

mit der *cura litis* beschäftigen. Jene zerfallen wieder in die allgemeinen und speciellen Acten. Alle auf die Verwaltung der *cura honorum* im allgemeinen bezüglichen Schriften, sowie über einzelne Gegenstände von geringerem Umfange, und selbst unbedeutende Streitigkeiten der einzelnen Gläubiger und dritter Personen mit dem *curator honorum*, kommen in die allgemeinen Acten, damit die Zerstückelung nicht zu groß und lästig wird. Bei einem vollständigen Inhaltsverzeichnisse der Acten, und dieß ist überall ein unerlässliches Stück, entsteht aus dieser Verbindung durchaus kein Nachtheil und keine Unbequemlichkeit. Allerdings kommt es wohl vor, daß eine Angelegenheit Anfangs unbedeutend erscheint und im Fortgange doch so bedeutend wird, daß die Anlegung eines besonderen Actenstückes zweckmäßig oder gar nothwendig ist; allein in diesem Falle kann man sich auf doppelte Weise helfen: entweder hebt man die auf die Sache bezüglichen einzelnen Actenblätter aus den allgemeinen Acten wieder aus, und bringt sie so im Originale zu dem besonders anzulegenden Actenbände, oder, falls dieß nicht mehr thunlich ist, nimmt man zu dem besonderen Actenstücke beglaubte Abschrift von jenen zu den allgemeinen Acten gebrachten Schriften. In der Regel wird man sich im voraus erkennen, ob die Verhandlungen über einen Gegenstand einigen Umfang erreichen werden, und die angegebene Ausbesserung als seltene Ausnahme eintreten. Durch die vorstehende Bestimmung der Grenzen für die allgemeinen Acten ergibt sich zugleich, was in die speciellen Acten übrig bleibt. Es kommen in dieselben auch Verhandlungen über einzelne Gegenstände, welche mehrere, zu verschiedenen Zeiten vorzunehmende, Handlungen veranlaßt haben. In dem auf die *cura litis* sich beziehenden Acten kommen zuvörderst die Vorladungen der Gläubiger und alle Präliminarien zum Verfahren. Sodann folgen in einem oder mehreren Actenbänden die Verhandlungen und Verhandlungen der einzelnen Gläubiger mit dem Contradictor, und zwar so, daß das ganze Verfahren, die sämtlichen Verhandlungen eines Gläubigers mit dem Contradictor ungetrennt zusammengelagt und geheftet werden. Wird späterhin zwischen einem oder mehreren Gläubigern und dem Contradictor, Appellations- oder Beweisverfahren oder beides nöthig, so müssen für jeden Gläubiger besondere Acten angelegt und die früheren, allgemeinen Liquidationsacten bei dem Verspruche als Beilagsacten beigelegt werden. Dasselbe findet statt, wenn über die Priorität unter den Gläubigern bedeutende Streitigkeiten entstehen; auch hier müssen dann über jeden Prioritätsstreit besondere Acten angelegt werden.

Alle Acten müssen in der Regel den Beteiligten zur Einsicht offenstehen; denn nur in ihrem Interesse werden sie angelegt und gehalten. Es kann jedoch keine Partei und kein Anwalt derselben verlangen, daß die Acten aus dem Gerichtsorte weg und in's Haus gegeben werden, wiewohl dieß heut zu Tage, und zwar ohne Nachtheil, in der Regel geschieht.

Wenn nun die Verhandlungen über einen Gegenstand bis zu dem

Punkte gebiethen sind, daß, entweder vermöge allgemeiner gesetzlicher Vorschriften oder richterlicher Decrete, keine weitere Schriften mehr zulässig sind, so folgt der Actenschluß. In der Regel wird den Interessenten der Tag des Actenschlusses bekannt gemacht, und es steht diesen sodann frei, an diesem Tage im Gerichte zu erscheinen und nachzusehen, ob die Acten gehörig instruit und in Ordnung sind.

Nach dem Actenschlusse folgt die Entscheidung, welche, wenn sie von der Behörde selbst, vor welcher die Acten ergangen sind, gegeben wird, hier nicht zu erörtern ist. Allein dieß findet oft nicht statt, sondern es tritt Actenversendung oder Actenverschickung ein. Diese Actenversendung besteht bekanntlich darin, daß die Acten über einen Gegenstand, nach deren Schluß und Inrotulation, an einen Schöppenstuhl oder an eine Juristenfacultät in irgend einer Universität, zur Abfassung eines Erkenntnisses abgegeben werden. Die Actenversendung ist teutschen Ursprungs, und, nach gemeinem Prozesse, ohne Unterschied zulässig; der Richter, welcher in einer Sache, worin Versendung gebeten ist, selbstige abschlägt und selbst spricht, handelt null und nichtig. Jede einzelne Partei ist, dem gemeinen Rechte nach, befugt, diese Actenversendung auf ihre alleinigen Kosten zu begehren, es darf sie aber auch der Richter aus eigenem Antriebe und dann auf aller streitender Theile Kosten verfügen, ohne daß es einer von diesen verbitten kann. Die Wahl, wohin die Acten gesandt werden sollen, steht in beiden Fällen nur dem Richter, jedem streitenden Theile aber eine beschränkte, ausschließende Stimme zu (jus eximendi), und erst bei Gelegenheit der Urtheilseröffnung sollen die Parteien erfahren, welches Spruchcollegium erkannt habe. Ist nun die Actenversendung aus eigenem Antriebe der Behörde oder auf Antrag der Parteien beschloffen worden, so werden die Acten, mittels eines kurzen Schreibens durch die Post oder durch eigene Boten, an ein nicht ausgenommenes Spruchcollegium abgegeben, und dieses sendet dieselben nebst dem Urtheil und den Entscheidungsgründen zurück. Ist dieß geschehen, so erfolgt die Ladung zur Anhörung des Urtheils nebst beigelegter Berechnung über die Kosten, und im Publicationstermine müssen die Siegel unverletzt zur Recognition vorgelegt werden. Es ist indessen diese Actenversendung in vielen teutschen Ländern zum Theil beschränkt, zum Theil ganz verboten. Wenn der Fall eintritt, daß eine oder die andere Partei bei der Oberbehörde über Verzögerung der Sache sich beschwert, so wird häufig von der Oberbehörde die Actenabforderung verfügt d. h. die Unterbehörde erhält Verordnung, die betreffenden Acten im Originale einzusenden. Nach genommener Einsicht sendet die Oberbehörde die Acten mit der nöthigen Weisung zurück.

Sind Acten verloren gegangen, so muß man vor allen Dingen versuchen, sie wieder herzustellen, wozu häufig die Privatacten der Anwalte gebraucht werden können. Sind diese Privatacten zu unvollständig, als daß man daraus eine sichere Grundlage entnehmen könnte, so wird nichts übrig bleiben, als die Verhandlungen von neuem zu beginnen. Die Kosten der Wiederherstellung werden, wenn die Acten durch Zufall

zu Grunde gingen, von den Interessenten getragen, außerdem von dem, der den Verlust verschuldete. 23.

Actio (Klage), heißt im weiteren Sinne das Recht, gerichtlich dasjenige, was mir geschuldet wird, einzufordern ¹⁾. Im engeren Sinne versteht man darunter jedes Rechtsmittel, wodurch man sein Recht selbstständig in Form eines Angriffes gegen einen bestimmten Gegner verfolgt. Insofern setzt man die actio den Präjudicialklagen, den Interdicten, den prätorischen Stipulationen ²⁾, und den Exceptionen ³⁾ entgegen. Aus dieser Bedeutung ist es zu erklären, wenn es von den prätorischen Stipulationen heißt *vicem repraesentant actionum* ⁴⁾, *actionis instar habent* ⁵⁾, *actionum instar obtinent* ⁶⁾. Eine Klage läßt sich nicht ohne drei Personen denken: 1) den Kläger (*actor, petitor*). In den alten *formulae*, welche Cajsus in seinen Institutionen bringt, heißt er gewöhnlich *Aulus Agerius (A. A.)*, ein Name, welcher ohne Zweifel von *agere* gebildet ist. 2) den Beklagten (*reus; is, cum quo agitur; is unde petitur; is, qui convenitur*). In den alten *formulae* bei Cajsus heißt er gewöhnlich *Numerius Negidius (N. N.)*, was mit *numerare* und *negare* zusammenhängt. 3) den Richter (*iudex*). — So lange das gerichtliche Verfahren bei den Römern in der Form der sogenannten *ordinaria iudicia* abgesetzt wurde, unterschied man im Proceß a) den *magistratus*, welcher kraft des ihm verliehenen *imperium* und der ihm übertragenen *iurisdictio* das *iudicium* anordnete, indem er die *formula* feststellte. Diesen Theil des Proceßes bezeichnete man gewöhnlich mit den Worten *in iure*. b) den *iudex*, einen Privatmann, welcher vom *magistratus*, der den Proceß leitet, mit der Prüfung des Beweisverfahrens und der Entscheidung des Proceßes beauftragt wurde. Diesen Theil des Proceßes bezeichnet man mit den Worten *in iudicio*. Die Instruction, welche der *magistratus* zu diesem Zwecke dem *iudex* erteilte, heißt in der Kunstsprache *formula*, und ihre Feststellung scheint der Schlußact des Verfahrens *in iure* gewesen zu sein. Sie erteilt dem *iudex* die Befugniß, den Proceß durch sein Urtheil (*sententia*) zu entscheiden. Ist das Urtheil gefällt, so tritt er wiederum vom Schauplatz ab, weil der Inhalt der *formula* nicht weiter geht, und das *Executionsverfahren* gehört vor den *magistratus*, welcher das *iudicium* angeordnet hat. Neben den *ordinaria iudicia*, in welchen der *magistratus* nur den Proceß leitet, aber durch den *iudex* entscheiden läßt, bildete sich gleichzeitig für einzelne Fälle das Verfahren *extra ordinem* aus, d. h. ein Verfahren, in welchem der *magistratus* den Proceß in eigener Person leitete und entschied. Der Ausspruch des *magistratus* heißt dann in der Kunstsprache *decretum*, wenn er etwas befiehlt; *interdictum*, wenn er

1) Pr. J. de actionibus (4. 6.) L. 51. D. de obligat. et action. (44. 7.)

2) L. 35. §. 2. D. de proc. (3. 3.)

3) L. 8. §. 1. D. de verbor. signif. (50. 16.)

4) L. 20. D. ratam rem (46. 8.)

5) L. 10. §. 3. D. de compens. (16. 2.)

6) L. 37. pr. D. de oblig. et act. (44. 7.)

etwas verbietet⁷⁾. Dieß Verfahren wird von den Neueren mit dem Namen *extraordinarium iudicium* bezeichnet, und als Regel anerkannt, weil man die *ordinaria iudicia* abgekommen ansah⁸⁾. Deshalb ist in den Justinianischen Rechtsbüchern, wenn man sie von dem Standpunkte der Rechtsgelehrten dieser Zeit aus betrachtet, kein Unterschied zwischen *magistratus* und *index* wahrzunehmen, da der *magistratus* gewöhnlich den Proceß in eigener Person leitet und entscheidet. — Von den Klagen gelten folgende Regeln: aa) das Recht, welches eingeklagt werden soll, muß so beschaffen sein, daß es eine Klage wirklich zuläßt. Diese Klagbarkeit muß in der Regel vermuthet werden⁹⁾, und kann demnach nur den Rechten abgesprochen werden, welchen sie durch die Natur der Sache oder durch ein ausdrückliches Gesetz entzogen ist. Zu der ersten Gattung gehören die Fälle der sogenannten natürlichen Verbindlichkeit (*naturalis obligatio*). Zu der zweiten Gattung gehören die Fälle, in welchen die Gesetze dem Beklagten eine Einrede gewähren, wodurch er die Abweisung der Klage des Gegners erzwingt, z. B. die *exceptio SC. Macedoniani* oder *Vellejani*. Da es nun nach den Ansichten der römischen Juristen in Bezug auf die Wirkung gleichgiltig ist, ob das Recht *ipso iure* oder *per exceptionem* aufgehoben wird¹⁰⁾, so erklärt es sich ganz einfach, warum in manchen Stellen der Pandecten die Ausdrücke „eine Klage abschlagen“ (*actionem non dare*) und „eine Exception gegen eine Klage gewähren“ (*exceptionem dare*), auf eine Linie gestellt werden¹¹⁾. Ausgeschlossen sind aber die sogenannten *obligationes iure civili reprobatae*; denn gerade von diesen heißt es in den Rechtsquellen „*nullam vim habent*“¹²⁾ und „*nullius sunt momenti*“¹³⁾, folglich müssen sie in rechtlicher Beziehung als gar nicht vorhanden angesehen werden. bb) der Anspruch, welcher klagbar gemacht wird, muß bereits fällig sein (*actio nata esse debet*)¹⁴⁾. Eintheilungen der Klagen: 1) *Actiones directae* und *utiles*. Jene sind solche Klagen, welche unmittelbar für den Fall, auf welchen sie angewendet werden, durch Gesetz oder durch die Vermittelung der römischen Juristen eingeführt sind. *Utiles actiones* hingegen heißen solche Klagen, welche auf einen andern Fall, als für welchen sie vom Anfange an eingeführt waren, ausgedehnt worden sind. Diese Ausdeh-

7) *Cai. inst.* 4. §. 140. *Theoph. paraph. inst.* 4. 15. §. 1. *ed. Reitz tom II. p. 894.*

8) §. 8. *J. de interdictis* (4. 15.). *Pr. J. de successionibus sublatiis* (3. 12.)

9) *L. 21. D. de praescriptis verbis* (19. 5).

10) *L. 112. D. de regulis jur.* (50. 17.) *L. 22. §. 8. D. ratam rom* (46. 8.)

11) *L. 1. pr. D. de SC. Maced.* (15. 6.) *L. 1. u. 2. D. quarum rerum actio non datur* (44. 5.) verglichen mit der *Inscription.*

12) *L. 6. Cod. de pactis* (2. 3.)

13) *L. 26. D. de verbor. obligationibus* (46. 1.)

14) *L. 35. D. de iudiciis et ubi quisque agere oporteat* (5. 1.) *iudicium, antequam quicquam debeatur, (accipi) non posse.*

nung wurde durch eine Fiction bewirkt, d. h. durch einen Zusatz in der formula, durch welchen die Rechtsfäße der ursprünglichen Klagen auf den Fall, auf welchen sie ausgedehnt waren, übertragen wurden¹⁵). Daher nannten die Griechen solche Klagen Seitenklagen (*πλαγιαστικαί άγωναί*)¹⁶), daher heißen sie in anderen Stellen *actiones ficticiae* 17). Den Namen *utiles actiones* haben sie wahrscheinlich von dem Ausdrucke *utilitas*, womit man das „praktische Bedürfnis“ zu bezeichnen pflegt¹⁸), welches doch wohl die nächste Veranlassung zu Ausdehnungen dieser Art gegeben hat¹⁹). Im Justinianischen Rechte, wo die *formulae* nicht mehr vorkommen, hat diese Eintheilung der Klagen ihre praktische Bedeutung verloren, da die *utiles actiones* dieselbe Wirkung, wie die *directae actiones* hervorbringen²⁰). Von der eben erörterten Bedeutung der *utiles actiones* ist eine andere genau zu unterscheiden, nach welcher überhaupt wirksame Klagen mit dem Ausdrucke *utiles actiones* bezeichnet werden²¹). 2) *Actiones vulgares* und *in factum actiones*. Jenes sind Klagen mit selbstständigen Formeln²²), dieses sind Klagen, welche keine selbstständige Formeln haben, sondern nach dem Bedürfnisse eines jeden concreten Falles umgebildet wurden. Cajus, welcher²³) die *formulae in factum conceptae* den *formulae in jus conceptae* entgegensezt, versteht unter den letzteren solche, deren *intentio* auf die Anerkennung eines in derselben genannten Rechtes gerichtet wird (*si paret dare oportere, rem suam esse*.) während er mit dem zuerst genannten Ausdrucke solche *formulae* bezeichnet, in welchen das der Klage zu Grunde liegende *factum* in der *intentio* erwähnt, und gleich darauf die *condemnatio* angehängt wird. Daß diese Nachricht mit den *in factum actiones* zusammenhängt, läßt sich schon aus den *Pandecten* ersehen²⁴), welche für die *in factum actiones* dieselben Beispiele gebrauchen, deren Cajus sich bedient, um den Begriff der *formulae in factum conceptae* zu erläutern. Die *in factum actiones* stammen theils aus dem *Civilrechte*, theils aus dem *prätorischen Edicte*; namentlich scheint der Prätor den Kreis ihrer Wirksamkeit erweitert zu haben; wenigstens berichtet Cajus²⁵), daß derselbe in seinem Edicte in manchen Fällen

15) Cajus Inst. 4. §. 38. Theoph. Inst. 3. 12. pr. ed. Reitz, tom. 1. p. 611.

16) Theoph. Inst. 4. 12. pr. ed. Reitz tom. II. p. 871; 3, 9. §. 2. tom. I. p. 591; 2, 23. §. 4. tom. I. p. 493 u. §. 9. p. 501. Vergl. Mühlentbruch *Cession der Forderungsrechte*. 3. Ausg. p. 150—165.

17) Ulpianus fragm. tit 28. §. 12.

18) L. 5. §. 9. D. de pecunia constituta (13. 5.).

19) L. 21. D. de praesc. verb. (19. 5.) *quoties deficit actio vel exceptio, utilis actio vel exceptio est*.

20) L. 47. §. 1. D. de negotiis gestis (3. 5.).

21) Vgl. Mühlentbruch a. a. O. S. 155.

22) L. 1. D. de praescript. verbis (19. 5.).

23) Inst. 4. §. 45. 46.

24) L. 25. §. 1. D. de obligation. et actionibus (44. 7.).

25) Inst. 4. §. 47.

z. B. beim *commodatum* und *depositum* doppelte Klagformeln aufgestellt habe, von denen die eine in *ius concepta*, die andere in *factum concepta* gewesen sei. Im Justinianischen Rechte, wo die *formulae* verschwunden sind, finden sich noch folgende Bemerkungen über die in *factum actiones*. a) sie werden von den *utiles actiones*²⁶⁾, und den *actiones ex facto*²⁷⁾, d. h. den Klagen, welche aus einem *Delicte* entstehen, genau unterschieden; b) sie werden in solchen Fällen angewendet, woran gegen Personen klagt, welchen man Ehrfurcht schuldig ist, z. B. gegen Patrone und Eltern, wenn die *vulgaris actio*, welche für den vorliegenden Fall einführt ist, dieselben durch die Verurtheilung infamiten würde²⁸⁾; c) sie werden in allen Fällen angewendet, wo eine mit einer gewissen Anrüchigkeit behaftete Person gegen einen Mann von hohem Range oder von gutem Lebenswandel eine *actio famosa* anstellen könnte²⁹⁾; d) sie haben fast alle einen subsidiären Character, d. h. sie sind namentlich deshalb eingeführt, um die Lücken, welche die *vulgares actiones* im römischen Klagensysteme ließen, auszufüllen³⁰⁾. Eine gesetzlich ausgezeichnete in *factum actio* ist die *praescriptis verbis actio*. Sie stammt aus dem Civilrechte und geht nie auf eine genau nach allen Seiten hin bestimmte Geldsumme. Den Namen in *factum actio* hat sie nur bildlich erhalten. Denn sie hat eine *intentio in ius concepta*³¹⁾, und nur der Umstand, daß das der Klage zu Grunde liegende Geschäft mit weitläufigen Worten der *intentio* der *formula*, gleich als ob es die *demonstratio* der *formula* wäre, vorangesezt wurde, hat die Veranlassung dazu gegeben, daß sie in *factum actio* genannt worden ist. Der Ausdruck *praescriptis verbis*, welche *Hottman* gegen alle handschriftliche Zeugnisse, in *perscriptis verbis* hat verwandeln wollen, deutet unfehlbar auf diese, der *intentio* vorgesezten Worte, in welchen das der Klage zu Grunde liegende Geschäft genau bezeichnet wurde. Eine Ansicht, welche auch durch das bestätigt wird, was *Cajus*³²⁾ vom Gebrauche der *praescriptiones* im alten Civilprocesse berichtet. Die Sphäre der *praescriptis verbis actio* wird im römischen Rechte nicht genau bestimmt, doch finden sich Spuren ihrer Anwendung in folgenden Fällen: aa) in den *Innominatcontracten*; bb) bei Verabredungen, wo die gewöhnlichen Klagen nicht zureichen³³⁾; cc) bei dem *precarium*³⁴⁾. Ihren Ursprung verdankt sie wahrscheinlich dem Neuerungs-systeme des *Lab eo*³⁵⁾, welcher wohl zuerst die Ansicht aufstellte, daß, wo ein *negotium* vor-

26) §. 16. J. de lege Aquilia (4. 3.).

27) L. 5. §. 1. D. de oblig. et act. (44. 7.)

28) L. 11. §. 1. D. de dolo malo (4. 3.).

29) L. 11. §. 1. D. (4. 3.)

30) L. 1. pr. D. de praesc. verb. (19. 5.)

31) L. 6. C. de transactionibus (2. 4.) Basilica ed. Heimbach tom. I.

p. 559.

32) Inst. §. 4. 132.

33) L. 23. D. communi divid. (10. 3.) L. 1. §. 9. D. depositi (16. 3.).

34) L. 2. §. 2. D. de precario (43. 26.).

35) L. 1. §. 1. D. de praesc. verb. (19. 5.) L. 19. pr. L. 20. pr.

liege, welches nicht in einen benannten Contract übergehe, auch die praescriptis verbis actio zulässig sei³⁶⁾. Negotium bedeutet hier jedenfalls „ein Rechtsgeschäft, welches in der Absicht eingegangen wird, um den Anderen verbindlich zu machen“³⁷⁾. Daß diese Klage in manchen Stellen³⁸⁾ utilis actio genannt wird, hat wahrscheinlich darin seinen Grund, daß sie den einzelnen Contractsklagen nachgebildet ist³⁹⁾. — Es ist eine ziemlich allgemein verbreitete Meinung, daß es eine Schädensklage bei den Römern gegeben habe⁴⁰⁾, welche den Namen in factum actio geführt habe. Als Erfordernisse dieser Klage gibt man gewöhnlich folgende an: a) es müsse Jemand dem Anderen durch unbefugte Handlungswise Schaden zugefügt haben; b) es müssen die Erfordernisse aller benannter Schädensklagen wegfallen. Allein diese Meinung scheint unhaltbar zu sein. Denn die Stellen, auf welche man sich beruft⁴¹⁾, sprechen nur von einer in factum actio, welche bei positivem, ungerechtem Schaden dann eintritt, wenn die actio legis Aquiliae deshalb nicht eintreten kann, weil weder corpus corpori geschadet hat, nach corpori geschadet worden ist. Dieß haben schon L ö h r⁴²⁾ und H a s s e⁴³⁾ bemerkt.

3) actiones stricti iuris, bonae fidei, arbitrariae. Actiones stricti iuris 1) sind solche Klagen, in welchen die richterliche Entscheidung nur nach den Grundsätzen des strengen Rechtes, ohne Rücksicht auf die bona fides d. h. auf die Billigkeit⁴⁴⁾, erfolgt. Bonae fidei actiones sind solche Klagen, in welchen es dem Ermessen des Richters überlassen wird, nach den Grundsätzen der Billigkeit zu beurtheilen, wie viel der Beklagte an den Kläger zu zahlen habe⁴⁵⁾. Zu jenen gehören die conditiones⁴⁶⁾; zu diesen die actio emti venditi, locati conducti, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelae, commodati, pignoratitia, familiae heriscundae, communi dividundo, praescriptis verbis⁴⁷⁾, die hereditatis petitio⁴⁸⁾ und die actio ex stipulatu auf Rückgabe der dos⁴⁹⁾. Den Namen hat diese Klaggattung wahrscheinlich deshalb erhalten, weil die Worte ex bona fide in die Klageformel gesetzt wurden⁵⁰⁾. Der Hauptunterschied beider Klagenarten zeigt

36) L. 19. pr. D. de praesc. verb. (19. 5.)

37) Vgl. Meyerfeld von der Schenkung Thl. 1. S. 18.

38) z. B. in L. 6. C. de transaction. (2. 4.)

39) arg. L. 5. §. 4. D. de praescr. verb. (19. 5.)

40) Boehmer de actionibus L. 2. cap. 5. §. 7—14. Hanel vom Schadenersatz S. 99. S. 116.

41) §. 16. J. de lege Aquil. (4. 3.) L. 1. §. 7. D. si quadrupes (9. 1.) fr. 33. §. 2. D. ad leg. Aquiliam (9. 2.).

42) von der Culpa S. 84.

43) von der Culpa S. 33—36.

44) L. 3. D. depositi (16. 3.)

45) §. 30. J. de action. (4. 6.) L. un. §. 2. C. de rei uxor. (5. 13.)

46) Theoph. 4. 13. §. 3. ed. Reitz tom. II. p. 877.

47) §. 28 u. 29. J. de action. (4. 6.)

48) L. 12. C. de petitione hereditatis (3. 3.).

49) L. un. C. de rei uxor. (5. 13.)

50) Cic. de off. 3. 15.

sich namentlich in der Verschiedenheit der gerichtlichen Behandlung. In den *stricti iuris actiones* hatte der Richter nur über das in der *formula* genannte Recht zu urtheilen, und nach Untersuchung der Frage, ob es gegründet sei oder nicht? trat er vom Schauplatze ab. In den *bonae fidei actiones* hingegen hatte der Richter hauptsächlich zweierlei zu beurtheilen. 1) Ist die Klage begründet? 2) Auf wieviel ist die von dem Kläger erforderliche Sache zu veranschlagen? Dabei war es dem Ermessen des Richters überlassen, die Gegenansprüche des Beklagten an den Kläger von dem Betrage der vom Kläger geforderten Summe abzuziehen, und den Beklagten nur auf den Ueberrest zu verurtheilen. Hiernach entstand also in den *bonae fidei actiones* noch häufig eine dritte, vom Richter zu beantwortende Frage: auf wieviel sind die Ansprüche des Klägers wegen der compensirten Gegenforderungen des Beklagten an ihn zu vermindern? Dieß lag so sehr im Wesen der *bonae fidei iudicia*, daß der Richter von Amtswegen selbst dann, wenn der Beklagte seine Gegenforderungen auf dem Wege der *exceptio* nicht geltend gemacht hatte, dieselben zu berücksichtigen verbunden war⁵¹⁾. Dagegen wurden die *Compensationsansprüche* in den *stricti iuris iudicia* früher gar nicht berücksichtigt, und erst spät, als der Kaiser Marcus Aurelius auch in diesen Klagen dem Beklagten die Vorschüßung der *exceptio doli mali* gestattete⁵²⁾, wurde es demselben möglich, seine Gegenforderungen an den Kläger auf dem Wege der Einrede gegen die *stricti iuris actio* geltend zu machen. Ein fernerer Unterschied zwischen beiden Klagenarten zeigte sich bei der *litis aestimatio*, d. h. bei der richterlichen Ausmittelung der Summe, welche der Beklagte an den Kläger in Folge der *sententia* zu zahlen hat. Hier wurde der Richter angewiesen, in den *stricti iuris actiones* auf den Zeitpunkt, wo die *litis contestatio* erfolgt ist, zu sehen, in den *bonae fidei actiones* hingegen mußte er die Zeit, wo das Urtheil gefällt wurde, berücksichtigen⁵³⁾. Was die heutige Anwendbarkeit dieser Unterschiede anbetrifft, so ist zwar nicht zu bezweifeln, daß sie nach Justinianischem Rechte an noch fortbestehen, allein die teutschrechtliche Praxis hat sich ganz bestimmt gegen diese Eintheilung der Klagen erklärt, und den Grundsatz aufgestellt, daß alle noch heute vorkommende Klagen nach dem Muster und der Analogie der *bonae fidei actiones* zu behandeln seien⁵⁴⁾. *Arbitrariae actiones* (wohl auch *arbitria* genannt), sind solche Klagen, in welchen die definitive Verurtheilung des Beklagten auf eine gewisse Geldsumme durch den Richter erst dann geschehen konnte, wenn der erstere dem Befehle des letzteren, etwas an den Kläger zu zahlen (*solvere*), demselben vorzuzeigen (*exhibere*), oder an denselben zurückzugeben (*restituere*), nicht nachgekommen war. Ein solcher, der Verurtheilung vorhergehender Befehl des Richters an den Beklagten heißt *iussus iudicis*, *arbitrium*. Die Befugniß diesen Befehl

51) L. 58. D. de heredit. petitione (1. 3.).

52) §. 80. J. de action. (4. 6.)

53) L. 3. §. 2. D. commodati (13. 6.).

54) Glück, Erläuterung der Pandecten Bd. 4. S. 254.

zu erlassen wurde dem Privatrichter vom Prätor durch folgende in der Klagformel vor der *condemnatio* eingeschaltene Worte übertragen: *nisi arbitrio tuo solvat, restituat, exhibeat*. Man hat sich demnach die *arbitrariae formulae* als eine bedingte Condemnation enthaltend zu denken, d. h. die erst dann erfolgen konnte, wenn der Beklagte *contumax* wurde, d. h. dem Befehle des Richters nicht Folge leistete⁵⁵). Die *arbitrariae formulae* sind theils in *personam actiones*, theils in *rem actiones*. Ein vollständiges Verzeichniß dieser Klagen zu geben dürfte nach dem jetzigen Standpuncte der Vorjustinianischen und Justinianischen Rechtsquellen unmöglich sein, da selbst die Hauptstelle⁵⁶) in dieser Beziehung nur beispielsweise spricht. Gewiß gehören dahin die *Publiciana in rem actio*, die *Serviana actio*, die auf die Sachen des Abmiethers eines *praedium rusticum* Bezug hat, die *actio quasi Serviana*, welche auch *actio hypothecaria* heißt, die *rei vindicatio*⁵⁷), die *actio confessoria*⁵⁸), alle *interdicta restitutoria und exhibitoria*⁵⁹), die *actio Paulliana*⁶⁰), die *actio Faviana*⁶¹), die *actio quod metus causa, doli mali*, die *actio de eo, quod certo loco*, und die *actio ad exhibendum*. Es wird als eine Eigenthümlichkeit dieser Klagen bezeichnet, daß, wenn der Beklagte dem Befehle des Richters die Sache vorzuzeigen oder zu restituiren nicht nachkommt, und dennoch dieselbe besitzt, er durch Soldatenhand (*manu militari*) gezwungen werden solle, den Besitz der Sache sofort dem Kläger einzuräumen, und daß, wenn dieß geschehen ist, nichts desto weniger die Verurtheilung des Beklagten wegen der Früchte der Sache⁶²) und ihres Zubehöres (*omnis causa*) erfolgen solle. Im Justinianischem Rechte bestehen die Eigenthümlichkeiten der *arbitrariae actiones* auch, nachdem die *formulae* aus dem römischen Proceß verschwunden sind, annoch fort. Die teutsche Praxis hat sie indeß nie anerkannt, und daher kommt es, daß man heutzutage alle *arbitrariae actiones* nach dem Muster der *bonae fidei actiones* behandelt. 4) *In rem actiones* und *in personam actiones* (dingliche u. persönliche Klagen). *In rem actiones* sind im weiteren Sinne solche Klagen, welche allgemein gefaßt sind, d. h. den Namen des Beklagten in der *intentio* der *formula* nicht nennen. So ist es zu verstehen, wenn von den *praeiudiciales actiones* gesagt wird „*in rem esse videntur*“⁶³).“ Im engeren Sinne versteht man unter diesem Ausdrucke solche Klagen, mit welchen wir eine uns zugehörige Sache oder ein uns zustehendes Recht gegen einen jeglichen Inhaber desselben geltend machen⁶⁴). Ueber den Ursprung der Benennung sind

55) *Caius inst.* 4. §. 163. §. 31. *J. de action.* (4. 6.) Keller über *Litiscontestation* und Urtheil S. 169. u. S. 213.

56) §. 3. *J. de actionib.* (4. 6.) mit Schrader's Bemerkung S. 662.

57) L. 68. D. de rei vindicatione (6. 1.)

58) L. 7. D. si servitus vindicetur (8. 5.)

59) L. 68. D. (6. 1.)

60) L. 10. §. 20. D. quae in fraudem creditorum (42. 8.)

61) L. 5. §. 1. D. si quid in fraudem patroni (38. 5.)

62) L. 28. D. de rei vindicatione (6. 1.)

63) §. 13. *J. de actionibus* (4. 6.)

64) *Caius inst.* 4. §. 3. L. 25. D. 44. 7.

die Gelehrten verschiedener Meinung. Einige leiten den Namen von dem charakteristischen Sprachgebrauche der römischen Juristen her, nach welchem sie alles mit den Worten in rem bezeichnen, was allgemein und ohne Beschränkung auf eine bestimmte Person gefaßt ist; im Gegensatze von in personam, womit man alles dasjenige bezeichnet, was auf eine individuelle Person beschränkt ist. Andere⁶⁵⁾ hingegen erklären den Ausdruck aus der Redensart in rem agere, d. h. um einer bestimmten Sache willen klagen. Doch wird diese Ansicht durch den beständigen Gegensatz von in personam actio und in rem actio widerlegt, und auch durch die von den Verteidigern dieser Meinung angezogenen Stellen keineswegs unterstützt⁶⁶⁾. Der Ausdruck actio realis, womit manche Gelehrte solche Klagen zu bezeichnen pflegen, ist unächt. In personam actio heißt im weiteren Sinne jede Klage, deren intentio den Namen des Beklagten ausdrücklich erwähnt; im engeren Sinne versteht man darunter eine solche Klage, welche wir gegen eine individuelle Person, die uns etwas zu leisten schuldig ist, anstellen⁶⁷⁾. Statt in personam actio findet sich öfters der Ausdruck personalis actio⁶⁸⁾. 5) Vindicationes und conditiones. Im römischen Rechte heißen vindicationes alle in rem actiones⁶⁹⁾, obgleich es sehr wahrscheinlich ist, daß man früher nur die wirkliche Eigenthumsklage damit bezeichnete, was schon durch die Formel vindico rem esse meam bestätigt wird, und aus einer Stelle des Caus gewissermaßen hervorgeht⁷⁰⁾. Im Gegensatze derselben bezeichnet man alle in personam actiones, womit man eine Obligation geltend macht, mit dem Namen conditiones⁷¹⁾. Doch muß dieser Sprachgebrauch wenigstens zu den Zeiten des Caus noch nicht allgemein verbreitet gewesen sein, da er an einer Stelle⁷²⁾ nur diejenigen in personam actiones mit dem Namen conditiones bezeichnet, welche ihrer intentio nach auf ein dare oportere gerichtet sind, d. h. welche den Beklagten zur Uebertragung des Eigenthums einer Sache an den Kläger zwingen. Dieser Name stammt jedenfalls aus der alten legis actio per conditionem, welche nach Caus Zeugnisse⁷³⁾ entweder nur eine bestimmte Summe baaren Geldes (certa pecunia) oder eine andere individuelle Sache (certa res) zum Gegenstande haben konnte. 6) Actiones rei persecuendae causa comparatae (bei den Neuern rei persecutoriae), poenales und mixtae⁷⁴⁾. Mit dem ersteren Ausdrücke bezeichnet man solche

65) Vgl. Durvi im Archiv für civilist. Praxis Bd. 6. S. 430.

66) L. 6. pr. D. de rei vindicatione (6. 1.) L. 9. §. 6. D. quod metus causa (4. 2.) §. 20. J. de actionibus (4. 6.)

67) L. 25. D. de oblig. et action. (44. 7.)

68) L. 38. D. de iudiciis (5. 1.) L. 178. §. 2. D. de verbor. signific. (50. 16.)

69) Caus 4. §. 5. J. de action. (4. 6.) L. 25. D. de oblig. et action. (44. 7.)

70) Caus Inst. 4. §. 16.

71) §. 15. J. de actionib. (4. 6.) L. 25. pr. D. 44. 7.

72) Inst. 4. §. 18.

73) Caus inst. 4. §. 19.

74) §. 16. J. 4. 6.

Klagen, welche weiter nichts, als den reinen Schadenersatz bezwecken (quibus persequimur, quod ex patrimonio abest,⁷⁵), z. B. die actio emti venditi, locati conducti, pro socio, mandati, depositi, ex stipulatu, actio mutui. Poenales oder poenae persequendae gratia comparatae actiones heißen solche, welche nur die Erlegung einer Privatstrafe (poena) von Seiten des Beklagten bezwecken. Privatstrafe nennt man eine an den Kläger zu bezahlende Geldsumme, welche den reinen Schadenersatz (res)⁷⁶, die Conventionalstrafe und das Interesse nicht mit in sich faßt. Dahin gehört z. B. die actio furti. Mixtae actiones heißen solche Klagen, welche auf den Schadenersatz und zugleich auf Bezahlung einer poena privata gerichtet sind, z. B. die actio vi bonorum raptorum, und die actio legis Aquiliae. Im heutigen Rechte, wo die Privatstrafen wegfallen, hat diese Eintheilung der Klagen nur noch historischen Werth. 7) Directae actiones (auch principales⁷⁷) genannt) und contrariae. Directae actiones (Hauptklagen) sind solche aus Obligationen entspringende persönliche Klagen, welche die Erfüllung der in dem Wesen der Obligation liegenden Verbindlichkeiten bezwecken. Actiones contrariae heißen solche Klagen, welche die Erfüllung solcher Verbindlichkeiten bezwecken, welche im Wesen der Obligation keinesweges begründet sind, sondern erst aus äußeren, zu der Obligation hinzutretenden Thatumständen sich herschreiben. In den Ueberschriften der Pandectentitel werden beide Klagenarten so bezeichnet: depositi vel contra, mandati vel contra. Ursprünglich waren wohl die directae actiones die einzigen aus der Obligation entstehenden Klagen. Erst nach und nach bildete sich der Grundsatz aus, daß der Schuldner aus der Obligation außer dem Retentionsrechte, welches er an der Sache, die er an den Gläubiger der Obligation gemäß abliefern mußte, wegen Auslagen, die er auf die erwähnte Sache zu Gunsten des Gläubigers gemacht hatte, auch eine besondere Klage gegen den Letzteren haben sollte, und dieß ist die contraria actio. Der Grund, aus welchem die contraria actio entsteht, ist der Umstand, daß der Schuldner zu Gunsten des Gläubigers Geld aufgewendet hat, dessen Restitution er durch Vorschüßung der exceptio doli mali (Retentionsrecht) vom Gläubiger erzwingen kann⁷⁸). Daher heißt es auch in contrariis iudiciis non de peritidia, sed de calculo agitur⁷⁹). Den Namen haben die contrariae actiones wohl deshalb erhalten, weil sie am Anfange erst nach Anstellung der directae actiones vom Schuldner gebraucht werden konnten⁸⁰), eine Ansicht, worauf theils der Name, theils die Analogie von contrarium iudicium⁸¹) hindeutet. Im späteren Rechte sind sie aber als selbstständige Klagen anerkannt worden,

75) L. 35. D. de oblig. et action. (44. 7.)

76) Schrader zu den Institutionen S. 651.

77) L. 17. §. 1. D. commodati (13. 6.)

78) L. 13. §. 4. D. commodati (13. 6.)

79) L. 6. §. 7. D. de his, qui notantur infamia (3. 2.)

80) Schrader zu Justinian's Institut. S. 563.

81) Caius inst. 4. §. 178. u. 179.

und bedürfen nicht mehr dieser Beziehung auf die *directa actio*, da sie auch ohne dieselbe angestellt werden können⁸²). In den Justinianischen Rechtsquellen finden sich noch folgende *contrariae actiones* namentlich aufgeführt: *depositi*, *commodati*, *tutela*, *negotiorum gestorum*, *mandati*, *pignoratitia*. Nothwendig ist die Anstellung der *contraria actio* in den Fällen, in welchen dem Schuldner aus der Obligation die sofortige Zurückgabe der geschuldeten Sache an den Gläubiger unter Abschneidung des Retentionsrechtes und der Compensationsbefugniß zur Pflicht gemacht ist, z. B. im *depositum*⁸³). Denn hier ist die *contraria actio* das einzige Mittel, dessen sich der Schuldner bedienen kann, um den Ersatz für seine Auslagen vom Gläubiger zu erzwingen. Dagegen gibt es auch Fälle, in welchen die *contraria actio* dem Schuldner aus der Obligation ganz abgesprochen wird, obschon ihm das Retentionsrecht vorbehalten bleibt. 8) *Perpetuae actiones* und *temporales*. Jenes sind solche, welche immer angestellt werden können. Dieses sind solche, deren Anstellung auf eine gewisse Zeit beschränkt ist. Im Justinianischen Rechte sind fast alle Klagen, selbst die *perpetuae actiones* der Klagenverjährung unterworfen, seitdem Kaiser Theodosius die Regel aufgestellt hat, daß alle Klagen, welche vorher von beständiger Dauer waren, durch den Ablauf von 30 Jahren seit ihrer Begründung erlöschen sollen⁸⁴). Seit dieser Zeit hat sich die Regel gebildet, daß alle Klagen verjährbar sind, außer, wo das Gesetz ausnahmsweise die Verjährung derselben aufgehoben hat. 9) *Ordinaria iudicia* und *extraordinaria*. *Ordinaria iudicia* heißen nach der gewöhnlichen Meinung solche Prozesse, zu deren Entscheidung der *magistratus*, welcher die *iurisdictio* hat, einen *iudex privatus* mit einer *formula* bestellt hat. *Extraordinaria* heißen solche Prozesse, welche der Magistrat in eigener Person leitet und entscheidet⁸⁵). Indessen ist diese Terminologie nicht sicher. Denn eines Theils bezieht der Jurist Theophilus⁸⁶) den Begriff der *iudicia ordinaria* nur auf solche Prozesse, welche *tempore conventus* gehalten worden seien, und sagt ausdrücklich, daß die *iudicia extraordinaria* nicht darauf beschränkt gewesen wären, sondern zu jeglicher Zeit hätten abgehalten werden können; anderen Theils findet sich auch der Ausdruck *ordinarium iudicium* in der Bedeutung „eines ordentlichen Verfahrens,“ im Gegensatz desjenigen, welches vor dem Schiedsrichter abgesetzt wird⁸⁷). Auf den Fall, wenn der Magistratus den Proceß in eigener Person leitet und entscheidet, bezieht man gewöhnlich auch den Ausdruck *extra*

82) L. 27. §. 1. D. *commodati* (13. 6.) L. 1. §. 8. D. de *contraria tutela* (27. 4.)

83) L. 14. C. de *compensationibus* (4. 31.)

84) L. un. Theod. Cod. de *action. cert. temp. finiendis* (11. 14.) L. 3. Just. Cod. de *praescript. XXX. annorum* 7. 39.

85) pr. J. de *successionibus subl.* (3. 12.)

86) pr. J. 3. 12. ed. Reitz tom. I. p. 609.

87) L. 5. §. 1. 2. C. de *recept. arb.* (2. 56.)

ordinem ius dicit, obschon gerade mehrere Stellen, wo dieser Ausdruck vorkommt, offenbar von denen, welchen ausnahmsweise die *iurisdictio* verliehen ist⁸⁸⁾, zu verstehen sind. Klagen, welche auf dem Wege der *extraordinaria iudicia* verhandelt wurden, heißen öfters *persecutiones*⁸⁹⁾, oder *extraordinariae cognitiones*⁹⁰⁾. Auf dieselbe Weise ist wohl auch der Gegensatz von *cognitio praetoris* und *per formulam petere* zu erklären⁹¹⁾. Wann das Verfahren *per formulam* abgekommen sei, und durch welche Thatumstände, ist ungewiß. Schon die Kaiser Diocletianus und Maximianus verfügten, daß in der Regel der Magistrat alle Proceffe in eigener Person leiten, und ohne Bestellung eines *iudex* entscheiden solle⁹²⁾. Nur ausnahmsweise erlaubten sie dem Magistrate, wenn er durch Staatsgeschäfte oder durch die Menge der Proceffe abgehalten würde, über alle einzelne Proceffe in eigener Person zu urtheilen, *iudices pedanei* mit deren Entscheidung zu beauftragen. Diese sind aber in keiner Beziehung den alten Privatrichtern ähnlich, sondern scheinen mehr eine Art von delegirter Gerichtsbarkeit ausgeübt zu haben. Im Justinianischen Rechte ist die Regel festgehalten „*hodie omnia iudicia extraordinaria sunt*“⁹³⁾, und dies wird zugleich als Grund davon angegeben, daß das alte Interdictverfahren ganz abgekommen, und an die Stelle desselben die Proceßführung durch *utiles actiones* getreten sei⁹⁴⁾. 10) *Legitima iudicia u. iudicia, quae imperio continentur*. *Legitima iudicia* heißen im Vorjustinianischen Rechte alle Proceffe, bei welchen folgende Erfordernisse zusammentreffen: a) daß beide Parteien römische Bürger sind, b) daß nur ein *iudex* vom Magistrat gegeben ist, c) daß dieser römischer Bürger ist, d) daß der Proceß innerhalb Rom's oder dessen Stadtgebietes, welches durch den ersten Meilenstein, von der Stadt aus gerechnet, begrenzt wurde, anhängig gemacht worden ist⁹⁵⁾. Jeder Proceß, in welchem eines dieser Erfordernisse fehlte, hieß *iudicium, quod imperio continetur*. Dahin rechnet man namentlich die Proceffe, welche außerhalb Rom's anhängig waren; in welchen eine von den Parteien *peregrinus* war; in welchen die Entscheidung den *recuperatores* übertragen war. Von den *legitimis iudiciis* sagt man auch: *legitimo iure consistunt*. Woher diese Benennungen stammen, ist ungewiß. Es scheint indeß, als ob die Ausdrücke *legitimo iure*, *legitimum iudicium* auf die Vorschrift einer *lex* hindeuten, welche diesen Unterschied eingeführt haben mag. Am einfachsten rathet man hier auf die *lex Julia iudiciaria*, welche wenigstens

88) L. 7. §. 2. D. de off. procons. (1. 16.) qui vel quasi magistratus vel extra ordinem ius dicunt.

89) L. 178. §. 2. D. de verbor. signif. (16.)

90) D. de extraordin. cognition. (50. 13.)

91) Ulp. frag. tit. 25. §. 12.

92) L. 2. c. de pedan. indic. (3. 3.)

93) pr. J. de success. subl. (3. 12.)

94) §. 8. J. de interdictis (4. 15.)

95) Cai. inst. 4. §. 103—105.

für die Verjährung der *legitima iudicia* besondere Grundsätze festgesetzt hat⁹⁶). Den Ausdruck *iudicium, quod imperio continetur*, erklärte Cajus⁹⁷) aus dem Umstande, daß solche Proceffe sofort erlöschen, wenn der magistratus, welcher sie angeordnet hat, das imperium, vermöge dessen er sie angeordnet, verliert. Im Justinianischen Rechte ist diese Eintheilung der *iudicia* unpractisch geworden, und daher ist jede Spur der *legitima iudicia* und der *iudicia, quae imperio continentur*, in den Justinianischen Rechtsquellen sorgfältig vertilgt worden.

11) *Simplicia iudicia* u. *duplicia*. *Simplicia iudicia* heißen solche Klagen, in welchen nur die eine von den Parteien der Kläger, die andere aber der Beklagte ist. *Duplicia* heißen solche, in welchen jede von den Parteien eine doppelte Rolle übernimmt, nämlich die des Klägers und die des Beklagten⁹⁸). Denn man nimmt an, daß die Lage der einzelnen Parteien in diesen Proceffen einander ganz gleichgestellt sei. Am deutlichsten erhellt dies aus der Vergleichung der *interdicta simplicia* und *duplicia*⁹⁹). Wegen der Vermischung der Partierollen heißen die *duplicia iudicia* auch *mixtae actiones*¹⁰⁰). Fragt man nun, was die römischen Juristen sich unter der Gleichstellung der beiden Parteien in diesen Klagen dachten, so läßt sich wohl nur soviel behaupten, daß sie hier zwei verschiedene Proceffe in einen vereint ansahen. Daraus erklären sich folgende Rechtsätze: 1) daß der Richter eine jede von den Parteien in diesen Proceffen verurtheilen, und eine jede derselben freisprechen kann, 2) daß im Falle des *iusiurandum calumniae* beide Parteien dasselbe zu leisten schuldig sind; und zwar so, daß sie nicht gegen besseres Wissen und Dafürhalten den Proceß erheben und den Klaggrund abklagen¹⁰¹), daß das Klagerrecht als gemeinschaftliches Eigenthum beider Partheien angesehen wird¹⁰²). Man rechnet zu den *iudicia duplicia* die *actio familiae herciscundae, communi dividundo, finium regundorum* und gewissermaßen auch die *interdicta uti possidetis und utrobi*¹⁰³). Was die zuerstgenannten drei Theilungsklagen anbelangt, so heißt es von ihnen *mixtam causam habere videntur*¹⁰⁴), d. h. sie stehen gewissermaßen zwischen den *in personam actiones* und den *in rem actiones* in der Mitte, weil der Richter in denselben das Recht hat, die streitige Sache der einen von den Parteien, welche dadurch das Eigenthum erwirbt, zu adjudiciren, und dieselbe darauf zu verurtheilen, daß sie die andere Partei, die durch die *adiudicatio* verliert, in Geld entschädige¹⁰⁵). Mit Unrecht haben die meisten neuer-

96) Cai. inst. 4. §. 104.

97) a. a. D. §. 105.

98) L. 2. §. 1. D. comm. divid. (10. 3.) L. 10. D. fin. regund. (10. 1.)

99) Cai. inst. 4. §. 156—160. §. 7. J. de interdictis (4. 15.)

100) L. 37. §. 1. D. de oblig. et action. (44. 7.)

101) L. 44. §. 4. D. comm. divid. (10. 2.)

102) L. 11. §. 2. D. de iurisdict. (2. 4.)

103) L. 37. §. 1. D. oblig. et action. (44. 7.) L. 10. D. fin. regund.

(10. 1.) L. 2. §. 1. D. comm. divid. (10. 3.)

104) §. 20. J. de actionibus (4. 6.)

105) Ebdr in Grolman's Magazin Bd. 4. S. 23. ff.

ren Rechtsgelehrten aus dieser Stelle der Institutionen einen neuen Begriff der *mixtae actiones* gebildet, der darin bestehen soll, daß solche Klagen dingliche und persönliche Klagen zugleich seien. — Schon zeitig scheint man das practische Bedürfnis gefühlt zu haben, daß die Rollen des Klägers und des Beklagten wenigstens formell festgestellt würden. Daher kam man auf den Satz, daß derjenige im Zweifel für den Kläger zu halten sei, welcher zuerst die Klage erhoben habe¹⁰⁶), und daß, im Falle beide Parteien zugleich auf die Klage provociren, dieselben unter einander loosen sollen¹⁰⁷). 12) *Generalia und specialia iudicia*: *Gen. iudicia* heißen in der Kunstsprache solche Klagen, mit welchen man eine Mehrheit von Rechten, welche aus Einem Obligationsgrunde herkommen, geltend zu machen sucht, z. B. die *actio pro socio, negotiorum gestorum, tutelae*. Im Gegensatz derselben heißen *specialia iudicia* nur solche, mit welchen man bloß ein einziges Recht geltend macht z. B. die *actio mandati, commodati, depositi*¹⁰⁸). In ähnlicher Beziehung wird die Eigenthumsklage, im Gegensatz der *hereditatis petitio, specialis in rem actio* genannt, weil man mit der ersten nur ein Recht auf eine einzelne, individuelle Sache, mit der zweiten ein Recht auf ein Begriffsganzes (*universitas*) geltend macht¹⁰⁹). Dagegen scheint es kein technischer Ausdruck zu sein, wenn der Jurist *labeo* Klagen, die für einen besonderen Fall eingeführt sind, *speciales actiones*, und solche, welche für mehrere gleichartige Fälle gegeben sind, *generales actiones* nennt¹¹⁰). 13) *Privatae actiones und populares*. *Priv. actiones* heißen solche Klagen, welche ein Jeder in seinen privatrechtlichen Angelegenheiten anstellt¹¹¹). *Popularis actio* hingegen oder *publica actio* heißt jede Klage, worin der Kläger die Gerechtsame des Volkes als Volkes vertritt¹¹²). Solche Klagen vertreten bei den Römern die Stelle unserer Polizeiverordnungen, und können von Jedem aus dem Volke angestellt werden, wenn derselbe nicht ausdrücklich durch das prätorische Edict behindert war, vor Gericht aufzutreten¹¹³). Frauen und Pupillen werden sie nur dann gestattet, wenn ihr Privatinteresse mit ins Spiel kommt¹¹⁴). Sie gehen fast alle auf eine Geldstrafe, welche der Beklagte an den Kläger, wenn er den Proceß gewinnt, zu bezahlen verurtheilt wird, und gehen, weil sie für Pönalklagen gehalten werden, auf die Erben des Beklagten nicht über¹¹⁵). Ihre Dauer ist nur auf ein einziges Jahr beschränkt¹¹⁶). Es gelten von ihnen noch folgende sehr

106) L. 2. §. 1. D. comm. divid. (10. 3.) L. 13. D. de iudiciis. (5. 1.)

107) L. 14. D. de iudiciis. (5. 1.)

108) L. 38. pr. D. pro socio. (17. 2.)

109) L. 6. pr. und §. 1. D. de rei vind. (6. 1.)

110) L. 1. §. 17. D. de aqua pluv. (39. 3.)

111) L. 42. pr. D. de procuratoribus. (3. 3.)

112) L. 1. D. de popularibus actionibus. (47. 23.) L. 43. §. 2. D. de procurat. (3. 3.) L. 30. §. D. de iureiur. (12. 2.)

113) L. 4. D. de popul. act. (47. 23.)

114) L. 6. D. ibidem.

115) L. 8. D. ibidem.

116) L. 8. D. ibidem.

singuläre Vorschriften. aa) Der Kläger kann in diesen Klagen nicht durch einen procurator sich vertreten lassen¹¹⁷⁾, außer wenn sein Privatinteresse, wie z. B. in der actio popularis de via publica, mit ins Spiel kommt. Denn dann werden ausnahmsweise auch Procuratoren zugelassen, gleich als wenn es privatae actiones wären. bb) Wenn mehrere Personen als Kläger bei einer popularis actio concurriren, so wählt der Prätor unter ihnen den Lichtigsten zur Klage aus¹¹⁸⁾. Als der Lichtigste wird wohl der angesehen, welcher das größte Interesse dabei hat, daß der Proceß gewonnen werde¹¹⁹⁾. cc) Ist eine solche Klage einmal angestellt und abgeurtheilt worden, so kann aus demselben Factum kein Anderer denselben Beklagten belangen¹²⁰⁾, denn jeder neuen Klage würde die exceptio rei iudicatae entgegenstehen. dd) Wer die Befugniß hat, eine solche Klage anzustellen, gilt nicht für reicher, als er vorher war¹²¹⁾. Im heutigen Rechte sind die populares actiones zwar nicht aufgehoben, sie kommen aber deshalb nicht mehr vor, weil die Gründe, aus welchen sie bei den Römern gestattet wurden, heutzutage zum Ressort der Polizei gehören. 14) Civiles actiones und honorariae. Jenes sind solche Klagen, welche aus dem ius civile herrühren, dieses solche, welche aus dem ius honorarium herkommen. Da nun das ius honorarium die Rechtsfälle umfaßt, welche aus den Edicten der Magistrate, die alljährlich Recht sprachen, sich herschreiben, so scheint es angemessen, die honorarias actiones wiederum in praetoriae und aedilitiae einzutheilen. Jenes sind solche, welche aus dem prätorischen Edicte stammen, dieses solche, welche aus dem Edicte der Aediles curules herkommen. Zu jenen gehören z. B. die actio Serviana, Calvisiana u. s. w., alles Klagen, welche von den Prätoren, welche sie eingeführt haben, ihren Namen erhalten haben. Zu diesen gehören die redhibitoria actio und die actio quanto minoris. E. auch Klage.

Actio ad exhibendum heißt die persönliche Klage, wodurch der Besitzer einer individuellen Sache von Jedem, welcher ein begründetes Interesse daran hat, diese Sache zu sehen, gezwungen wird, dieselbe an Gerichtsstelle vorzuzeigen, daß es dadurch dem Kläger möglich wird, seine Rechte an der Sache zu verfolgen¹⁾. Die Erfordernisse der Klage sind folgende. 1) Der Kläger muß nachweisen, daß er ein Interesse daran habe, die Sache zu sehen²⁾. Dieß Interesse muß aber nicht allein zur Zeit der litis contestatio vorhanden sein, sondern auch zur Zeit, wo das Urtheil gefällt wird, anoch fortbauern³⁾. Den Beweis des Interesses hat der Kläger zu führen, und der Richter nach Gründen der Wahrscheinlich-

117) L. 43. pr. D. de procuratoribus. (3. 3.)

118) L. 2. D. 47. 23.

119) L. 3. §. 1. D. 47. 23.

120) L. 3. pr. D. de pop. act. 47. 23. L. 30. §. 3. D. de iureiur. (12. 2.)

121) L. 7. §. 1. D. 47. 23.

1) L. 2. D. ad exhibendum. (10. 4.) L. 19. D. 10. 4.

2) L. 13. D. 10. 4. L. 3. §. 11. d. ibidem.

3) L. 7. §. 7. D. 10. 4.

feit darüber ⁴⁾ zu urtheilen. Namentlich soll der letztere darauf sehen, ob der Kläger einen triftigen und zu billigenden Grund habe, aus welchem er die Vorzeigung der Sache verlangte. Dem Beklagten bleibt es aber dabei vorbehalten, sofort seine Einreden vorzubringen, und, wenn sie in continenti liquid sind, kann er auch die sofortige Abweisung des Klägers erzwingen ⁵⁾. 2) Der Kläger muß die Sache, deren Vorzeigung er vom Beklagten verlangt, so beschreiben, daß sie von allen Sachen derselben Gattung genau unterschieden werden kann ⁶⁾. Ist er nicht im Stande, dies in der angegebenen Weise zu thun, so muß er sein Gesuch auf die Vorzeigung aller Sachen derselben Gattung richten, welche der Beklagte in seinem Gewahrsam hat ⁷⁾. 3) Die Sache, deren Vorzeigung verlangt wird, muß eine bewegliche Sache sein ⁸⁾. 4) Der Beklagte muß es in seiner Gewalt haben, die Sache vorzuzeigen ⁹⁾. Dabei ist es gleichgültig, ob derselbe den Interdictenbesitz oder den körperlichen Besitz der Sache hat. Von denen, welche die Sache nicht besitzen, können nur diejenigen verklagt werden, welche dolo malo, d. h. in der Absicht um dem Gegner im Prozesse widerrechtlich zu schaden, den Besitz der fraglichen Sache aufgegeben haben ¹⁰⁾. Es gilt also auch hier, wie in der dinglichen Klage, die ficta possessio. Die actio ad exhibendum ist eine actio arbitraria. Zuerst erfolgt der Befehl des Richters an den Beklagten, daß er die Sache vorzeige. Erst wenn der Beklagte diesem Befehle des Richters dolo malo oder culpa nicht nachkommt ¹¹⁾, erfolgt die wirkliche Verurtheilung des Beklagten auf das Interesse des Klägers, dessen Quantität durch das insiurandum in litem des letzteren ausgemittelt zu werden pflegt ¹²⁾. Die näheren Bedingungen der Exhibition sind: a) Sie muß an dem Orte geschehen, wo die Sache zur Zeit der litis contestatio befindlich war ¹³⁾. Die Kosten und das Risiko der Herbeischaffung an den Ort, wo die litis contestatio geschehen, hat der Kläger zu tragen. Nur ausnahmsweise geschieht die Exhibition auch an dem Orte, wo die Klage angestellt worden ist, nämlich dann, wenn der Beklagte die fragliche Sache an einen verborgenen Ort geschafft hat, um dem Kläger die Exhibition zu erschweren; denn dann muß er sie auf eigene Kosten und eigenes Risiko an Gerichtsstelle schaffen lassen. b) Die Sache muß in dem Zustande vorgezeigt werden, in welchem sie zur Zeit der litis contestatio war ¹⁴⁾. Deshalb muß der Beklagte alle Früchte der Zwischenzeit dem Kläger vergüten, ihm den

4) *Summatim* L. 3. §. 9. D. 10. 4. Vergleiche Savigny in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 6, S. 231 und folgende.

5) L. 3. §. 13. D. 10. 4.

6) L. 3. pr. D. 10. 4.

7) L. 3. §. 7. D. 10. 4.

8) L. 38. in fin. D. de iudiciis et ubi. (5. 1.)

9) L. 3. §. 15. D. 10. 4. L. 4. u. 5. D. ibidem.

10) L. 10. D. 10. 4. L. 15. u. L. 9. §. 2. D. ibid. L. 5. C. ad exhibendum. (3. 42.)

11) L. 7. C. 3. 42.

12) L. 3. §. 2. D. 10. 4.

13) L. 11. §. 1. D. 10. 4.

14) L. 9. §. 5. D. 10. 4. §. 3. J. de officio iudicis. (4. 17.)

Schaden ersetzen, welchen er in der Zwischenzeit der Sache zugefügt hat, und denselben auch wegen des Verzuges und der Accessionen entschädigen ¹⁵⁾. Ist die Exhibition deshalb unmöglich, weil es nicht in der Gewalt des Beklagten steht, die fragliche Sache vorzuzeigen, so muß er wenigstens Caution stellen, daß er die Sache entweder an einem bestimmten Tage ¹⁶⁾, oder dann, wenn sie in seine Gewalt kommen wird, vorzeigen werde ¹⁷⁾. Geschieht die Vorzeigung gar nicht, oder wenigstens nicht in der angegebenen Weise, so erfolgt die Verurtheilung des Beklagten. Der Erbe des Beklagten ist nicht als Universalsuccessor des Verstorbenen, sondern im eignen Namen zur Vorzeigung der Sache verbindlich ¹⁸⁾. Außerdem kann der Erbe noch in folgenden Fällen belangt werden. 1) Wenn der Verstorbene dolo malo in Bezug auf die Sache gehandelt hat ¹⁹⁾, denn dann kann die Klage gegen den Erben insoweit angestellt werden, als er durch die widerrechtliche Handlung des Erblassers bereichert worden ist. 2) Wenn die Klage gegen den Verstorbenen, welcher die Sache weder besessen, noch ihren Besitz dolo malo aufgegeben hat, angestellt worden ist, und dessen Erbe den Besitz der Sache erlangt hat ²⁰⁾. Die actio ad exhibendum ist eingeführt worden, um die Anstellung der Eigenthumsklage vorzubereiten ²¹⁾. Streitig ist es, ob sie dem Civilrechte oder dem ius honorarium ihren Ursprung verdankt. Späterhin ist sie auch allen denen gestattet worden, welche andere dingliche Rechte an einer Sache geltend machen, oder die Interdicte zum nämlichen Behufe brauchen wollen ²²⁾. Auch demjenigen, welcher im legatum optionis die Wahl vorzunehmen berechtigt ist, wird sie verwilligt ²³⁾. Endlich ist sie auch dann zugelassen worden, wenn ein Dritter, welcher nicht Gläubiger ist, nach der Abzahlung der Schuld an den Gläubiger annoch den Schuldschein besitzt ²⁴⁾. Besonders wichtig ist ihr Gebrauch in der Abjudication. Denn hier kann der, dessen Sache mit einer fremden in Verbindung gebracht worden ist, gegen den, welcher beide Sachen verbunden hat, in allen Fällen, wo die Trennung möglich ist, mit der actio ad exhibendum auf Trennung der zusammengefügteten Stücke klagen ²⁵⁾.

Actio aestimatoria heißt a) im römischen Rechte die actio quanto minoris ¹⁾. Sie ist eine aus dem Edicte der Aedilen stammende persönliche Klage, welche dem Käufer gegen den Verkäufer zusteht, um denselben zu zwingen, die Quantität des Kaufpreises durch den Richter herab-

15) L. 9. §. 7. u. 8. D. 10. 4.

16) L. 12. §. 5. D. 10. 4.

17) §. 3. J. 4. 17.

18) L. 12. §. 6. D. 10. 4.

19) L. 12. §. 6. D. 10. 4.

20) L. 6. D. 10. 4.

21) L. 1. D. 10. 4.

22) L. 3. §. 1—5. D. 10. 4.

23) L. 3. §. 6. D. 10. 4. L. 3. §. 10. D. ibid.

24) L. 18. D. 10. 4.

25) L. 6. D. 10. 4. L. 7. §. 1. u. 2. D. ibid.

1) L. 43. §. 6. D. de aedilicio edicto. (21. 1.) L. 18. pr. D. ibid.

setzen zu lassen, und das Zuvielgezahlte zurückzuerstatten, wenn er die ihm durch das Edict der Aedilen auferlegten Verbindlichkeiten nicht erfüllt. Die Verbindlichkeiten, aus welchen die actio aestimatoria entspringt, lassen sich auf folgende Punkte zurückführen. 1) Der Verkäufer muß alles gewähren, was er an der verkauften Sache gerühmt hat, ohne Unterschied, ob er Vorzüge an derselben gerühmt oder die Freiheit von gewissen Fehlern versprochen (dicta et promissa praestat²⁾). 2) Der Verkäufer muß für die Fehler einstehen, welche sich in der verkauften Sache vorfinden, und die er dem Käufer anzuzeigen unterlassen hat³⁾. 3) Der Verkäufer darf sich nicht weigern, wegen der Eviction der verkauften Sache, oder der anderen, ihm durch das Edict der Aediles curales auferlegten, Verbindlichkeiten Caution zu leisten⁴⁾. Der Grund der actio aestimatoria ist fast identisch mit dem der Wandelungsklage (redhibitoria actio). Denn eines Theiles steht es in der Willkür des Käufers zu bestimmen, welche Klage er anstellen wolle, die aestimatoria oder die redhibitoria actio⁵⁾; anderen Theiles ist der Richter, bei welchem die aestimatoria angebracht wird, befugt, gerade so im Urtheile zu erkennen, als ob die redhibitoria angestellt worden wäre⁶⁾. Dagegen ist es eine Eigenthümlichkeit der aestimatoria actio, daß sie wegen derselben Sache, aber aus verschiedenen Gründen, mehrmals einander angestellt werden kann⁷⁾. Jedoch wird es dabei dem Verkäufer zur Pflicht gemacht, die Minderung des Kaufpreises nach dem ganzen Werthe der verkauften Sache zu bestimmen⁸⁾, und bei dem Urtheile über die zweite Klage auch das mit in Anschlag zu bringen, was der Verkäufer bereits durch den früheren Prozeß gewonnen hat⁹⁾. Denn sonst könnte der Fall leicht eintreten, daß der Verkäufer über den Kaufpreis hinaus noch herausgeben müßte. Die actio aestimatoria verjährt innerhalb eines Jahres¹⁰⁾, dessen Anfangspunct vom Abschlusse des Kaufes (perfecta emptio) an gerechnet wird¹¹⁾. Ist der Kauf von einer Suspensivbedingung abhängig, so läuft die Verjährungsfrist von der Zeit an, wo die Bedingung in Erfüllung gegangen¹²⁾. Wird aber die Klage propter dictum promissumve angestellt, so läuft die Verjährungsfrist von der Abgabe des Versprechens an¹³⁾, vorausgesetzt indeß, daß das Versprechen erst nach dem

2) L. 18. pr. D. 21. 1.

3) L. 1. §. 1. D. 21. 1. L. 43. §. 6. D. ibid.

4) L. 28. D. 21. 1. L. 1. §. 1. D. ibid. L. 37. pr. u. §. 1. D. de edictionibus. (21. 2.) L. 21. §. 2. D. ibid. Theoph. III. 25. §. 2. ed. Reitz. tom. II. p. 641.

5) L. 48. §. 1. D. 21. 1.

6) L. 43. §. 6. D. 21. 1.

7) L. 31. §. 16. D. 21. 1. L. 32. §. 1. D. 21. 2.

8) L. 38. §. 13. D. 21. 1.

9) L. 32. §. 1. D. 21. 1.

10) L. 38. pr. D. 21. 1.

11) L. 43. §. 9. D. 21. 1.

12) L. 43. §. 9. D. ibid.

13) L. 19. §. 6. D. 21. 1.

Abschlusse des Kaufes gegeben worden. Denn wenn es vorher gegeben worden ist, so läuft die Verjährungsfrist nach der gewöhnlichen Regel erst vom Abschlusse des Kaufes an. Wird die Klage wegen verborgener Fehler angestellt, so berechnet man die Verjährungsfrist erst von dem Augenblicke an, wo die Fehler entdeckt worden sind ¹⁴). Die Verjährungsfrist wird nach den Grundsätzen des *spatium utile* berechnet ¹⁵). b) *Aestimatoria actio* nennt man auch die persönliche, aus dem Trödelcontracte entspringende Klage, womit der, welcher eine taxirte Sache dem Trödler zum Weiterverkaufen hingegeben hat, den Trödler zwingt, entweder die Sache, die er empfangen, zurückzugeben, oder den Erwerth derselben zu ersetzen ¹⁶), ohne Unterschied, ob dem Trödler für seine Mühe ein Lohn versprochen worden ist, oder nicht ¹⁷). Diese Klage heißt in der Titulrubrik 19. 3. der Pandecten *aestimatoria*, dagegen in L. 1. pr. D. *ibid. actio de aestimato*.

Actio aquae pluviae arcendae ist diejenige persönliche Klage ¹), womit der Eigenthümer eines Grundstückes, welcher durch ein von Menschenhand errichtetes Werk (*opus manu factum*), von welchem das Regenwasser in sein Grundstück abfließt, in Schaden zu kommen fürchtet, vom Eigenthümer des Grundstückes, auf welchem sich das Werk befindet, Sicherstellung für den Ersatz des in Zukunft ihm daraus entstehenden Schadens verlangt. Der Zweck der Klage ist Erhaltung der *cautio damni infecti* ²), wenn der Beklagte sich dem Befehle des Richters, das von ihm errichtete Werk niederzureißen, nicht fügen sollte ³). Zugleich wird in der Verurtheilung der Schaden, welchen der Kläger von der *litis contestatio* an gerechnet durch das Werk erlitten hat, in der Verurtheilung mit zu Gelde angeschlagen ⁴). Der Schaden aber, welcher vor der *litis contestatio* den Kläger betroffen, kann in dieser Klage nicht berücksichtigt werden, und es ist somit nöthig, deßhalb zu anderen Klagen, wie zum *interdictum quod vi aut clam* ⁵), seine Zuflucht zu nehmen. Die Erfordernisse dieser Klage sind folgende. 1) Es muß Regenwasser vorhanden sein, welches den Kläger in Schaden zu bringen droht ⁶). Dabei ist es ganz gleichgiltig, ob es reines Regenwasser ist, oder anderes, welches durch den Regen angeschwellt worden ⁷). Späterhin scheint die Klage auch auf jedes fließende Wasser erstreckt worden zu sein ⁸). 2) Das Wasser, welches den Schaden bringt, muß aus dem Grundstücke des Beklagten herausgeleitet worden sein. Dieß ergibt sich

14) L. 55. arg. D. 21. 1.

15) L. 19. §. 6. D. 21. 1.

16) L. 1. §. 1. D. de aestimat. (19. 3.)

17) L. 2. D. 19. 3.

1) L. 6. §. 4. D. de aqua et aquae. (39. 3.)

2) L. 14. §. 2. u. 3. D. 39. 3.

3) L. 14. §. 2. D. 39. 3. L. 6. §. 6. D. *ibidem*.

4) L. 6. §. 6. D. *ibidem*.

5) L. 14. §. 3. D. *ibidem*.

6) L. 1. pr. D. 39. 3. L. 2. §. 15. u. 16. D. *ibidem*.

7) L. 2. §. 15. u. 16. D. 39. 3.

8) L. 2. §. 9. D. 39. 3. L. 23. §. 2. D. *ibidem*.

schon aus dem Namen der Klage. Denn der Dativ aquae pluviae arcendae drückt den Zweck der Klage aus, und arcere aquam wird von Labeo folgendermaßen erklärt: curare, ne inluat⁹⁾. 3) Die Einleitung des Regenwassers in das Grundstück des Klägers muß durch ein durch Menschenhand errichtetes Werk¹⁰⁾, welches mit dem Boden des Grundstückes in Verbindung gesetzt ist, verursacht worden sein¹¹⁾. Dabei ist es gleichgültig, ob das Werk im Niederreißen oder im Aufbauen u. s. w. bestehe. Deshalb fällt die Klage weg, wenn der Eigenthümer eines niedrig gelegenen Grundstückes durch Regenwasser in Schaden kommt, welches der natürlichen Lage der Flur zu Folge aus dem höher gelegenen Grundstück in das feinige herabfließt¹²⁾. 4) Das Grundstück, welches durch das Regenwasser beschädigt wird, muß ein Landgrundstück sein¹³⁾. Dagegen ist gleichgültig, ob das Grundstück, auf welchem das Werk durch Menschenhand errichtet worden ist, ein Gebäude oder ein Acker ist¹⁴⁾. 5) Der Kläger muß Eigenthümer des beschädigten Grundstückes sein¹⁵⁾, denn wenn das Grundstück veräußert wird, so geht das Recht, die Klage anzustellen, auf den Nachfolger im Eigenthume über. 6) Der Beklagte muß Eigenthümer des Grundstückes sein, auf welchem das Werk errichtet worden ist¹⁶⁾. In Bezug auf die Niederreißung des Werkes muß man einen Unterschied machen, wenn es vom Eigenthümer des Grundstückes, oder von einem Anderen errichtet worden ist. Im ersten Falle muß der Beklagte das Werk selbst und auf seine eigenen Kosten einreißen lassen¹⁷⁾. Im zweiten Falle braucht der Beklagte nur zu leiden, daß der Kläger es niederreißen lasse (patientiam praestat)¹⁸⁾. Dasselbe findet auch dann statt, wenn das Grundstück durch die Gewalt des Wassers vernichtet worden ist, wenn Sand und Kieselsteine darauf geschwemmt, wenn die Abzugsgräben mit Schlamm bedeckt worden sind¹⁹⁾. Die actio aquae arcendae fällt in folgenden Fällen weg: 1) wenn das Werk auf öffentlichem Grunde und Boden errichtet ist²⁰⁾, 2) wenn der Beklagte das Wasser abgedämmt hat²¹⁾, 3) wenn er dem Regenwasser den Eingang in sein Grundstück versperrt hat²²⁾, 4) wenn das durch Menschenhände errichtete Werk zur Betreibung des Ackerbaues nothwendig

9) L. 2. §. 9. D. 39. 3.

10) L. 14. §. 1. D. 39. 3.

11) Vgl. Schneider in Ende's Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß. Band 6. S. 340. u. folgende.

12) L. 1. §. 23. D. 39. 3.

13) L. 1. §. 17. D. 39. 3.

14) L. 1. §. 17. D. 39. 3.

15) L. 6. §. 4. D. 39. 3.

16) L. 3. §. 3. D. 39. 3. L. 4. §. 2. D. ibidem.

17) L. 6. §. 7. D. 39. 3.

18) L. 5. D. 39. 3. L. 6. §. 7. L. 11. §. 6. u. L. 12. D. ibidem.

19) L. 11. §. 6. D. 39. 3.

20) L. 3. §. 3. D. 39. 3.

21) L. 1. §. 21. D. 39. 3.

22) L. 2. §. 9. D. 39. 3.; doch widerspricht L. 1. §. 2. D. ibidem.

war ²³⁾, 5) wenn das Werk auf Befehl des Regenten oder der Staatsbehörden errichtet worden ist ²⁴⁾ und 6) wenn das Werk über Menschengebenden hinaus auf dem Grundstücke gestanden hat ²⁵⁾.

Actio arborum furtim caesarum ist eine persönliche Klage, womit derjenige, welcher fremde Bäume gegen Wissen und Willen ihres Eigenthümers ¹⁾ beschädigt hat, gezwungen wird, doppelten Ersatz des Schadens zu leisten ²⁾. Sie stammt aus den 12 Tafeln ³⁾, und ist durch die Juristen auch auf alle Pflanzen ausgedehnt worden. Darauf, ob Jemand solche Pflanzen eigenhändig beschädigt hat, oder nur Anderen den Befehl dazu ertheilt, kommt gar nichts an ⁴⁾; denn in beiden Fällen ist die Klage statthaft. Sie ist eine Pönalklage, und geht deshalb nicht passiv auf die Erben über ⁵⁾. Sie ist eine actio perpetua ⁶⁾, und steht nur dem Herren der Bäume oder, wer ihm factisch gleichgesetzt wird, z. B. dem Emphyteuticar, zu. Dem Nusnießer wird sie nicht gestattet ⁷⁾.

Actio Calvisiana und Faviana sind zwei von den Prätoren, welche sie eingeführt haben, benannte persönliche Klagen, um den Patron sammt dessen Erben ¹⁾ gegen dolose Veräußerungen seines Freigelassenen sicher zu stellen, wenn dieser durch Geschäfte unter den Lebenden sein Vermögen, und damit zugleich den dem Patron geschuldeten Pflichttheil vermindert hatte. Dieser Pflichttheil des Patrones wurde nämlich als ein Anspruch desselben auf einen Theil vom ganzen Erwerbe des Freigelassenen betrachtet ²⁾, und nach der Todeszeit des letzteren berechnet ³⁾, wo dieser Anspruch erst realisirt werden konnte ⁴⁾. Das Mittel, wodurch der Patron seinen Anspruch auf den Pflichttheil realisirt, ist eine bonorum possessio contra tabulas oder intestati, je nachdem ein Testament des Freigelassenen vorliegt oder nicht ⁵⁾, und die actio suppletoria, im Falle zwar etwas, aber nicht soviel, als der Pflichttheil beträgt, dem Patron hinterlassen worden ist ⁶⁾. Bei der Berechnung des Pflichttheiles wird alles das in die Vermögensmasse des Freigelassenen mit eingerechnet, dessen er sich böstlicher Weise zum Schaden des Patrones entäußert hat ⁷⁾. Und es steht dem Patrone frei, wenn er sich dadurch in sei-

23) L. 1. §. 3—7. D. 39. 3.

24) L. 23. pr. D. 39. 3.

25) L. 1. §. 23. D. 39. 3. L. 2. §. 1. ibidem.

1) L. 5. pr. D. 7. 7.

2) L. 1. D. 47. 7. L. 5. D. ibidem. L. 7. D. ibid.

3) L. 1. D. 47. 7. L. 11. D. ibid.

4) L. 7. §. 4. D. 47. 7.

5) L. 7. §. 6. D. 47. 7.

6) L. 7. §. 6. D. ibid.

7) L. 5. §. 3. D. 47. 7. L. 8. D. ibidem.

1) L. 1. §. 26. D. si quid in fraudem patroni. (38. 5.)

2) L. 1. §. 2. D. de bonis libertorum. (38. 2.)

3) L. 3. §. 20. D. 38. 2.

4) L. 1. §. 2. D. ibidem.

5) L. 3. §. 10. D. 38. 2.

6) §. 3. J. de successione libertorum. (3. 8.)

7) L. 3. §. 20. D. 38. 10.

nem Pflichttheile geschmälert findet, solche Entäußerungen in so weit, als er dadurch beeinträchtigt worden ist, zu widerrufen⁸⁾. Der Unterschied beider Klagen, der Faviana und Calvisiana, besteht darin, daß die Faviana nur bei der testamentarischen Erbfolge⁹⁾, die Calvisiana nur bei der Intestaterbfolge, in die Güter des Freigelassenen stattfindet¹⁰⁾. Ein besonderes Erforderniß der Faviana actio ist es, daß der Patron, welcher sie brauchen will, die honorum possessio contra tabulas für seinen Pflichttheil agnoscirt habe¹¹⁾, ein Erforderniß, welches nur dann wegfällt, wenn er im Testamente des Freigelassenen zum Universalerben eingesetzt worden ist¹²⁾. Bei der Calvisiana actio ist es aber ganz gleichgiltig, ob der Patron die honorum possessio intestati nachgesucht habe, oder nicht¹³⁾. Die gemeinschaftlichen Erfordernisse beider Klagen sind: 1) daß der Freigelassene seine Vermögensstücke wirklich veräußert habe¹⁴⁾. Zur Veräußerung rechnet man jede Handlung, wodurch er sich bereits erworbener Vermögensstücke entäußert hat¹⁵⁾. Dagegen ist das Aufgeben eines künftigen Gewinnes nicht unter diese Kategorie zu stellen¹⁶⁾. 2) Daß diese Veräußerung vom *libertus dolo malo*, d. h. in der Absicht, um den Pflichttheil des Patronen widerrechtlich zu kürzen, geschehen sei¹⁷⁾. Darauf aber, ob der Empfänger der Sache diese Absicht des Freigelassenen gekannt hat oder nicht, kommt gar nichts an¹⁸⁾, 3) daß durch die Veräußerung der Pflichttheil des Patronen wirklich verkürzt worden sei¹⁹⁾. Den Begriff der Verkürzung beurtheilt man nach dem wahren Werthe der veräußerten Sachen, nicht nach dem, welchen der Patron ihnen aus Vorliebe beilegt²⁰⁾. 4) Daß die veräußerte Sache anmoch vorhanden sei²¹⁾, 5) daß derjenige, welcher sie vom Freigelassenen empfangen hat²²⁾, oder dessen Erben belangt werden²³⁾. Gegen *successores singulares* des Empfängers können beide Klagen deshalb nicht angestellt werden, weil sie rein persönlich sind²⁴⁾. Die Wirkung derselben ist die, daß der Beklagte gezwungen wird, die Sache, die er vom Freigelassenen empfangen hat, entweder in natura zurückzuerstatten, oder deren Werth dem Patronen zu vergüten²⁵⁾. Zugleich müs-

8) L. 1. C. si in fraudem patroni. (6. 5.)

9) L. 1. §. 5. u. 6. D. 38. 5. L. 4. pr. D. ibidem.

10) L. 3. §. 3. D. 38. 5. L. 2. C. 6. 5.

11) L. 3. pr. D. 38. 5. Franke Notherbenrecht S. 491.

12) L. 3. §. 2. D. 38. 5.

13) L. 3. §. 3. D. 38. 5.

14) L. 4. pr. D. 38. 5. L. 1. §. 6. D. ibidem.

15) L. 1. §. 6. D. 38. 5. L. 6. D. ibidem.

16) L. 1. §. 6. D. 38. 5.

17) L. 4. pr. D. 38. 5. L. 3. §. 3. D. ibidem.

18) L. 1. §. 4. D. 38. 5.

19) L. 3. §. 3. D. 38. 5. L. 1. §. 7. D. ibidem. L. 1. C. 6. 5.

20) L. 1. §. 12. D. 38. 5.

21) L. 10. D. 38. 5.

22) L. 1. §. 4. D. 38. 5.

23) L. 1. §. 26. D. 38. 5.

24) L. 1. §. 26. D. 38. 5.

25) L. 5. §. 1. D. 38. 5.

sen alle Accessionen und Früchte der veräußerten Sache vom Besitzer derselben zurückerstattet werden ²⁶). Denn das vom Prætor gebrauchte Wort: *restituas* wird von den römischen Juristen im vollsten Sinne des Wortes ausgelegt. In Bezug auf den Prozeßgang sind beide Klagen *actiones arbitrariae* ²⁷). In folgenden Fällen fallen sie ganz weg: a) wenn der Patron seine Einwilligung zur Vornahme der Veräußerung gegeben hat ²⁸), b) wenn der Freigelassene Freunden, die sich Verdienste um ihn erworben haben, aus seinem Vermögen etwas geschenkt hat ²⁹), c) wenn der Freigelassene seine Tochter bei ihrer Heurath ausgestattet hat ³⁰). Beide Klagen sind schon durch die römischen Juristen auch dem, welcher im unmündigen Lebensalter arrogirt worden ist, gestattet worden, wenn der Adoptivvater eigene Vermögensstücke bösslicher Weise veräußert hat, um den Betrag der dem Adoptivsohne gebührenden quarta *Divi Pii* zu schmälern ³¹). Man nennt diese ausgedehnten Klagen gewöhnlich quasi *Calvisiana* und quasi *Faviana actio*. Ein Kunstausdruck, welcher wenigstens durch die angezogene Pandectenstelle keineswegs gerechtfertigt erscheint.

Actio calumniae oder besser *calumniae iudicium* ¹) heißt die Klage, womit derjenige, welcher aus Chicanerie (*calumniae causa*) verklagt wird, den Kläger im früheren Prozesse auf einen Theil der Geldsumme belangt, welche der letztere von ihm verlangt hat. Der Betrag der Geldsumme ist in der gewöhnlichen Klage ein Zehnthheil des Betrages der früheren Klage; war aber der frühere Prozeß ein *interdictum*, so ist er ein Vierthheil. Diese Klage gehört unter die Kategorie der Strafen, welche den Kläger, der grundlos und gegen seine bessere Ueberzeugung prozeßirt, treffen (*poenae temere litigantium*), und kann vom Beklagten nach Beendigung und während der Dauer des ersten Prozesses angestellt werden ²). Sie concurreirt *electiv* mit dem *iusiurandum calumniae*, und setzt voraus, daß der, welcher sie anstellt, wirklich beweise, daß der Kläger im früheren Prozesse die Klage gegen sein besseres Wissen und Dafürhalten angestellt, und den Prozeß verloren habe ³). Statt des *calumniae iudicium* kann man auch das *contrarium iudicium* brauchen ⁴), freilich nur in den Fällen, in welchen dasselbe seiner Natur nach stattfinden kann, d. h. in der *actio iniuriarum* ⁵); ferner, wenn die *ventris nomine* in den Güterbesitz des Verstorbenen eingewiesene Wittve den Besitz auf Andere

26) L. 1. §. 28. D. 38. 5. L. 2. D. *ibidem*. L. 38. §. 4. D. *de usuris*. (22. 1.)

27) L. 1. §. 12. D. 38. 5. L. 5. §. 1. D. *ibidem*.

28) L. 11. D. 38. 5.

29) L. 9. D. 38. 5.

30) L. 1. §. 11. D. 38. 5.

31) L. 13. D. 38. 5.

1) *Caius inst.* 4. §. 175. seq.

2) *Theophil. paraphr.* 4. 10. §. 1. ed *Reitz tom. II. p. 907. J. Caius a. a. D.* §. 176.

3) *Theoph. a. a. D.* p. 908. *Caius a. a. D.* §. 178.

4) *Caius a. a. D.* §. 179.

5) *Caius a. a. D.* §. 177.

bösllicher Weise übertragen hat; endlich wenn der in den Güterbesitz vorn Prätor Eingewiesene an der Besitznahme der fraglichen Vermögensstücke von einem Anderen gehindert worden ist. Die Concurrrenz beider Klagen ist nur eine elective ⁶⁾. Im Justinianischen Rechte ist das *calumniae iudicium* verschwunden. Nach dem Zeugnisse des Theophilus ⁷⁾ ist dieß dem Gewohnheitsrechte zuzuschreiben.

Actio communi dividundo heißt die persönliche Klage, womit derjenige, welcher zugleich mit einer anderen Person eine bestimmte Sache im Miteigenthume hat, die letztere zwingt, die gemeinschaftliche Sache durch das Urtheil des Richters unter sich theilen zu lassen. Der Grund der Klage ist die sogenannte *communio*, d. h. das Verhältniß zweier Miteigenthümer derselben Sache, welches für jeden Theilhaber die Verbindlichkeit erzeugt, die gemeinschaftliche Sache unter sich theilen zu lassen. Die Erfordernisse der Klage sind: 1) daß eine individuelle Sache vorliege, 2) daß dieß eine körperliche Sache sei ¹⁾, 3) daß der Kläger ein unbestrittenes Miteigenthum an der Sache habe. Die Klage ist eine *bonae fidei actio* ²⁾, und kann mehrmals nach einander gegen denselben Beklagten angestellt werden, vorausgesetzt indeß, daß noch etwas zu theilen übrig ist ³⁾. Der Zweck der Klage ist die Aufhebung der Gemeinschaft unter den Miteigenthümern durch die durch das richterliche Urtheil auszusprechende Theilung der gemeinschaftlichen Sache. Was die Regeln anbetrifft, nach welchen die Theilung verwirklicht wird, so soll dieselbe, wo möglich, durch Zerlegung der Sache in natürliche Theile realisirt werden, wenn dieß überhaupt ohne Beeinträchtigung der Parteien geschehen kann ⁴⁾. Ist dieß nicht möglich, so wird die Sache an den, welcher am meisten bietet, verkauft, und, wenn der Meistbietende einer der Miteigenthümer ist, demselben adjudicirt. Dagegen wird derselbe auch verurtheilt, die andere Partei, welche durch die *adiudicatio* verliert, in Geld zu entschädigen. Bei gleichen Geboten verdient derjenige den Vorzug, welcher den größten Antheil an der Sache hat. Bietet aber Niemand, so ist es dem Ermessen des Richters überlassen, an die Eine von den Parteien die *Proprietät*, an die andere den *Nießbrauch* der Sache durch *adiudicatio* zu übertragen ⁵⁾. Ueberhaupt soll der Richter die besonderen Verabredungen der Parteien über die Theilung in Obacht nehmen, und darauf sehen, wie dieselbe zum größtmöglichen Nutzen derselben zu Stande gebracht werden könne ⁶⁾. Außer der Theilung der gemeinschaftlichen Sache müssen im Urtheile noch gewisse Personalprästationen berücksichtigt werden, nämlich: a) die Vergütung der Früchte, welche der Besizer der Sache aus derselben gezogen hat, seitdem sie ge-

6) *Caius a. a. D. §. 179.*

7) *a. a. D. p. 907.*

1) *L. 4. pr. D. communi dividundo. (10. 3.)*

2) *L. 4. §. 2. D. 10. 3.*

3) *L. 4. §. 2. D. 10. 3.*

4) *L. 1. C. communi dividundo. (3. 37.) L. 3. C. ibidem.*

5) *L. 6. §. 10. D. communi dividundo. (10. 3.)*

6) *L. 21. D. 10. 3.*

meinschaftlich geworden ist 7). Früchte, welche vorher aus der Sache gezogen worden 8) sind, werden in dieser Klage nicht berücksichtigt. Nach Analogie der Früchte werden auch Mieth- und Pachtgelber behandelt, welche seit dem Eintritte der *communio* aus der gemeinschaftlichen Sache gelöst worden sind 9). b) Vergütung der Kosten, welche der Miteigenthümer der Sache seit dem Eintritte der *communio* auf die Sache verwendet hat 10). Früher gemachte Auslagen werden auch hier nicht berücksichtigt. Die Entschädigung wegen Kostenaufwandes muß auch dann geleistet werden, wenn die gemeinschaftliche Sache durch Zufall zu Grunde gegangen ist. Das Mittel, dieselbe zu erzwingen, ist dann das *iudicium communi dividando utile* 11). Dieser Grundsatz ist auch auf den Fall übertragen worden, wenn die *communio* durch die einseitige Veräußerung der gemeinschaftlichen Sache aufgehoben worden ist 12). Dieß alles nur unter der Voraussetzung, daß die Auslagen vom Miteigenthümer in Bezug auf die gemeinschaftliche Sache, und zwar im vollen Bewußtsein, daß die Sache gemeinschaftlich sei, gemacht worden seien 13). Denn wenn es aus der Art der Handlung selbst hervorgeht, daß die Auslagen mehr in der Absicht gemacht worden sind, um die Geschäfte des Anderen zu verwalten, so kann nicht die *actio communi dividando*, sondern nur die *actio negotiorum gestorum contraria* der Entschädigung halber angestellt werden 14). Und wenn der, welcher die Kosten aufwendet hat, dieß in der Meinung gethan hat, als ob die Sache ihm allein eigenthümlich zugehöre, so fallen beide Klagen weg, und es bleibt für ihn allein noch das an der Sache auszuübende Retentionsrecht übrig 15). c) Vergütung des durch *dolus malus* oder *culpa* der gemeinschaftlichen Sache zugefügten Schadens 16). Die speciellen, bei dieser Klage geltenden Grundsätze sind: 1) daß es jedem von den Miteigenthümern freisteht, auf die Theilung der gemeinschaftlichen Sache anzutragen 17). Deshalb wird auch der Vertrag, daß die gemeinschaftliche Sache nicht getheilt werde, für wirkungslos erklärt 18), und die Verabredung, daß die Theilung binnen einer bestimmten Zeit nicht vorgenommen werde, wird nur insofern aufrecht erhalten, als sie den Nutzen der gemeinschaftlichen Sache bezweckt 19). 2) Nach der *litis contestatio* ist es dem Miteigenthümer nicht mehr erlaubt, seinen Antheil an der zu theilenden Sache zu veräußern, außer wenn die übrigen Miteigenthümer der Sache ausdrücklich ein-

7) L. 4. §. 2. D. 10. 3.

8) L. 4. §. 2. D. *ibidem*.9) L. 6. §. 2. D. *ibidem*.10) L. 6. §. 2. u. 11. D. *ibidem*.11) L. 11. D. *ibidem*.12) L. 6. §. 1. D. *ibidem*.13) L. 14. pr. D. 10. 3. L. 29. D. *ibidem*.14) L. 40. D. *de negotiis gestis*. (3. 5.) L. 6. §. 7. D. 10. 3. L. 29. D. *ibidem*.

15) L. 29. D. 10. 3.

16) L. 8. §. 2. D. 10. 3. L. 4. C. 3. 37.

17) L. 2, pr. D. 10. 3. L. 8. pr. D. *ibidem*. L. 5. C. 3. 37.

18) L. 14. §. 2. D. 10. 3.

19) L. 14. §. 2. D. *ibidem*.

gewilligt haben ²¹⁾. 3) In Bezug auf die Anstellung der Klage ist es ganz gleichgültig, ob eine von den Parteien die fragliche Sache besitzt, oder nicht ²¹⁾. 4) Obschon diese Klage eigentlich nur für den Fall eingeführt worden ist, wenn beide Parteien ein unbestrittenes Miteigenthum an der zu theilenden Sache haben, so ist sie doch später auch auf alle diejenigen, welche ein dingliches Recht an der Sache haben, erstreckt worden ²²⁾. Dahin gehört der Pächter eines praedium vectigale, und alle Personen, welche sich den Besitz der Sache mit der Publiciana in rem actio verschaffen können ²³⁾. Endlich hat man die Klage als utile iudicium auch allen denen zugesichert, welche eine iusta possidendi causa haben ²⁴⁾. Den malae fidei possessores ist sie aber stets abgesprochen worden ²⁵⁾.

Actio confessoria (richtiger conf. actio) hat im römischen Rechte zwei ganz verschiedene Bedeutungen. So heißt a) die Klage, womit der zur Servitut Berechtigte seine Servitut geltend macht, und deren Anerkennung von einem Jeden, welcher ihn an der Ausübung derselben hindert, verlangt ¹⁾. b) Jede Klage, welche sich auf die in iure confessio, des Beklagten stützt, und dessen Verurtheilung auf eine bestimmte Geldsumme erwirkt ²⁾. Die Wirksamkeit des Richters erstreckt sich in derselben nur auf die Ausmittelung einer Geldsumme, auf welche der geständige Beklagte verurtheilt werden soll ³⁾. Der Kläger hat in derselben weiter nichts zu erweisen, als daß ein gültiges Geständniß von Seiten des Beklagten vorliege ⁴⁾. Dazu gehören folgende Erfordernisse: a) das Geständniß muß vom Beklagten in Person abgegeben worden sein. Gibt es sein Stellvertreter im Prozesse ab, so wird nur die utilis confessoria actio gestattet ⁵⁾. b) Es muß in iure abgegeben worden sein ⁶⁾. c) das Geständniß muß in Gegenwart des Klägers oder dessen Stellvertreters abgegeben worden sein ⁷⁾. d) es muß auf ein certum gerichtet sein ⁸⁾. Certum heißt hier wohl Alles, was seiner Größe und Quantität nach allen Seiten hin bestimmt ist ⁹⁾. Ist der Gegenstand des Geständnisses ein incertum, so soll der Prätor den Geständigen zwingen, das Geständniß auf ein certum zu richten ¹⁰⁾, e) es muß

20) L. 1. C. 3. 37.

21) L. 30. D. 10. 3.

22) L. 7. pr. D. 10. 3.

23) L. 7. §. 2. D. 10. 3.

24) L. 7. §. 3. D. 10. 3.

25) L. 7. §. 3. D. 10. 3.

1) Siehe den Artikel *Servituten*.

2) L. 23. §. 11. D. ad legem Aquiliam. (9. 2.) L. 25. 9. D. ibid.

3) L. 25. §. 1. D. 9. 2.

4) L. 23. §. 11. D. 9. 2.

5) L. 25. §. 1. D. 9. 2.

6) L. 56. D. de re iudicata. (42. 1.) L. un. C. de confessi. (7. 59.)

7) L. 6. §. 4. D. de confessis. (42. 2.)

8) L. 6. pr. D. 42. 2.

9) L. 6. D. de rebus creditis. (12. 1.)

10) L. 6. §. 1. D. 42. 2.

das, was den Inhalt des Geständnisses bildet, nicht unmöglich gewesen sein ¹¹⁾. f) es muß der Inhalt des Geständnisses einen Gegenstand betreffen, worüber Privatleute disponiren können. Daher sind Geständnisse ungiltig, welche die Freiheit und die Ingenuität des Besagten beschränken würden ¹²⁾. Uebrigens scheint es, als ob die *confessoria actio* nur da vorgekommen sei, wo der Grundsatz: in *iure confessi pro iudicatis sunt*, wegen factischer Hindernisse nicht habe eintreten können. Dieser Grundsatz nämlich kann seiner Natur nach nur bei denen in Anwendung gebracht werden, welche ihr Geständniß auf eine bestimmte Summe Geld gerichtet haben, während es gerade als Zweck der *confessoria actio* bezeichnet wird, im Falle der *confessio* eine Condemnation auf eine bestimmte Geldsumme zu erwirken. Manche Rechtsgelehrte haben diese Klage zu einer *actio adiecticiae qualitatis* machen wollen, wohl aber mit Unrecht.

Actio damni iniuria dati heißt die aus der *lex Aquilia* stammende persönliche Klage, womit Jeder, welcher den Andern durch eine unbefugte, positive Handlung in Schaden gebracht hat, auf Ersatz des Schadens belangt werden kann. Sie heißt in den Quellen öfters kurzweg *damni iniuria actio*, und ist mit der so oft vorkommenden *legis Aquiliae actio* völlig identisch, da dieses Gesetz den Begriff der widerrechtlichen Beschädigung zuerst festgestellt hat. Die Erfordernisse der Klage sind folgende: 1) daß die fremde Handlung, wodurch der Schaden zugefügt wird, widerrechtlich sei ²⁾. Denn der Begriff *iniuria* wird gerade in Bezug auf die *lex Aquilia* so erklärt, es sei darunter alles zu verstehen, *quod non iure fiat*. 2) Daß diese Handlung in einer positiven Thätigkeit bestehe ³⁾. Bloße Unterlassungen solcher Handlungen, welche man hätte vornehmen sollen, können nicht nach der *lex Aquilia* beurtheilt werden, außer wenn positive Handlungen vorangingen ⁴⁾. Dann aber ist es ganz gleichgiltig, ob die positive Handlung erlaubt oder unerlaubt war, wenn nur die darauf folgende Unterlassung widerrechtlich war ⁵⁾. 3) Daß von Seiten des Handelnden wenigstens einige Schuld vorhanden sei ⁶⁾. Dieß setzt natürlicher Weise voraus, daß die Person des Handelnden zurechnungsfähig sei. Daher können Handlungen, welche von Kindern und Wahnsinnigen begangen werden, dieselben nicht zum Schadenersatz verpflichten ⁷⁾. 4) Daß durch die widerrechtliche Handlung die Substanz eines Körpers verletzt worden sei. Die römischen Juristen gehen noch weiter. Sie gestatten die *actio legis*

11) L. 14. §. 1. D. 11. 1. L. 4. u. 8. D. 42. 2. L. 23. §. 11. D. 9. 2. L. 24. u. 25. pr. D. *ibidem*.

12) L. 24. C. de liber. caus. (7. 16.) L. 39. C. *ibidem*.

1) pr. J. de lege Aquilia. (4. 3.)

2) §. 2. J. *ibidem*. L. 5. §. 1. D. ad legem Aquilianam. (9. 2.)

3) §. 16. J. 4. 3.

4) L. 8. pr. D. 9. 2. §. 6. J. 4. 3.

5) L. 8. pr. D. 9. 2.

6) L. 44. pr. Dr. 9. 2. L. 3. D. *ibid*. L. 8. §. 1. *ibid*.

7) L. 5. §. 2. D. 9. 3.

Aquiliae directa nur dann, wenn der, welcher die unerlaubte Handlung vorgenommen hat, unmittelbar, d. h. ohne daß eine andere Sache oder Handlung dazwischen lag, Ursache der Verletzung geworden ist (si corpus corpori nocuit)⁸⁾. Ist der Schaden aber nur mittelbar zugefügt worden, so gestatten sie die *actio legis Aquiliae utilis*⁹⁾. Ist aber der Schaden wirklich geworden, ohne daß er unmittelbar durch die widerrechtliche Handlung hervorgerufen, und ohne daß eine körperliche Substanz wirklich verletzt worden ist (si neque corpore damnum fuerit datum, neque corpus laesum fuerit), so gestatten sie die nach der *actio legis Aquiliae directa* gebildete *in factum actio*¹⁰⁾, z. B. wenn man einen fremden gefesselten Sklaven aus Mitleiden von den Banden befreit hat, und dieser hierauf entflohen ist. 5) Daß der beschädigte Gegenstand einer Abschätzung in Geld fähig sei¹¹⁾. Daher kommt es, daß, wenn Jemand einen freien Menschen verwundet hat, nur Ersatz der Veräumnisse und der Eurskosten verlangt werden kann¹²⁾. Denn in jeder anderen Beziehung gilt die Regel: *liberi corporis aestimatio non est*¹³⁾. Am Anfang wurde die Klage nur dem Eigenthümer der beschädigten Sache gestattet; späterhin ist sie aber auf alle ausgedehnt, welche ein Besitzrecht an der beschädigten Sache haben. Diese ausgedehnte Klage wird in den Quellen *actio utilis* genannt¹⁴⁾. Die *actio legis Aquiliae* ist ihrer Natur nach eine *Pönalklage*¹⁵⁾, und kann gegen jeden der Theilnehmer am *Delict* in *solidum* angestellt werden¹⁶⁾. Gegen die Erben des Beschädigers kann sie nicht angestellt werden¹⁷⁾, außer insoweit sie durch das *Delict* des Erblassers bereichert worden sind¹⁸⁾. Was die Wirkung der Klage anbetrifft, so geschieht die Verurtheilung gewöhnlich auf den einfachen Schadenersatz; nur gegen den, welcher den Klaggrund abläugnet, und nachher durch des Klägers Beweis überführt wird, geht die Klage auf doppelten Ersatz des Schadens¹⁹⁾. In die Summe der Condemnation wird nur der wahre Werth der verlorenen Sache eingerechnet²⁰⁾, jedoch mit Einschluß des durch das *Delict*, wenn auch nur mittelbar, verursachten

8) L. 51. pr. D. 9. 2. §. 16. J. 4. 3.

9) §. 16. J. 4. 3.

10) §. 16. J. 4. 3. L. 1. §. 7. D. si quadrupes pauperiom fecisse dicatur. (9. 1.) L. 33. §. 1. D. 9. 2.

11) L. 5—7. D. 9. 2.

12) L. 7. pr. D. 9. 2. L. 13. D. ibidem. L. 3. D. 9. 1.

13) L. 3. D. 9. 1. L. 7. pr. D. 9. 2. L. 7. D. de his, qui effuderint. (9. 3.)

14) L. 2. pr. D. 9. 2. L. 27. §. 5. D. ibidem. Vgl. E d h r von der Culpa. S. 83. u. folgende.

15) Arg. L. 13. pr. D. 9. 2.

16) §. 9. J. de lege Aquilia. (4. 3.)

17) L. 11. §. 2. D. 9. 2.

18) L. 9. J. 4. 3. L. 23. §. 8. D. 9. 2.

19) §. 26. J. de actionibus. (4. 16.) §. 7. J. de obligationibus quasi ex contractu. (3. 27.) L. 2. §. 1. D. 9. 2. L. 23. §. 10. D. ibid.

20) L. 33. D. 9. 2.

Schadens und des *lucrum cessans*²¹⁾. Die Regeln, nach denen die Summe der Beurtheilung im concreten Falle zu bestimmen ist, können erst unter dem Artikel Beschädigung auseinander gesetzt werden.

Actio de calumniatoribus. Calumniator heißt in dieser Klage ein Jeder, welcher Geld empfangen hat, damit er einen seiner Mitbürger gegen seine eigne, bessere Ueberzeugung in einen Proceß verwickle, oder von einem bereits gegen denselben anhängig gemachten gegen seine bessere Ueberzeugung abstehe¹⁾; ohne Unterschied, ob es ein bürgerlicher oder ein peinlicher Proceß ist²⁾. Auch kommt nichts darauf an, auf welche Weise er zu dem Gelde gekommen ist, ob durch Scheinkauf, oder durch Erlaß des Miethgelbes oder durch Quittung einer giltigen Obligation³⁾. Gegen solche calumniatores wird demjenigen, zu dessen Nachtheile das Geld hingegeben worden ist⁴⁾, eine in factum actio gestattet⁵⁾, womit innerhalb eines Jahres der vierfache, aber nach dessen Ablaufe der einfache Betrag des hingegebenen Geldes eingefordert wird⁶⁾. Der Kläger ist, im Falle das Geld deshalb hingegeben worden ist, damit der calumniator sich vergleiche, derjenige, welcher das Geld gezahlt hat⁷⁾. Ist aber das Geld deshalb hingegeben worden, damit der calumniator eine Klage erhebe, so wird die Klage nur demjenigen gestattet, gegen welchen der Proceß erhoben worden ist⁸⁾. Die Jahresfrist läuft im ersten Falle von dem Augenblicke an, wo das Geld gezahlt worden ist, wenn es dem Kläger nur überhaupt factisch möglich war, die Klage zu erheben; im zweiten Falle von dem Zeitpuncte an, wo der Kläger von der geschehenen Gelbzahlung Nachricht erhalten hat⁹⁾. Auf die Erben des Klägers geht diese Klage nicht über, gegen die Erben des Beklagten wird sie aber nur insoweit gestattet, als dieselben reicher geworden sind¹⁰⁾. Mit dieser Klage concurrirt auch die *condictio ob turpem vel iniustam causam*¹¹⁾, doch so, daß es dem Kläger frei steht, nach dieser Klage die *actio de calumniatoribus* auf des Dreifache anzustellen¹²⁾. Ueber die heutige Anwendbarkeit der *actio de calumniatoribus* sind die practischen Juristen unter sich nicht einig. Einige läugnen ihre Giltigkeit ganz und

21) §. 10. J. 4. 3.

1) Paul. S. R. I. 5. §. 1. L. 1. D. de calumniatoribus. (3. 6.) L. 3. §. 1. ibidem.

2) L. 1. §. 1. D. 3. 6.

3) L. 2. pr. D. 3. 6. L. 3. §. 2. D. ibid.

4) L. 3. §. 2. D. 3. 6.

5) L. 1. pr. D. 3. 6. L. 5. §. 1. D. ibidem.

6) L. §. 1. D. 3. 6. L. 1. pr. D. ibidem.

7) L. 6. D. ibidem.

8) L. 3. §. 3. D. 3. 6. L. 6. D. ibidem.

9) L. 6. D. 3. 6.

10) L. 5. pr. D. 3. 6.

11) L. 5. §. 1. D. 3. 6.

12) L. 5. §. 1. D. 3. 6.

gar ab¹³⁾, andere beschränken ihre Anwendbarkeit auf die Zurückforderung dessen, was hingegeben worden ist¹⁴⁾.

Actio de delectis et effusis ist eine persönliche Klage, womit jeder belangt werden kann, welcher von seinem Logis aus etwas auf die öffentliche Straße so heruntergeworfen oder herabgegossen hat, daß einem Vorübergehenden dadurch Schaden zugefügt worden ist¹⁾. Diese Klage geht gegen den Inwohner der Etage, von welcher aus die Sache herabgegossen oder herabgeworfen worden ist²⁾, ohne Unterschied, ob er selbst Urheber der verbotenen Handlung gewesen, oder ob dieselbe von einem Sklaven oder Freien von seinem Logis aus vollbracht worden ist³⁾. Auch kommt gar nichts darauf an, ob er zur Miethe oder umsonst da wohnt. Wohnen Mehrere zur Miethe in derselben Etage, so geht die Klage nur gegen den, welcher gerade den fraglichen Theil derselben bewohnt⁴⁾. Wohnen sie aber gemeinschaftlich ohne Abtrennung der einzelnen Zimmer zusammen, so kann sie gegen Jeden auf das Ganze an gestellt werden⁵⁾. Passagiere, welche nur für eine kurze Zeit daselbst wohnen, können mit dieser Klage nicht belangt werden⁶⁾. Späterhin ist sie auch auf den Fall ausgedehnt worden, wenn etwas von einem Schiffe herabgeworfen oder herabgegossen worden ist⁷⁾, und dann geht sie gegen den Schiffscapitän als actio utilis. Die Klage ist eine in factum actio⁸⁾, und eine perpetua actio. Nur wenn ein freier Mensch getödtet worden ist, ist ihre Dauer auf ein Jahr beschränkt⁹⁾. Sie geht auf doppelten Schadenersatz, wenn irgend ein Vermögensstück beschädigt worden ist¹⁰⁾. Ist aber ein freier Mensch durch die verbotene Handlung getödtet worden, so geht die Klage auf Bezahlung von 50 solidi¹¹⁾. Ist derselbe nur beschädigt worden, ohne daß sein Leben in Gefahr kommt, so wird der Richter angewiesen, die Quantität der Privatstrafe nach eigenem Ermessen zu bestimmen. Und dann wird die Klage dem Beschädigten selbst stets gestattet, jedem Anderen aber nur innerhalb eines Jahres¹²⁾. Da sie zu den Pönal- und Popularklagen gehört, so geht sie passiv auf die Erben nicht über¹³⁾; activ nur dann, wenn kein freier Mensch beschädigt worden ist, und dieß deshalb, weil man eine Beschädigung dieser Art für keinen Vermögensschaden an-

13) Vergl. Glück, Erläuterung der Pandecten Theil 5. S. 390.

14) Glück a. a. O. S. 391.

1) L. 2. pr. u. §. 4. D. de his, qui effuderint. (9. 3.)

2) L. 1. pr. u. §. 4. D. 9. 3. §. 1. J. de obligationibus, quae quasi ex delicto. (4. 5.)

3) §. 1. J. 4. 5.

4) L. 5. pr. D. 9. 3.

5) L. 1. §. 10. D. 9. 3.

6) L. 1. §. 9. D. 9. 3.

7) L. 6. §. 3. D. ibid.

8) L. 1. §. 9. D. 9. 3.

9) L. 1. §. 4. D. 9. 3.

10) L. 5. §. 5. D. 9. 3.

11) L. 1. pr. D. 9. 3.

12) L. 5. §. 5. D. 9. 3.

13) L. 5. §. 5. D. 9. 3.

sah. Sie entsteht aus einem Quaßbelicte und gehört zu den Klagen, welche der Prätor der Straßenspolizei halber eingeführt hat¹⁴⁾. In der heutigen Praxis ist sie in Vergessenheit gekommen, da unsere Polizeiverordnungen sie überflüssig gemacht haben.

Actio de edendo heißt die persönliche Klage, womit derjenige, welcher ein Interesse daran hat, die Rechnungen eines öffentlichen Banquiers (*argentarius*), in soweit sie ihn betreffen, einzusehen, denselben zwingt, sie ihm vorzulegen. Diese Klage geht auf Befehl des Prätor, die Rechnungen vorzulegen, sich nicht fügt¹⁾. Die Herausgabe der Rechnungen muß unter Hinzufügung des Datum (*alles et consil*)²⁾; and an dem Orte geschehen, wo der Banquier sein Geschäft betreibt³⁾. Wird die Herausgabe aber an dem Orte, wo die Klage angestellt wird, verlangt, so muß der Kläger die Kosten der Abschrift tragen. Die Unterschrift des Banquiers wird nicht bei der Herausgabe der Rechnungen verlangt⁴⁾. Der Grund, warum der Prätor diese Klage eingeführt hat, ist der, daß die Rechnungen, welche die öffentlichen Banquiers über fremde, bei ihnen deponirte Gelder anfertigen, gewissermaßen als Eigenthum betrachtet, welchen die Gelder angehören, angesehen werden⁵⁾. Die Klage wird nicht eher gestattet, als wenn der Kläger das *insurandum calumniae* geleistet hat⁶⁾. Dagegen kann sie auch gegen die Banquiers, welche sich bereits vom Geschäfte zurückgezogen haben, angestellt werden⁷⁾, ja sie geht sogar auf die Erben derselben passiv über, wenn sich jene weigern, die Rechnungsbücher des Verstorbenen vorzulegen⁸⁾. Die Dauer der Klage ist ein Jahr⁹⁾, und der Character derselben ein subsidiärer; denn, wenn dem, welcher die Vorzeigung der Rechnung verlangt, zur Erreichung desselben Zweckes andere Klagen zu Gebote stehen, kann die *actio de edendo* nicht angestellt werden¹¹⁾. Schon bei Zeiten ist sie auch auf Privatbanquiers (*nummularii*) ausgebehrt worden, und die Praxis gestattet sie auch gegen Secretäre und Archivare, welchen die Aufbewahrung von Originalkunden anvertraut ist.

Actio de in rem verso heißt die Klage, womit der, welcher mit einem Haussohne oder Sklaven ein Geschäft abgeschlossen hat, welches zum Nutzen des Vaters oder Herrn gereicht, den Letzteren belangt, um ihn zu zwingen, daß er die Schuld des Sohnes oder

14) L. 1. §. 1. D. 9. 2.

1) L. 8. §. 1. D. de edendo. (2. 13.) L. 10. §. 3. D. ibidem.

2) L. 4. pr. D. ibidem.

3) L. 4. §. 5. D. ibidem.

4) L. 11. D. ibidem.

5) L. 4. §. 1. ibidem.

6) L. 6. §. 2. D. ibid. L. 9. §. 3. D. ibidem.

7) L. 4. §. 4. D. ibid.

8) L. 7. pr. L. 13. D. ibidem.

9) L. 13. D. ibidem.

10) L. 9. pr. D. ibidem.

11) L. 9. §. 1. D. ibidem.

Sklaven aus dem Geschäfte insoweit bezahle, als er, der Vater oder Herr, durch das Geschäft reicher geworden ist. Denn der Letztere tritt in Bezug auf das vom Ersteren abgeschlossene Geschäft gleichsam an dessen Stelle¹⁾. Die Erfordernisse der Klage sind folgende: 1) der Sohn oder Sklave muß ein erlaubtes Geschäft mit dem Dritten abgeschlossen haben. 2) Er muß dieß in der Absicht gethan haben, um die Geschäfte seines Vaters oder Herrn zu führen²⁾. Daraus deutet die Regel, daß die actio de in rem verso so oft eintrete, als dem procurator die actio mandati contraria, oder dem negotiorum gestor die negotiorum gestorum actio contraria zu Statte kommen würde³⁾. Denn beiden Arten von Stellvertretern werden die genannten Klagen wegen ihrer auf die Geschäfte des Principals verwendeten Unkosten dann abgesprochen, wenn sie diese Geschäfte als ihre eigenen besorgt haben⁴⁾. Indessen bedarf es dieser Absicht von Seiten des Sohnes oder des Sklaven nicht gerade bei der Aufbringung von Capitalien, wenn er dieselbe nur bei der Verwendung des Geldes offenkundig darlegt⁵⁾. Im Zweifel muß die Präsuntion entscheiden, daß der Sohn oder Sklave das fragliche Geschäft im eigenen Namen abgeschlossen habe⁶⁾, was auch durch die römischen Ideen über den Abschluß von Geschäften durch Stellvertreter vollkommen bestätigt wird. 3) Es muß das, was der Sklave oder Sohn aus dem Geschäfte empfangen hat, wirklich zum Nutzen des Herrn oder Vaters verwendet worden sein⁷⁾. Dabei ist es gleichgiltig, ob demselben neue Vermögensstücke dadurch erworben, oder nur Kosten, die er sonst hätte tragen müssen, erspart worden sind⁸⁾. Selbst dann wenn der Sohn sich für den Vater verbürgt und für ihn die Hauptschuld bezahlt hat, oder, wenn er den Vater vor Gericht vertreten hat und deshalb verurtheilt worden ist, wird die de in rem verso actio gestattet⁹⁾. Ueberhaupt ist eine in rem versio in jedem Falle zu läugnen, wo das Geld nicht zum Nutzen, sondern nur zum Vergnügen des Vaters oder des Herrn einseitig vom Sohne oder Sklaven verwendet worden ist¹⁰⁾. Im Falle des Darlehns wird nicht einmal die wirkliche Verwendung ausdrücklich verlangt, sondern es reicht schon zu, wenn der Gläubiger des Sohnes oder Sklaven das Geld ihm unter der ausdrücklichen Bedingung geliehen hat, daß er es zum Nutzen des Vaters oder des Herrn verwende, obschon das Geld später durch Zufall ohne Schuld des Sohnes oder Sklaven verloren gegangen ist¹¹⁾.

1) L. 1. pr. D. de in rem verso. (15. 3.)

2) L. 7. §. 4. D. 15. 3. L. 3. §. 5. L. 10. §. 10. D. ibidem.

3) L. 3. §. 2. D. 15. 3.

4) Vgl. Kämmerer in Finde's Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß
Theil 6. S. 148 — 150.

5) L. 3. §. 1. D. 15. 3.

6) L. 10. §. 10. D. 15. 3.

7) L. 3. §. 2. D. 15. 3.

8) L. 3. §. 2. D. 15. 3. L. 7. §. 3. D. ibidem.

9) L. 10. pr. u. §. 1. D. 15. 3.

10) L. 3. §. 4. D. 15. 3.

11) L. 3. §. 10. D. 15. 3. L. 17. pr. D. ibid.

Die Wirkung der Klage ist die, daß der Beklagte auf soviel verurtheilt wird, als er durch die in rem versio reicher geworden ist¹²⁾. Ist demnach nur ein Theil des erborgten Geldes zum Nutzen desjenigen, der den Sohn oder Sklaven in der Gewalt hat, aufgewendet worden, so kann die Klage auch nur auf Bezahlung dieses Theiles gerichtet werden¹³⁾. Die Quantität der Bereicherung soll nur nach dem wahren Werthe der erworbenen Sachen beurtheilt werden¹⁴⁾. Den Beweis der Bereicherung hat im Zweifel der Kläger zu führen¹⁵⁾. Das römische Recht gestattet es, diese Klage mit der de peculio actio zu häufen¹⁶⁾. In diesem Falle wird der Prozeßrichter angewiesen, zuerst die Quantität der in rem versio auszumitteln und darnach das Urtheil zu fällen; die de peculio actio soll er aber nur subsidiarisch berücksichtigen, d. h. er soll den Beklagten nur insoweit, als nach Abzug des Betrages der in rem versio ein Rückstand aus der Forderung noch übrig bleibt, in Rücksicht auf das peculium des Sohnes oder Sklaven verurtheilen. Was die heutige Anwendung der Klage anbelangt, so kann zwar nicht geläugnet werden, daß sie als Klagform, wie alle andere actiones adiecticiae qualitatis außer Gebrauch gekommen ist, doch versteht es sich von selbst, daß die nach neuerem Rechte dem Dritten zustehende condictio ganz nach den Regeln, welche von der actio de in rem verso gelten, im vorliegenden Falle beurtheilt werden müsse¹⁷⁾. Die neueren Rechtsgelehrten lassen eine actio de in rem verso auch daan eintreten, wenn die Person, welche die in rem versio vorgenommen hat, ein freier Stellvertreter ist, z. B. ein procurator und ein negotiorum gestor. Man nennt diese ausgedehnte Klage actio de in rem verso utilis, und gestattet sie dem Dritten, der mit dem freien Stellvertreter contrahirt hat, gegen den Principal ganz nach den Grundsätzen, die von den Sklaven und Haussohnen gelten. Man stützt diese Meinung auf L. 7. §. 1. C. 4. 26., die außer dem Zusammenhange des römischen Rechtes gelesen wohl diese Meinung begünstigen könnte, aber nach der historischen Erklärung nichts Anderes sagt, als die übrigen von der actio de in rem verso handelnden Stellen¹⁸⁾. Zudem gehört sie zu den Rescripten, einer Gattung von Gesetzen, welche nicht sowohl zur Einführung neuer Rechtsfälle, als zur Entscheidung concreter Fälle nach bereits bestehenden Grundsätzen bestimmt zu sein scheint.

Actio de pastu heißt die persönliche Klage, womit der Eigenthümer eines Grundstückes den auf Schadenersatz belangt, welcher auf dem Grundstück des Ersteren sein Vieh hat weiden lassen. Sie stammt

12) L. 1. D. 15. 3. L. 10. §. 4. D. ibidem. §. 4. J. quod cum eo qui in aliena. (4. 7.)

13) §. 4. J. 4. 7. L. 10. §. 4. D. 15. 3.

14) L. 5. pr. D. 15. 3. L. 3. §. 1. D. ibidem.

15) L. 7. pr. C. quod cum eo, qui in aliena. (4. 26.).

16) §. 4. J. 4. 7.

17) §. 8. J. 4. 7.

18) Vergl. Kriz Sammlung von Rechtsfällen Theil 1. S. 129. u. folg.

aus den 12 Tafeln, und ist nur in einer einzigen Stelle der Justinianischen Pandecten erwähnt *).

Actio de pauperie oder *si quadrupes pauperiem fecisse dicitur*, oder *quadrupedaria* ¹⁾, heißt die persönliche Klage, mit welcher der Eigenthümer eines zahmen Thieres, welches in einem Anfälle von Wuth Jemandem Schaden zugefügt hat, vom Beschädigten auf Schadenersatz belangt wird, wenn er es nicht vorzieht, durch die *noxae deditio* sich von dieser Verbindlichkeit zu befreien ²⁾. Sie stammt aus den 12 Tafeln; ist eine *noxalis actio*, und setzt folgende Erfordernisse voraus: 1) es muß ein vierfüßiges Thier den Schaden zugefügt haben. Bei zweifüßigen tritt die *utilis actio* ein ³⁾; 2) es muß von dem Thiere ein wirklicher Schaden zugefügt worden sein. Dieser Schaden wird mit dem Namen *pauperies* bezeichnet ⁴⁾. Ob er mittelbar oder unmittelbar zugefügt worden, ist gleichgiltig ⁵⁾; 3) das Thier, welches den Schaden zugefügt hat, muß ein zahmes Thier sein ⁶⁾; 4) das Thier muß den Schaden in einem Anfälle von Wuth, der außer seinem gewöhnlichen Character liegt, zugefügt haben (*animal contra naturam motum nocuisse debet*) ⁷⁾. Der Beklagte ist der Eigenthümer des Thieres, und die Klage geht bei der Veräußerung desselben, gleich den anderen Noxalklagen, auf den neuen Erwerber des Thieres passiv mit über ⁸⁾. In folgenden Fällen fällt diese Klage ganz weg: a) wenn der, welcher beschädigt worden ist, das Thier durch seine eigne Handlung gereizt hatte ⁹⁾; b) wenn das Thier, welches den Schaden zugefügt hat, von einem anderen Thiere dazu gereizt worden ist ¹⁰⁾; denn dann geht die Klage sofort gegen den Eigenthümer des Thieres, welches die erste Veranlassung zur Anreizung gegeben hat; c) wenn das Thier, welches den Schaden zugefügt hat, vor der *litis contestatio* verstorben ist ¹¹⁾. Sind mehrere Miteigenthümer des Thieres vorhanden, so kann ein Jeder von ihnen auf das Ganze verklagt werden ¹²⁾. In manchen Fällen ist dem Beklagten die Befugniß ausdrücklich entzogen, sich durch *noxae deditio* von der Verpflichtung zu befreien, Schadenersatz zu leisten. Nämlich: 1) in allen Fällen, wo der Beklagte als *fictus possessor* behandelt wird; 2) wenn der Beklagte fälschlich geläugnet hat, daß ihm das Thier gehöre, und nachher vom Gegentheile überführt wird ¹³⁾; 3) wenn das

* L. 14. §. 3. D. de praescriptis verbis et in factum actionibus. (19. 5.)

1) Basilic. tom. VII. p. 37—41.

2) L. 1. pr. u. §. 1. D. si quadrupes pauperiem. (9. 1.) L. 1. 11. D. ibid.

3) L. 4. D. 9. 1.

4) Festus de V. 8. unter dem Worte *pauperies*. L. 1. §. 3. D. 9. 1.

5) L. 1. §. 9. D. 9. 1.

6) L. 1. §. 10. D. 9. 1.

7) L. 1. §. 7. D. 9. 1. Theoph. paraphr. inst. 4. 9. pr. tom. II.

p. 859. L. 32. §. 2. D. ad legem Aquilliam. (9. 2.)

8) L. 1. §. 12. D. 9. 1.

9) L. 1. §. 11. D. 9. 1.

10) L. 1. §. 8. D. ibidem.

11) L. 1. §. 13. D. ibidem.

12) L. 1. §. 14. D. ibidem.

13) L. 1. §. 15. D. 9. 1.

Thier, welches den Schaden zugefügt hat, nach der *litis contestatio* verstorben ist¹⁴); 4) wenn der Eigenthümer, als er den Schaden erfahren hat, das Thier nicht sofort *derelinquit* hat¹⁵). Was die Person des Klägers anbelangt, so wird die Klage einem Jeden gestattet, welcher ein Interesse daran hat, daß die Sache nicht verletzt werde¹⁶). Sie steht mithin nicht allein dem Eigenthümer der beschädigten Sache zu, sondern auch dem *usufructuar*, *Commodatar* u. s. w. Auch kann sie bei der Beschädigung freier Personen angestellt werden, freilich nur auf Ersatz der Kurkosten und Versäumnisse¹⁷), da in jeder anderen Beziehung die Regel gilt: *liberi corporis aestimatio non est*. Daß die Klage *activa* auf die Erben übergeht, ist aus den *Pandecten* gewiß¹⁸); von einem passiven Uebergange auf die Erben kann schon deshalb nicht die Rede sein, weil sie nur gegen den angestellt werden kann, welcher zur Zeit der *litis contestatio* Eigenthümer des Thieres ist¹⁹).

Actio de peculio heißt die Klage, womit der Gläubiger eines *Sc*laven oder *Haussohnes* den *Herrn* oder *Vater* desselben zwingt, daß derselbe die *Schuld* des Ersteren in so weit bezahle, als die *Quantität* des *peculium* reicht. Die *Erfodernisse* der Klage sind folgende: 1) daß die *Forderung* des Gläubigers aus einem erlaubten, mit dem *Sohne* oder *Sc*laven abgeschlossenen *Geschäfte* herstamme¹). Aus *verbotenen Handlungen* des *Sc*laven oder *Sohnes* kann sie nur in soweit gegen den *Herrn* oder *Vater* angestellt werden, als derselbe durch diese *Handlung* bereichert worden ist²); 2) daß ein *peculium* vorhanden sei. Beim *Sohne* wird verlangt, daß es ein *peculium profectitium* sei³). Die *Größe* des *peculium* wird nach der *Zeit* beurtheilt, wo der *Prozeß* durch die *sententia* entschieden wird⁴); deshalb kann die Klage auch dann *giltig* angestellt werden, wenn zur *Zeit* der *litis contestatio* nichts im *peculium* sich befindet. In dieser Klage erscheint der *Beklagte* als *Schuldner*, aber nur insoweit, als das *peculium* zureicht⁵). Mithin braucht er auch dem *Kläger* nicht mehr zu zahlen, als die *Quantität* des *peculium* beträgt. In das *peculium* wird *Alles* mit eingerechnet, was der *Beklagte* *dolo malo* aus dem *peculium* unterschlagen hat⁶). Und er muß dem *Kläger*, welcher nicht voll befriedigt wird, auf dessen *Verlangen* *Caution* stellen, daß wenn das *peculium* künftighin einen

14) L. 21. pr. D. de noxalibus actionibus. (9. 4.)

15) Sächsisches Landrecht II. 40.

16) L. 2. pr. D. 9. 1.

17) L. 3. D. 9. 1.

18) L. 1. §. 17. D. 9. 1.

19) L. 1. §. 17. D. 9. 1. L. 1. §. 12. D. ibidem.

1) L. 1. §. 7. D. de his qui effud. (9. 1.) L. 58. D. de R. I. (50. 27.)

2) L. 3. §. 12. D. de peculio. (15. 1.)

3) L. 44. D. 15. 1.

4) L. 30. pr. D. 15. 1. L. 7. §. 15. D. de rebus auctoritate iud. poss.

(42. 4.)

5) L. 44. D. 15. 1.

6) L. 9. §. 4. D. 15. 1. L. 21. pr. D. ibid.

Zuwachs erhalten sollte, der Rückstand nachgezahlt werden würde 7). In dieser Klage gilt die Regel: occupantis est melior conditio 8). Deshalb kann auch der Beklagte im voraus von der Quantität des peculium alles das abziehen, was der Sohn oder Slave, welcher das peculium hat, ihm schuldet 9). Ein Vorrecht, welches in den römischen Rechtsquellen privilegium deductionis genannt wird 10), und selbst dann dem Beklagten zusteht, wenn der Kläger das privilegium exigendi genießt 11). Selbst auf Schulden des Sohnes oder Slaven an fremde Personen, die der Beklagte zu vertreten oder zu entschädigen hat, scheint es ausgedehnt worden zu sein. Wenigstens gilt dieß von den Gesellschaftern und den Mündeln des Beklagten 12). Die Voraussetzungen, unter welchen das privilegium deductionis dem Beklagten zugestanden wird, sind folgende: a) daß die Auszahlung der Schuld noch nicht erfolgt sei 13); b) daß der Beklagte kein anderes Mittel habe, um zu seinem Gelde zu kommen 14), c) daß eine wirkliche de peculio actio vorliege. Denn wenn eine Schuldforderung an den Sohn oder Slaven auf dem Wege der Compensation gegen den Vater oder Herrn geltend gemacht wird, so fällt das privilegium deductionis ganz weg 15). Unter den einzelnen Gläubigern des Sohnes oder des Slaven geht derjenige, welcher zuerst klagt, allen Anderen vor; doch muß ein Jeder auf Verlangen des Beklagten bei der Zahlung Caution stellen, daß er das Gehalt ganz oder theilweise zurückerhalten werde, wenn privilegierte Gläubiger nachkommen sollten 16). Aus Geschäften, welche unmündige Hauskinder abgeschlossen haben, kann die Klage nur insoweit gegen den Vater gestattet werden, als das peculium profectitium derselben dadurch vermehrt worden ist 17). Die Klage ist ihrer Natur nach eine actio adiecticiae qualitatis, und unterliegt, wie die meisten perpetuae actiones, einer 30jährigen Verjährung 18). Daß sie auf die Erben des Klägers übergeht, versteht sich von selbst. Der passive Uebergang der Klage auf die Erben des Beklagten ist bestritten. Im Ganzen läßt sich wohl die Regel geben, daß die Klage auf alle Besitzer des peculium übergehe, ohne Unterschied, ob sie dieß durch Singular- oder Universalsuccession geworden sind 19). Doch haften dieselben für den dolus des Beklagten nur in so weit, als sie dadurch reicher

7) L. 47. §. 2. D. 16. 1.

8) L. 52. pr. D. 15. 1.

9) L. 9. §. 2. D. 15. 1. (L. 5. §. 5. D. ibid.)

10) L. 5. §. 7. D. de tribut. act. (14. 4.)

11) L. 52. pr. D. 15. 1.

12) L. 9. §. 2. u. 4. D. 15. 1. L. 11. §. 9. D. ibidem.

13) L. 11. D. de indebita condictione. (12. 6.)

14) L. 11. §. 6. D. 15. 1.

15) L. 9. pr. D. de compensationibus. (16. 2.)

16) L. 52. pr. D. 15. 1.

17) L. 1. §. 4. D. 15. 1.

18) L. 1. §. 1. D. quando de peculio actio annalis sit. (15. 2.)

19) L. 27. §. 2. D. 15. 1. L. 32. §. 2. D. ibidem. L. 21. §. 2. D.

ibidem.

geworden sind ²⁰). Für ihren eigenen dolus haften die Erben des Beklagten in solidum ²¹). Wenn der Begriff des peculium aus rechtlichen Gründen zu existiren aufhört, erlöscht auch die actio de peculio ²²). Doch hat sie der Prätor gegen den Vater oder Herrn noch ein Jahr lang gestattet ²³). Dieses Jahr wird nach den Grundsätzen, welche vom annus utilis gelten, berechnet ²⁴), und läuft gewöhnlich von dem Augenblicke an, wo der Sohn sein eigener Herr (sui iuris), oder der Slave frei oder verkauft worden ist ²⁵). War indeß die Obligation, aus welcher die actio de peculio zusteht, durch eine Suspensivbedingung beschränkt, so läuft die Verjährungsfrist der Klage erst von der Zeit, wo die Obligation klagbar wurde, d. h. von der Erfüllung der Suspensivbedingung an ²⁶). Die neueren Juristen bezeichnen diese vom Prätor ausgedehnte Klage mit dem Namen actio de peculio annalis, obschon sie wohl richtiger mit dem Namen utilis belegt würde ²⁷); um so mehr, da sie nur eine Ausdehnung der wirklichen actio de peculio auf einen Fall ist, für welchen sie eigentlich vom Anfange an nicht eingeführt war ²⁸). Nach Ablauf des Jahres steht der Klage die Einrede der Verjährung entgegen ²⁹). Ist der Sohn durch den Tod seines Vaters sui iuris geworden, so wird sie gegen den Erben des Vaters gerichtet; ist er es aber durch die Deportation des Vaters geworden, so wird sie gegen den Fiscus gerichtet, weil dieser das väterliche Vermögen einzieht ³⁰). Die actio de peculio fällt in folgenden Fällen weg: a) wenn die Forderung, welche der Gläubiger des Sohnes geltend machen will, aus einer vom Haussohne an ihn gemachten Schenkung her stammt ³¹); b) wenn die Forderung des Gläubigers an den Haussohn gegen das SC. Macedonianum verstößt ³²); c) wenn die Forderung aus einer unerlaubten Handlung des Sohnes oder Slaven stammt, und der Vater oder Herr dadurch nicht bereichert worden ist ³³); d) wenn das peculium keine Vermögensstücke enthält, aus welchen der Kläger befriedigt werden kann ³⁴).

Actio depensi (richtiger depensi actio) heißt im vorjustinianischen Rechte die durch die lex Publilia eingeführte Klage, womit der sponsor den Hauptschuldner, für welchen er gezahlt hat (pro quo depensum est), nach

20) L. 21. §. 2. D. 15. 1. L. 30. u. 31. D. ibidem.

21) L. 31. D. 15. 1.

22) L. 182. D. de V. S. (50. 16.) L. 1. §. 3. D. quando de peculio. (15.

2.) L. 3. D. ibid.

23) L. 61. D. mandati vel contra. (17. 1.) L. 1. pr. u. §. 3. D. 15. 2.

24) L. 1. §. 1 u. 2. D. 15. 2.

25) L. 1. §. 2. u. 4. D. 15. 2.

26) L. 1. §. 3. D. 15. 2.

27) L. 61. D. mandati vel contra. (17. 1.)

28) L. 1. §. 3. D. 17. 1.

29) L. 1. §. 10. D. 15. 2.

30) L. 1. §. 4. D. 15. 2.

31) L. 7. pr. D. de donationibus. (39. 5.)

32) L. 6. pr. C. ad SC. Macedonianum. (4. 28.)

33) L. 3. §. 12. D. 15. 1.

34) L. 30. pr. D. 15. 1.

Ablauf von sechs Monaten von der Zahlung an gerechnet, zwingt, für die geschene Zahlung ihm Ersatz zu leisten¹⁾. Diese Klage concurrirte mit der gewöhnlichen Negrefsklage des Bürgen gegen den Hauptschuldner, der *mandati actio contraria*, zeichnete sich aber vor derselben dadurch aus, daß sie auf doppelten Ersatz des Gezahlten ging, wenn der Beklagte den Klaggrund abläugnete und nachher vom Gegentheile überführt wurde²⁾, und, daß der Beklagte bei Anstellung derselben Caution dafür stellen mußte, daß im Falle der Verurtheilung der Betrag der im Urtheile ausgedrückten Geldsumme an den Kläger richtig werde abgeführt werden³⁾. Im Falle des *Badimonium* wurde die dem Versprechen beigefügte Summe gerade auf soviel gestellt, als die vom Kläger verlangte Geldsumme betrug⁴⁾. Ueberhaupt ähnelte das gerichtliche Verfahren, welches man bei dieser Klage zu befolgen pflegte, demjenigen, welches man bei der *iudicati actio* beobachtete. Daher beide Klagen auch öfters zusammengestellt werden⁵⁾. In den Justinianischen Rechtsquellen kommt die *deposi actio* nicht mehr vor. Der Hauptgrund davon ist wohl darin zu suchen, daß die *sponsores* im Justinianischen Rechte den *fideiussores* in rechtlicher Beziehung gleichgesetzt sind. Die Natur der Klage war uns bis zur Entdeckung der Institutionen des *Cajus* gänzlich unbekannt; daher manche Rechtsgelehrte in den Sentenzen des *Paulus I. 19. §. 1.* statt *deposi* vielmehr *depositi* haben lesen wollen.

Actio de positis et suspensis heißt die persönliche Klage, womit Jeder belangt werden kann, welcher an einem Orte, wo Menschen vorübergehen, etwas so hingelegt, hingestellt oder aufgehängt hat, daß die Vorübergehenden durch den Herabfall desselben beschädigt werden können (*cuius casus praetereuntibus periculosus futurus sit*)¹⁾. Diese Klage stammt aus dem Prätorischem Edicte, und steht im genauesten Zusammenhänge mit der *actio de deiectis et effusis*²⁾. Sie ist eine *in factum actio*, und kann von Jedem aus dem Volke angestellt werden³⁾. Ihrer Natur nach ist sie eine *Pönalklage*⁴⁾; denn sie geht auf die Erlegung einer Privatstrafe, welche in *Iustinian's Pandecten* zu 10 *solidi* angeschlagen wird⁵⁾. Sie entsteht aus einem *Quasidelicte*. Der Beklagte ist der Bewohner des Zimmers, wo die Sache hingestellt oder aufgehängt worden ist⁷⁾, ohne Unterschied, ob er dieß selbst gethan oder nur

1) *Cajus inst. III. §. 127.* und *IV. §. 22.*

2) *Cajus a. a. D. IV. §. 9.* u. *171. III. §. 127, Pauli S. R. 1. 19. §. 1.*

3) *Cajus a. a. D. IV. §. 25.* u. *102.*

4) *Cajus a. a. D. IV. §. 186.*

5) *Cajus a. a. D. IV. §. 25, 102, 171. 186.*

1) *L. 5. §. 6. D. de his, qui effuderint. (9. 8.) Theoph. paraphr. 4. §. 2.* ed. *Reitz tom. II. p. 781.*

2) *L. 5. §. 7. D. 9. 3.*

3) *L. 5. §. 13. D. 9. 3.*

4) *L. 5. §. 13. D. 9. 3.*

5) *L. 5. §. 6. D. ibid.*

6) *L. 5. §. 10. D. ibid.*

7) *L. 5. §. 13. D. ibid.*

gestitten hat; daß Einer von seinen Dienern es thue⁸⁾. Hat aber ein Slave dieß gegen das Wissen seines Herrn gethan, so kann die Klage nur als Moralklage gegen den Letzteren angestellt werden⁹⁾. Sie geht *actio* auf die Erben über, *passiv* aber nie, weil sie eine *bonae fidei* Klage ist¹⁰⁾. Sie gehört zu den Klagen, welche der Prätor der Straßepolizei habber eingeführt hat¹¹⁾. In der heutigen Praxis ist sie in Vergessenheit gekommen, da unsere Polizeiverordnungen dieselbe überflüssig gemacht haben.

Actio de tigno iuncto heißt die persönliche Klage, womit der Eigenthümer von Baumaterial doppelten Ersatz des Schadens von dem verlangt, welcher das fremde Baumaterial für sein Gebäude oder für seinen Weinberg verwendet hat¹²⁾. Diese Klage geht gegen den *bonae fidei* und *malae fidei* possessor¹³⁾, stammt aus den 12 Tafeln¹⁴⁾, und gründet sich auf das in diesem Gesetze ausgesprochene Verbot, daß fremdes, zu solchen Zwecken verwendetes Baumaterial nicht zum Schaden des Gebäudes oder des Weinberges von demselben getrennt werden soll¹⁵⁾. Deshalb wird ausdrücklich gesagt, daß so lange das Baumaterial mit dem Hause oder dem Weinberge in Verbindung steht, keine Klage gegen den Bauherrn zulässig ist¹⁶⁾. Sobald aber das Baumaterial wieder vom Hause getrennt worden ist, ist auch die *actio ad exhibendum* und die *rei vindicatio* wiederum zulässig¹⁷⁾. Die erstere gestattete man ausnahmsweise auch während des Bestehens des Gebäudes in dem Falle, wenn der Bauherr bei der Verwendung des Materials davon Wissenschaft hatte, daß es dem Andern angehöre¹⁸⁾. Man nahm hier nämlich die Idee der *fructa possessio* zu Hilfe (*quasi dolo malo desierit possidere*). Die *actio de tigno iuncto* ist noch heute practisch, kann aber jetzt nur auf den einfachen Ersatz des Schadens angestellt werden. Concurriert sie mit der *rei vindicatio* und der *ad exhibendum actio*, so ist dieser Concurrs ein electiver¹⁹⁾.

Actio exercitoria (richtiger *exercitoria actio*) heißt die Klage, womit derjenige, welcher ein Geschäft mit dem Schiffscapitän (*magister navis*), abgeschlossen hat, den Schiffsbefehlender (*exercitor*) zwingt, das

8) L. 5. §. 10. D. *ibid.*

9) L. 5. §. 6. D. *ibid.*

10) L. 5. §. 13. D. *ibid.*

11) L. 1. §. 1. D. *ibid.*

12) §. 29. J. de *retrū divisione*. (2. 1.) L. 11. pr. D. de *tigno iuncto*. (47. 3.)

13) L. 2. D. 47. 3. Schrader zu Justinian's Institut. S. 199.

14) L. 29. J. 2. 1. L. 23. §. 6. D. de *rei vindicatione*. (6. 1.) L. 6. D. *ad exhibendum*. (10. 4.)

15) L. 1. §. 1. D. 47. 3. L. 23. §. 6. u. 7. D. 6. 1. Savigny vom Besitze. ed. V. S. 267.

16) L. 63. D. de *donationibus inter virum et uxorem*. (24. 1.) L. 6. D. 10. 4.

17) §. 29. J. 2. 1.

18) L. 23. §. 6. D. 6. 1. L. 1. §. 2. D. 47. 3.

19) §. 29. J. 2. 1.

zu bezahlen, wozu der Schiffscapitän sich verbindlich gemacht hat. Denn da der Schiffseheder durch die Ernennung des Capitäns im voraus alle Geschäfte genehmigt hat, welche der Schiffscapitän zum Zwecke der Befrachtung des Schiffes mit Anderen abschließen wird¹⁾, und ihm auch aller Gewinn aus diesen Geschäften zuschießt²⁾, so ist es auch billig, daß er den Schaden ersetze, welcher aus den Geschäften dem Dritten entstanden ist. Den Namen hat die Klage daher erhalten, weil die Schiffseheder *exercitores* heißen, ohne Unterschied, ob sie Eigenthümer des Schiffes oder bloß Pächter desselben sind. Die Voraussetzungen, unter welchen die Klage gegen den Schiffseheder stattfindet, sind folgende: a) daß der Kläger mit dem Schiffscapitän wirklich contrahirt habe³⁾, b) daß dieser Contract gerade die Branche von Geschäften betreffe, welche dem Schiffscapitän ausdrücklich vom Schiffseheder zur Beforgung überwiesen worden ist⁴⁾. Eine solche ausdrückliche Ueberweisung bezeichnet das römische Recht mit dem Namen *praepositio*⁵⁾. Die Wirkung der Klage ist die, daß der Schiffseheder auf den ganzen Betrag dessen verurtheilt wird, wozu der *magister navis* im Auftrage desselben sich verbindlich gemacht hat. Sind mehrere Schiffseheder vorhanden, welche zusammen den Capitän ernannt haben, so kann jeder Einzelne von dem Kläger auf Bezahlung des Ganzen belangt werden⁶⁾. Dieß deshalb, damit der Dritte nicht die Unannehmlichkeit habe, mehrere Personen nach einander verklagen zu müssen⁷⁾. Doch steht es natürlich dem, welcher das Ganze für sich und seinen Collegen hat zahlen müssen, frei, den Letzteren mit der *actio pro socio* oder *communis dividundo* in Anspruch zu nehmen⁸⁾. Zwar gestatten manche Juristen in diesem Falle dem einen Schiffseheder die Einrede der Theilung (*beneficium divisionis*)⁹⁾. Allein diese Ansicht hat keine Stelle des römisch-Justinianischen Gesetzbuches für sich, und wird zum Ueberflusse noch durch die oben angegebenen Stellen widerlegt. Für Darlehne, welche der Capitän aufgenommen hat, haftete der Schiffseheder nur dann, wenn der Erstere bei Aufnahme derselben ausdrücklich erklärt hat, es geschehe dieß, um die Kosten für die Unterhaltung des Schiffes und der Schiffsmannschaft zu bestreiten¹⁰⁾. Dann aber ist der Schiffseheder auch sofort zur Zurückzahlung des Ganzen verbindlich, selbst wenn das geliehene Geld nicht zu diesem Zwecke vom Capitän verwendet worden ist. Denn er mag es sich selbst zuschreiben, wenn er einen unehelichen Mann zum Capitän bestellt hat. Die *exercitoria actio* stammt aus dem prätorischen

1) L. 1. §. 2. D. de exercitoria actione. (14. 1.) Theoph. paraphr. IV. 7. §. 2. tom. II. p. 839.

2) L. 1. §. 15. D. 14. 1.

3) L. 1. §. 2. D. 14. 1.

4) L. 1. §. 7. D. *ibid.*

5) L. 1. §. 12. D. *ibid.*

6) L. 1. §. 25. D. 14. 1.

7) L. 1. D. 14. 1.

8) L. 14. D. de institoria actione. (14. 2.)

9) Glü c, Erläuterungen der Pandecten Theil 14. S. 190 f.

10) L. 1. §. 8. u. 9. D. 14. 1. L. 7. D. *ibid.*

Delict, und ist ihrer Natur nach eine *actio adiecticiae qualitatis*. Besondere Bemerkungen. 1) Der Schiffsrheder ist verbindlich den Passagieren allen Schaden zu ersetzen, welchen dieselben aus einem von der Schiffsmannschaft begangenen Delict erleiden. Die Klage auf Schadenersatz, die dem Passagiere deshalb zusteht, ist nicht die *exercitoria actio*, sondern die *actio de recepto*¹¹⁾. 2) Es steht in der Willkür des Dritten, welcher mit dem Capitän contrahirt hat, ob er die Contractsklage gegen diesen, oder die *exercitoria* gegen den Schiffsrheder anstellen will¹²⁾. 3) Der Schiffsrheder erwirbt aus dem Geschäfte, das der Capitän für ihn mit einem Dritten abgeschlossen hat, keine Klage gegen den Dritten¹³⁾, sondern er muß, wenn er zu seinem Rechte kommen will, mit der *locati* oder *mandati actio* den Capitän zur Cession seiner Klage zwingen, je nachdem der Letztere für Geld oder umsonst seinen Dienst verrichtet. Nur ausnahmsweise ertheilten die *praefecti annonae* und die Statthalter der Provinzen den Schiffsrhedern auch ohne Cession eine Klage gegen die Dritten, welche mit dem Capitän contrahirt haben¹⁴⁾. Im heutigen Rechte bedarf er nie einer Cession, sondern der Schiffsrheder erwirbt von selbst die *actio utilis* aus dem von dem Capitän abgeschlossenen Contracte¹⁵⁾.

Actio finium regundorum (Grenzscheidungsklage) ist diejenige persönliche Klage¹⁾, womit der, welcher ein dingliches Recht an einem Grundstücke hat, seinen Grenz Nachbar zwingt, die verwirrten Grenzen des anliegenden Grundstückes genau bestimmen zu lassen. Der Zweck der Klage ist die Berichtigung der verwirrten Grenzen des Grundstückes, und Schadenersatz für verursachte Störungen²⁾. Denn *fines regere* heißt soviel, als die Grenzen eines jeden Acker bestimmen. Die Erfordernisse der Klage sind folgende: a) die Grundstücke, deren Begrenzung verlangt wird, müssen Landgrundstücke (*praedia rustica*) sein³⁾; b) die Grundstücke müssen zusammenliegen und einander begrenzen (*confinia praedia*)⁴⁾. Deshalb fällt die Klage weg, wenn ein öffentlicher Weg oder ein öffentlicher Fluß die Grenze bildet. c) Die Grundstücke, deren Begrenzung verlangt wird, müssen schon vor der Anstellung der Klage auf natürliche Weise getheilt worden sein. Denn wenn die Grundstücke, deren Begrenzung verlangt wird, nur intellectuell zwischen dem Kläger und dem Beklagten getheilt waren, so kann die Grenzscheidungsklage nicht stattfinden⁵⁾. d) Die Grenzen der Grundstücke müssen auf irgend eine Weise unsicher geworden sein. Inerst

11) L. 1. §. 2. D. 14. 1.

12) L. 1. §. 17. D. 14. 1.

13) L. 1. §. 18. D. 14. 1.

14) L. 1. §. 18. D. 14. 1.

15) Glück a. a. D. S. 198.

1) L. 1. D. finium regundorum. (10. 1.)

2) §. 6. J. de officio iudicis. (4. 17.) L. 2. §. 1. D. 10. 1.

3) L. 4. §. 10. D. 10. 1.

4) L. 4. §. 10. u. 11. D. 10. 1. L. 5. D. ibid.

5) L. 4. §. 7. D. 10. 1.

wurde diese Klage wohl nur den Eigenthümern der Grundstücke zugestanden⁶⁾; späterhin ertheilte man sie auch Jedem, der ein dingliches Recht am Grundstücke hat, was ihn zum Besitze desselben berechtigt⁷⁾. Der Richter wird angewiesen, bei Entscheidung des Prozesses zuerst auf die vom Staate angefertigten Verzeichnisse der Grenzfluren (tabulae censuales) zu sehen⁸⁾, wenn nur nicht nachgewiesen werden kann, daß die in denselben angegebene Begrenzung durch die Willkür der Besitzer verändert worden sei. Deshalb wird es sogar dem Richter zur Pflicht gemacht, Feldmesser (agrimensores) mit der Besichtigung und Ausmessung der fraglichen Grundstücke zu beauftragen, und nach ihrem Gutachten den Prozeß zu entscheiden⁹⁾. Können aber die ursprünglichen Grenzen nicht ausgemacht werden, oder hält es der Richter für zweckmäßig, neue Grenzen eigenmächtig zu bestimmen¹⁰⁾, so ist es demselben erlaubt, durch Adjudication eines Landstückes an die eine von den Parteien, die Grenzen der Grundstücke zu bestimmen¹¹⁾. Im Falle der Adjudication wird die Partei, welche durch dieselbe gewinnt, verurtheilt, die andere Partei, welche dadurch verliert, in Geld zu entschädigen¹²⁾; zugleich wird das id, quod interest, berücksichtigt¹³⁾, namentlich in dem Falle, wenn die eine von den Parteien die Grenzen absichtlich verrückt oder die Grenzzeichen vernichtet hat¹⁴⁾; auch der Ungehorsam der Partei, welche den vom Richter abgeordneten Feldmesser gehindert hat, die Ausmessung der Grundstücke zu vollführen¹⁵⁾, wird in der Verurtheilung berücksichtigt; endlich werden darin alle Früchte, welche von der litis contestatio an gezogen worden sind, in der Verurtheilung zu Gelde angeschlagen¹⁶⁾. Früchte, welche vor der litis contestatio gezogen worden sind, werden nach den allgemeinen Regeln, welche von dem Fruchtwerke gelten, beurtheilt¹⁷⁾. Die actio finium regundorum gehört zu den iudicia duplicia. Mithin hat jede von den Parteien eine doppelte Rolle zu vertreten, nämlich die des Klägers und die des Beklagten¹⁸⁾. Formell gilt indeß der als Kläger, welcher den Prozeß durch seinen Antrag veranlaßt hat¹⁹⁾. Im Falle beide Parteien zugleich darauf angetragen haben, entscheidet unter ihnen das Loos²⁰⁾. Wenn die Klage mit einem Be-

6) L. 1. D. licet pro vindicatione rei sit. (10. 1.)

7) L. 4. §. 9. D. 10. 1.

8) L. 11. D. 10. 1.

9) L. 8. §. 1. D. 10. 1.

10) L. 2. §. 1. D. 10. 1.

11) L. 2. §. 1. D. 10. 1. L. 4. §. 5. D. ibid. §. 6. J. 4. 17.

12) L. 2. §. 1. D. 10. 1. §. 6. J. 4. 17.

13) L. 4. §. 1. D. 10. 1.

14) §. 6. J. 4. 17.

15) §. 6. J. 4. 17.

16) L. 4. §. 2. D. 10. 1.

17) L. 4. §. 3. D. 10. 1.

18) L. 10. D. 10. 1. L. 37. §. 1. D. de obligationibus et actionibus.

(44. 7.)

19) L. 13. D. de iudiciis. (5. 1.)

20) L. 14. D. 5. 1.

sichprozesse concurrirt, so soll der letzte Prozeß zuerst entschieden werden, und dann erst wird das Urtheil in der actio finium regundorum gefällt²¹⁾. Im älteren Rechte wurde der Grenzrain durch einen Landstrich von 5 Fuß Breite bezeichnet, welcher wohl dem Deus Terminus geweiht, und deshalb der Verjährung entzogen war²²⁾. Im Justinianischen Rechte findet sich keine Spur davon mehr vor, und es ist wohl richtiger anzunehmen, daß dieß durch Gewohnheitsrecht abgekommen, als nach der gewöhnlichen Meinung zu behaupten, daß es durch L. 5. Cod. 3. 39. abgeschafft worden sei.

Actio in factum adversus agrimensores oder: si agrimensor falsum modum renuntiavit, heißt die persönliche Klage, womit der Feldmesser, welcher mit der Ausmessung eines fremden Grundstückes beauftragt ist, auf Schadenersatz belangt werden kann, wenn er dolo malo oder culpa lata eine falsche Ausmessung vorgenommen hat¹⁾. Wegen einer culpa levis kann er nicht verklagt werden. Es ist eine aus dem prätorischen Edikte stammende in factum actio²⁾, welche dem, welcher durch die falsche Ausmessung in Schaden gekommen ist, nur dann zusteht, wenn er keine andere Klage hat, um sich Schadenersatz zu verschaffen³⁾. Sie ist wohl eine Prætoriklage, da sie nicht passiv auf die Erben übergeht⁴⁾, und nach dem Zeugnisse der Griechen auf doppelten Schadenersatz angestellt wird⁵⁾, obgleich in den Justinianischen Pandecten nur von dem einfachen Schadenersatz die Rede zu sein scheint. Der Kläger ist ein Jeder, welcher durch das Urtheil des Feldmessers in Schaden gekommen ist, oder dessen Erbe⁶⁾. Dabei ist es gleichgiltig, ob der Feldmesser einen Lohn empfangen hat oder nicht. Denn dieß änderte die Natur der Klage nicht ab⁷⁾. Die Klage ist wohl deshalb eingeführt worden, weil es nach dem ius civile an Rechtsmitteln fehlte, um den Feldmesser zum Schadenersatz zu zwingen. Denn eines Theiles konnte die actio conducti gegen den Feldmesser schon deshalb nicht angestellt werden, weil die Dienste der Feldmesser nach der übereinstimmenden Meinung der veteres nicht Gegenstand eines Miethcontractes sein konnten, anderen Theiles reichte auch die Mandatsklage gegen den Feldmesser nicht aus. Ihrer Dauer nach ist diese in factum actio eine actio perpetua⁸⁾, und steht, wenn zwei Feldmesser mit der Ausmessung beauftragt waren, gegen einen Jeden von ihnen in solidum zu⁹⁾. Hat derjenige, welcher den Auftrag zur Ausmessung des Grund-

21) L. 3. C. 3. 39.

22) Isidori origines 5. 25. Frontinus de limitibus agrorum ed. p. 39. Goes.

1) L. 1. §. 1. D. si mensor falsum modum dixerit. (11. 6.)

2) L. 1. pr. D. 11. 6.

3) L. 3. §. 2. D. 11. 6. L. 3. §. 3. D. ibid. L. 5. §. 1. D. 11. 6.

4) L. 3. §. 5. D. (11. 6.)

5) Basil. ed. Fabr. tom. 7. p. 235.

6) L. 3. §. 5. 11. 6.

7) L. 1. pr. D. 11. 6.

8) L. 4. D. 11. 6.

9) L. 5. pr. D. 11. 6.

stückes erhalten hat, die Ausmessung nicht in eigener Person vorgenommen, sondern durch einen Andern vornehmen lassen, so muß er denselben vollständig vertreten, weil er gerade dadurch, daß er sich einer wenig zuverlässigen Person anvertraute, sich eines Verfehens schuldig gemacht hat ¹⁰). Die Klage ist schon nach dem römischen Rechte auf die Calculatoren ausgedehnt worden, welche bei der Berechnung von Summen sich einen Rechnungsfehler haben zu Schulden kommen lassen ¹¹), in gleichen auf die Architekten, welche bei der Ausmessung von Gebäuden in ähnlicher Weise gefehlt haben ¹²).

Actio institoria (richtiger *institoria actio*), heißt die prätorische Klage, womit derjenige, welcher mit dem Factor oder Procuristen einer Handlung (*institor*) ein Geschäft abgeschlossen hat, den Principal zwingt, daß er das vollständig bezahle, wozu der Procurist sich im Namen der Handlung verbindlich gemacht hat ¹). Denn da der Vortheil aus den vom Procuristen abgeschlossenen Contracten dem Principal zu Gute kommt, so hat der Prätor es für billig gehalten, daß der Principal aus den Contracten des Procuristen den Dritten, die mit demselben contractirt haben, verbindlich werde ²). Die *actio institoria* hat ihren Namen von den *institores* erhalten, worunter man nicht allein die Procuristen, sondern auch die Hausirer zu verstehen hat ³). Die Voraussetzungen, unter welchen sie stattfindet, sind folgende: 1) daß der Dritte mit dem Institor ein Geschäft abgeschlossen habe, wodurch der Letztere verbindlich wird; 2) daß das Geschäft die Branche betreffe, deren Besorgung dem Institor vom Principal übertragen worden ist ⁴). Die Klage ist ihrer Natur nach eine *actio adiecticiae qualitatis*, und stand früherhin nur aus erlaubten Geschäften des Institor zu; späterhin wurde sie aber auch aus Delicten gestattet, welche der Erstere bei Verwaltung seines Amtes sich hatte zu Schulden kommen lassen ⁵). Diese ausgedehnte Klage heißt in der Kunstsprache *quasi institoria actio*. Aus Darlehen, welche der Institor aufgenommen hat, wurde die *actio institoria* nur dann dem Gläubiger gestattet, wenn der Principal dem Procuristen dies erlaubt, wenigstens es ihm nicht ausdrücklich untersagt ⁶), und der Gläubiger das Geld unter der Bedingung vorgeschossen hat, daß es zu den Handlungszwecken verwendet werde ⁷); Beides muß im Zweifel der Gläubiger erweisen ⁸). Doch ist es gleichgiltig, ob der Procurist das Darlehn zum Nutzen der

10) L. 1. §. 2. D. 11. 6. L. 2. §. 1. D. *ibid.*

11) L. 7. §. 4. D. 11. 6.

12) L. 7. §. 3. D. *ibid.*

1) L. 1. D. de *institoria actione*. (14. 3.) §. 2. J. quod cum eo. (4. 7.)

2) L. 1. D. 14. 3.

3) L. 4. D. 14. 3. L. 18. D. *ibid.*

4) L. 5. §. 11. u. 12. D. 14. 3.

5) L. 5. §. 8. D. 14. 3.

6) L. 1. C. de *institoria actione*. (14. 25.) L. 5. §. 13. D. 14. 3.

7) L. 5. §. 13. D. (14. 3.) L. 13. pr. D. *ibid.*

8) L. 1. C. 4. 25. L. 13. pr. D. 14. 3. L. 7. §. 2. D. de *exercitoria*

actione. (14. 1.)

Handlung wirklich verwendet hat, oder nicht ⁹⁾, da es der Principal sich selbst zuschreiben muß, wenn er einen unehrlichen Mann der Handlung vorgefetzt hat. Im Falle mehrere Principale vorhanden sind, so kann ein Jeder von ihnen auf das Ganze von dem, welcher mit dem institor contrahirt hat, verklagt werden ¹⁰⁾. Doch steht es demjenigen, welcher das Ganze hat zahlen müssen; frei, mit der actio pro socio oder communi dividundo seinen Regress an den Compagnon zu nehmen. Streitig ist es, ob auch der Principal aus den von dem Procuristen mit Dritten abgeschlossenen Contracten gegen die Letzteren sofort klagen könne. Das römische Recht läßt die Klage des Principals nur dann zu, wenn er auf keine andere Weise zu seinem Gelde kommen kann ¹¹⁾. Vorausgesetzt indeß, daß der Contract vom Procuristen im Namen der Handlung, der er vorsteht, abgeschlossen worden ist. Die heutige Praxis läßt indeß die actio utilis auch ohne die zuerst genannte Beschränkung zu ¹²⁾.

Actio interrogatoria (besser interrog. actio) ¹⁾ heißt im römischen Rechte jede Klage, in welcher das, was der Beklagte auf die vorhergehende Frage des Prätor oder des Klägers ²⁾ an ihn, demselben in iure geantwortet hat, als formelle Wahrheit vorausgesetzt, und auf diesen Grund hin eine Beurtheilung des Beklagten ausgewirkt wird. Diese Klage beruht auf einem besonderen Edict des Prätor ³⁾, und setzt, wenn sie mit Erfolg angestellt werden sollen, folgende Erfordernisse voraus: 1) daß der, welcher die Frage an den Beklagten gerichtet hat, befugt gewesen sei, dem Beklagten die Frage vorzutragen. Zuerst wurde dieß Recht dem Kläger in den persönlichen Klagen, welche auf ein certum gerichtet sind, zugestanden, um zu erfahren, ob und zu welchem Theile der Beklagte wirklich Erbe des Schuldners geworden sei ⁴⁾. Dieß war deshalb eingeführt, um dem Kläger den Beweis der legitimatio ad causam passivam zu erleichtern, und demselben ein Mittel an die Hand zu geben, die plus petitio zu vermeiden. Späterhin dehnte man diese Befugniß des Klägers auf die Erforschung des Alters des Beklagten aus ⁵⁾; in den dinglichen Klagen erlaubte man die Frage, ob der Beklagte Besitzer des Streitobjectes sei ⁶⁾; endlich gestattete man auch in den Moralklagen die Frage, ob das Thier oder der Slave, welcher dem Kläger den Schaden zugefügt hat, im Eigenthume des Beklagten sich befinde ⁷⁾.

9) L. 7. §. 2. D. 14. 1.

10) L. 13. §. 2. D. 14. 3. L. 14. D. ibid.

11) L. 1. u. 2. D. 14. 3.

12) Glück, Erläuterung der Pandecten Theil 14. S. 266.

1) D. de interrogationibus in iure faciendis. (11. 1.) L. 1. §. 1. D. ibidem.

2) L. 9. §. 1. D. 11. 1.

3) Fr. 4. D. 11. 1. Fr. 11. §. 5. D. ibid.

4) L. 1. pr. D. 11. 1. Fr. 2. u. 3. D. ibid.

5) L. 11. pr. D. 11. 1.

6) L. 10. D. 11. 1. L. 20. §. 1. u. 2. D. ibid.

7) L. 7. u. 8. D. 11. 1.

Ueberhaupt scheint jede Frage erst, nachdem der Prator sein Gutachten darüber abgegeben hatte⁸⁾, zulässig gewesen zu sein, und man hielt dabei immer die Regel fest, daß nur solche Fragen vorgelegt werden dürften, die in Bezug auf den vorliegenden Prozeß von Bedeutung waren⁹⁾; 2) daß die Frage in iure, d. h. vor dem Prator oder jedem anderen magistratus, welcher die iurisdictio hatte, vorgelegt worden sei¹⁰⁾. Antwortete der Beklagte ohne vorhergehende Frage, so wurde dieß so angesehen, als ob er vorher gefragt worden wäre¹¹⁾; 3) daß die Antwort auf die Frage wirklich erfolgt sei. Denn wenn der Beklagte schwieg, läugnete oder zweideutig antwortete, so wurde er als contumax behandelt, und die gegen ihn anzustellende Klage auf das Ganze (in solidum) gestattet¹²⁾. 4) Daß der Beklagte die Antwort in eigener Person abgegeben habe¹³⁾. — Daß diese Erfordernisse wirklich vorhanden seien, hatte der Kläger im Zweifel zu beweisen¹⁴⁾. Die Wirkung der vom Beklagten auf die Anfrage gegebenen Antwort ist die, daß sie zum Nachtheile desselben als formelle Wahrheit angesehen und demnach ausgelegt wird¹⁵⁾, und dieß deshalb, weil man annimmt, er habe sich durch die Antwort, gleichwie aus einem Contracte, verpflichtet. Doch beschränkt sich natürlich diese Wirkung nur auf den Beklagten und dessen Erben; auf die Verhältnisse der successores singulares kann sie keinen Einfluß haben. Ist die Antwort erfolgt, so kann sie nur aus einem gerechten Grunde zurückgenommen werden¹⁷⁾. Es versteht sich indeß, daß physisch und juristisch unmögliche Antworten schon von selbst für wirkungslos erachtet werden müssen¹⁸⁾. Manche neuere Juristen halten die interrogatoriae actiones für actiones adiecticiae qualitatis. Schon lange vor Justinian sind sie ganz außer Gebrauch gekommen, wie Callistratus in einer Pandectenstelle¹⁹⁾, bezeugt. Doch ist darüber Streit entstanden, ob dieß Zeugniß des Callistratus ächt, oder erst von den Pandectencompilatoren verändert worden sei. Für jene Meinung entscheidet sich Glück²⁰⁾, für diese Zimmermann²¹⁾. Demungeachtet sind die materiellen Grundsätze, welche das prätorische Edict über die interrogationes in iure und deren juristische Wirkungen aufgestellt hat, auch noch in den Justinianischen Rechtsquellen als geltendes Recht vorgetragen.

Actio oneris aversi (besser oneris aversi actio), heißt die persönliche Klage gegen den Schiffer, welchem der Transport einer frem-

8) L. 9. §. 6. D. 11. 1. L. 21. D. ibid.

9) L. 9. §. 7. D. 11. 1.

10) L. 2. §. 1. D. 11. 1.

11) L. 9. pr. D. 11. 1.

12) L. 11. §. 3. 4. u. 7. D. 11. 1.

14) L. 9. §. 3. D. 11. 1. L. 4. pr. L. 11. §. 9. D. ibid.

14) L. 18. §. 2. D. de probationibus. (22. 3.)

15) L. 6. §. 1. D. 11. 1. L. 11. §. 1. u. 2. D. ibid.

16) L. 11. §. 9. D. 11. 1.

17) L. 11. §. 8. 10. 11. D. 11. 1. L. 12. pr. D. ibid.

18) L. 13. 16. D. 11. 1.

19) L. 1. §. 1. D. 11. 1.

20) Pandectencommentar Theil 11. S. 255—288.

21) Römischer Prozeß S. 379.

den Sache anvertraut worden ist, womit derselbe zum Schadenersatz gezwungen wird, wenn er die fremde Sache unterschlagen hat. Sie kommt nur einmal in Justinian's Pandecten vor *), und zwar an einer Stelle, wo ihre Statthaftigkeit bei der locatio conductio irregularis geläugnet wird, weil die vom Schiffer unterschlagene Sache sein Eigenthum geworden sei. Im späteren Rechte ist sie unnütz geworden, seitdem man die Diebstahlsklagen auf diesen Fall angewendet hat.

Actio Paulliana ist der allgemeine Name für solche prätorische Klagen, welche eingeführt sind, um die Gläubiger gegen den Schaden sicher zu stellen, welchen sie aus den dolosen Handlungen ihres insolventen Schuldners zu fürchten haben ¹⁾. Die einzelnen zu diesem Zwecke eingeführten Klagen sind: 1) eine in factum actio, deren Erfordernisse folgende sind: a) daß das Geschäft, welches der insolvente Schuldner mit Dritten abgeschlossen hat, ein neues Geschäft sei ²⁾; daher leidet die Klage auf Zahlungen, welche der insolvente Schuldner in Folge eines schon früher abgeschlossenen Geschäftes gemacht hat, keine Anwendung ³⁾; b) daß das mit dem Dritten abgeschlossene Geschäft eine Uebertragung des Eigenthumes oder eines anderen Rechtes an den Dritten oder wenigstens eine Entäußerung eines solchen Rechtes von Seiten des insolventen Schuldners zu Gunsten eines Dritten enthalte ⁴⁾; c) daß der Schuldner entweder schon insolvent sei, oder wenigstens durch den Abschluß des Geschäftes insolvent werde ⁵⁾; d) daß der Schuldner die Absicht habe, durch den Abschluß des Geschäftes seine Gläubiger in ihren Rechten zu verkürzen. Die Klage erstreckt sich nach zwei Seiten hin. Denn sie kann gegen den Schuldner, welcher das Geschäft abgeschlossen hat, auf Restitution des ganzen aus dem Geschäfte gezogenen Gewinnes angestellt werden ⁶⁾; eine Verbindlichkeit, welche ihn gleichsam zur Strafe für seine dolose Handlung trifft, und ihm selbst dann obliegt, wenn ihm sein ganzes Vermögen durch die bonorum venditio entrisfen worden. Gegen den Dritten aber, welcher das Geschäft mit dem insolventen Schuldner abgeschlossen hat, geht diese Klage auf Wiederumstoßung des Geschäftes (revocatur negotium, rescinditur) ⁷⁾, und Restitution alles dessen, was er aus dem Geschäfte empfangen hat; bei der Veräußerung von Sachen also auf Rückgabe der Sache an die Concurssmasse; bei der Eingehung einer Obligation auf Quittirung derselben. Vorausgesetzt indessen, daß der Dritte, gegen welchen die Klage angestellt wird, doli conscius war,

*) L. 31. D. locati conducti. (19. 2.)

1) L. 38. §. 4. D. de (usuris.) 22. 1. Theophil. paraphr. 4. 6. §. 6. tom. 2. p. 794.

2) L. 6. §. 6. D. quae in fraudem creditorum. (42. 8.)

3) L. 6. §. 7. D. 42. 8. L. 10. §. 6. D. ibidem. L. 25. §. 1. D. ibidem.

4) L. 1. §. 1. u. 2. D. 42. 8. L. 26. D. ibidem.

5) L. 17. §. 1. D. 42. 8. L. 10. D. qui et a quibus manumissi. (40. 8.)

6) L. 1. pr. D. 42. 8. L. 25. §. 7. D. ibidem.

7) L. 10. §. 11. D. 42. 8. L. 10. §. 22. D. ibidem. Vgl. Schröder in Einde's Zeitschrift für Civiltrecht und Prozeß. Bd. 6. S. 133.

d. h. darum wußte, daß der Concurschuldner insolvent war, und die Absicht hatte, durch den Abschluß des Geschäftes seine Gläubiger zu verkürzen⁸⁾; ein Erforderniß, welches nur dann wegfällt, wenn das vom Concurschuldner mit dem Dritten abgeschlossene Geschäft eine Schenkung war⁹⁾. Ihrer Natur nach ist diese Klage nur eine persönliche; mithin geht sie gegen dritte Besitzer der Sachen des Concurschuldners nur dann, wenn sie die vom insolventen Schuldner veräußerten Vermögensstücke vom ersten Erwerber derselben mala fide an sich gebracht haben¹⁰⁾. Der Kläger ist gewöhnlich der durch das Geschäft in Schaden kommende Gläubiger, oder, wenn Concurs zum Vermögen des Schuldners eröffnet worden ist, der curator bonorum¹¹⁾. Die Klage geht activ und passiv auf die Erben über; activ ohne Beschränkung¹²⁾, passiv nur in so weit, als die Erben des Beklagten durch die Veräußerung bereichert worden sind¹³⁾. Die Dauer der Klage beschränkt sich auf ein einziges Jahr, welches nach den Grundsätzen, welche vom annus utilis gelten, berechnet wird¹⁴⁾. Der Anfangspunct dieses Zeitraumes wird von der bonorum venditio des Gemeinschuldners an berechnet¹⁵⁾. II) Eine rei vindicatio rescissoria gegen Jeden, welcher eine Sache vom Gemeinschuldner durch Tradition empfangen hat, wenn der letztere diese Uebergabe in der Absicht, seine Gläubiger zu verkürzen, vorgenommen hat¹⁶⁾. Die Klage war ihrer formula nach wohl eine actio fictitia, d. h. sie enthält die Fiction in sich, daß die Tradition nicht geschehen sei¹⁷⁾, und ging auf unbedingte Restitution der Sache sammt ihrem Zubehör. Die materiellen Bedingungen dieser Klage wurden wohl nach den Regeln der in factum actio beurtheilt; auch scheint die Verjährungsfrist dieselbe gewesen zu sein. III) Interdictum fraudatorium. Siehe Artik. interdicta.

Actio petitoria, petitorische Klage im Gegensatz der possessori- schen Klage (possessoria actio) heißt bei den neueren Rechtsge- lehrten jede Klage, in welcher über das Recht, nicht über den Besitz gestritten wird. Der Ausdruck petitoria actio ist den röm. Rechts- quellen nicht fremd, und bezeichnet die Eigenthumsklage im Gegensatz der Interdicta¹⁾. Wahrscheinlich hat aber dieser Ausdruck keine Be- ziehung auf die Natur der Klage, da er von der alten rei vindicatio per

8) L. 1. pr. D. 42. 8. L. 6. §. 8. L. 10. pr. D. ibidem, L. 10. §. 2—4. D. ibidem. Vgl. Frank im Archiv für civilistische Praxis. Bd. 16. S. 126.

9) L. 6. §. 11. D. 42. 8.

10) L. 9. D. 42. 8.

11) L. 1. pr. D. 42. 8.

12) L. 10. §. 25. D. 42. 8.

13) L. 10. §. 25. D. 42. 8. L. 11. D. ibidem.

14) L. 6. §. 14. D. 42. 8.

15) L. 6. §. 14. D. 42. 8. L. 10. §. 19. D. ibidem.

16) §. 6. J. 4. 6., Theoph. par. 4. 6. §. 6. p. 794. fr. 7. D. 42. 8.

17) Schrader zu Justinians Institutionen S. 641.

1) L. 4. J. de interdictis. (4. 15.) L. 36. pr. D. de rei vindicatione.

formulam petitoriam entlehnt zu sein scheint²⁾. Possessorische Klagen (possessoriae actiones) heißen bei den Neueren die Klagen, welche zum Schutze eines rechtlich erworbenen Besizes eingeführt sind. Dem röm. Rechte ist diese Bedeutung ganz fremd, denn es versteht unter possessoriae actiones nur solche Klagen, welche im bonorum possessor zum Schutze seines prätorischen Erbrechtes erteilt werden³⁾.

Actio praeparatoria (präparatorische, vorbereitende Klage) heißt jede Klage, welche deshalb angestellt wird, um eine andere gewisse Hauptklage zu begründen, welche entweder anders gar nicht Statt hat, oder wenigstens nicht sicher und mit Nutzen angestellt werden kann, als, wenn zuvor die vorbereitende Klage angestellt worden ist. So ist z. B. die actio ad exhibendum in Bezug auf die nachfolgende Eigenthumsklage (in rem actio) eine präparatorische Klage, wenn der Kläger sich durch die Anstellung der ersteren davon überzeugen will, ob die Sache, welche der Beklagte besitzt, mit der, welche er vindiciren will, identisch sei oder nicht⁴⁾.

Actio Publiciana kommt im römischen Rechte in zwei verschiedenen Beziehungen vor. A) Publiciana in rem actio (Dig. 6. 2.) heißt eine vom Prätor Publianus eingeführte in rem actio, womit derjenige, welcher eine Sache ex iusta causa durch Tradition von einem Nichteigenthümer empfangen hat, die Sache von Jedem, welcher ein minderes Recht daran hat, vindicirt¹⁾. Erfordernisse dieser Klage sind: 1) daß der Kläger die Sache ex iusta causa empfangen habe. Unter iusta causa ist hier jeder Grund zu verstehen, aus welchem der Empfänger das Eigenthum erworben haben würde, wenn die übrigen Erfordernisse, die zum Eigenthümerwerb nothwendig sind, vorhanden gewesen wären²⁾; 2) daß der Kläger die Sache durch Uebergabe (traditio) empfangen habe³⁾. Darauf aber, ob der, welcher die Uebergabe vorgenommen hat, der Eigenthümer der übergebenen Sache war oder nicht, kommt gar nichts an. Denn obschon das Edict den non dominus ausdrücklich erwähnt, so ist dieß doch offenbar nur deshalb geschehen, um anzuzeigen, daß die Klage auch in diesem Falle gestattet werde. Ist die Sache Mehreren nach einander von demselben Nichteigenthümer verkauft und übergeben worden, so entscheidet man sich im Zweifel für den, welcher die Sache zuerst durch Tradition empfangen hat⁴⁾. Ist sie aber mehreren nach einander von verschiedenen Nichteigenthümern übergeben worden, so entscheidet man sich im Zweifel für den Besizer der Sache; 3) daß der Empfänger der Sache in bona fide sich befinde. Diese bona fides muß zu zwei verschiedenen Zeitpunkten vorhanden sein, nämlich erstens zur Zeit, wo das Geschäft

2) Caus. inst. IV. §. 91—93.

3) L. 4. D. de Carboniano edicto. (37. 10.)

*) L. 3. §. 1. D. ad exhibendum. (10. 4.) L. 3. §. 5. D. ibidem.

Vergl. Glück Erläuterung der Pandecten Th. 11. S. 181.

1) L. 1. pr. D. de Publiciana in rem actione. (6. 2.)

2) L. 13. pr. D. 6. 2.

3) L. 1. pr. D. 6. 2. L. 7. §. 16. D. ibidem.

4) L. 9. §. 4. D. 6. 2.

abgeschlossen worden ist, zweitens zur Zeit, wo die Uebergabe erfolgt ist ⁵⁾. Auf die bona fides des Vorgängers im Besitze wird keine Rücksicht genommen ⁶⁾. 4) Daß die übergebene Sache einer Veräußerung fähig sei. Deshalb findet die Klage bei solchen Sachen nicht Statt, deren Veräußerung durch eine lex oder durch eine constitutio verboten ist ⁷⁾; 5) daß die Sache der usucapio nicht entzogen sei ⁸⁾. Nur ausnahmsweise wurde sie auch bei agri vectigales und anderen unverjährbaren Grundstücken zugelassen ⁹⁾. 6) Daß die Person, von welcher der Empfänger seine Rechte ableitet, veräußerungsfähig gewesen sei ¹⁰⁾. Doch gilt der Empfänger schon dann für hinreichend entschuldigt, wenn er von der Veräußerungsunfähigkeit seines Vordermannes nichts wußte. 7) Daß der Empfänger den Besitz der Sache durch Zufall verloren habe ¹¹⁾. Die Klage beruht auf der juristischen Fiction, daß der, welcher iusta ex causa den Besitz der Sache erworben, und denselben, bevor er sie verjährt, verloren hat, das Eigenthum der Sache durch Erfindung erworben habe ¹²⁾. Und diese Fiction wurde mit in die Formel aufgenommen ¹³⁾. Die Wirkung ist ganz dieselbe, wie in der rei vindicatio ¹⁴⁾; auch hier gilt die ficta possessio, gerade wie bei der Eigenthumsklage. Was den Beweis in der Publiciana actio anbetrifft, so braucht der Kläger nur darzuthun, daß er die Sache iusta ex causa tradit erhalten habe, und daß der Beklagte dieselbe besitze oder wenigstens in der Lage sei, daß er als fictus possessor angesehen werden müsse. Dagegen wird er mit dem Beweise der eigenen bona fides verschont ¹⁵⁾, nach der Regel: quilibet praesumitur bonus, donec probetur contrarium. In folgenden Fällen fällt die Publiciana in rem actio weg: a) wenn der Beklagte der wahre Eigenthümer der Sache ist ¹⁶⁾; denn dieser kann die exceptio iusti dominii vorschützen, welche die römischen Rechtsquellen mit folgenden Worten bezeichnen: si ea res possessoris non sit. b) Wenn der Beklagte ebenfalls bona fide und iusta ex causa die Sache besitzt ¹⁷⁾. B) Publiciana actio heißt auch die Eigenthumsklage, welche demjenigen, welcher in Staatsangelegenheiten abwesend, oder in feindlicher Gefangenschaft befindlich gewesen ist, bei seiner Rückkehr gegen den Besitzer seiner Sache, welcher sie einstweilen verjährt hat, verstatet wird ¹⁸⁾. Die Klage beruht auf der rechtlichen Fiction,

5) L. 7. §. 17. D. 6. 2.

6) L. 7. §. 11. u. §. 15. D. 6. 2.

7) L. 12. §. 4. D. 6. 2.

8) L. 9. §. 5. D. 6. 2.

9) L. 12. §. 2. D. 6. 2.

10) L. 13. §. 2. D. 6. 2. L. §. 7. 4. D. ibidem.

11) §. 3. u. 4. J. de actionibus. (4. 6.)

12) Caius inst. 4. §. 36. §. 3. u. 4. J. 4. 6. Theoph. instit. 4.

6. §. 3. u. 4. tom. 2. p. 791. seq.

13) Caius inst. 4. §. 36.

14) L. 7. §. 8. D. 6. 2.

15) L. 30. C. de evictionibus. (8. 45.)

16) L. 17. D. 6. 2. L. 24. D. de exceptione rei iudicatae. (44. 2.)

17) L. 9. §. 4. D. 6. 2.

18) §. 3—5. J. 4. 6.

daß die Verjährung nicht vollendet worden sei¹⁹⁾, und hängt wahrscheinlich mit der in integrum restitutio ex causa absentiae zusammen²⁰⁾. Das prätorische Edict hat späterhin diese Klage auch auf den Fall ausgebehnt, wenn der Abwesende im Gerichte nicht vertreten wurde²¹⁾. In den Pandecten heißt sie öfters rescissoria actio, weil sie auf der Rescission der geschehenen usucapio beruht²²⁾. Daher nennen sie die neueren Rechtsgelehrten gewöhnlich Publiciana in rem actio rescissoria. Daß sie prätorischen Ursprunges ist, ergibt sich theils aus ihrem Namen, welcher gar nicht unverbürgt ist²³⁾, theils aus dem Zeugnisse der Justinianischen Institutionen²⁴⁾, theils endlich aus dem Zusammenhange der Klage mit der in integrum restitutio.

Actio quod iussu heißt die Klage, womit der, welcher mit einem Haussohne oder einem Slaven contrahirt hat, den Vater oder Herrn desselben, welcher zu dem von der seiner Gewalt unterworfenen Person abgeschlossenen Geschäfte seine Einwilligung gegeben hat, zwingt, den Betrag dessen, was das Object der Obligation ausmacht, zu zahlen. Die Erfordernisse der Klage sind folgende: 1) daß der Sohn oder Slave das Geschäft in eigener Person mit dem Dritten abgeschlossen habe, 2) daß das Geschäft vom Sohne oder Slaven nicht im Namen des Vaters oder Herrn abgeschlossen worden sei¹⁾; denn, wenn es im Namen des letzteren abgeschlossen worden ist, so geht die Contractsklage sofort als actio directa auf den Vater oder Herrn passiv über, und der Sohn oder Slave wird gar nicht verbindlich; 3) daß das Geschäft mit Einwilligung des Vaters oder des Herrn abgeschlossen worden sei²⁾. Ursprünglich konnte diese Einwilligung wohl nur dann zur actio quod iussu berechtigen, wenn sie dem Abschlusse des Geschäftes voranging. Späterhin reichte es schon hin, wenn der Vater oder Herr das Geschäft genehmigte³⁾. Auf die Art und Weise der Einwilligung kommt im Justinianischen Rechte nichts an, da wenigstens Eine Stelle vom Auftraggeben⁴⁾ spricht, und eine andere es schon für hinreichend erklärt, wenn der Vater den vom Sohne oder Slaven ausgestellten Schuldschein unterschrieben hat⁵⁾. Uebrigens ist es dabei ganz gleichgiltig, ob die Einwilligung des Vaters oder Herrn an

19) §. 3—5. J. 4. 6. Theoph. inst. 4. 6. §. 3—5. p. 790. L. 57. D. mandati. (17. 1.) L. 35. pr. D. de oblig. et act. (44. 7.)

20) Buchardts Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. S. 153—155.

21) §. 5. J. 4. 6. L. 1. §. 1. D. ex quibus causis maiores. (4. 6.) L. 21. pr. D. ibidem. L. 26. §. 8. D. ibidem.

22) L. 28. §. 5. u. 6. D. 4. 6. L. 35. pr. D. 44. 7.

23) Schrader zu Justinian's Institutionen. S. 639.

24) §. 3—5. J. 4. 6.

1) L. 5. pr. D. quod iussu (15. 4.) L. 4. C. quod cum eo, qui in aliena potestate est. (4. 26.)

2) L. 13. C. 4. 26. L. 1. D. 15. 4. §. 1. J. quod cum eo. (4. 7.)

3) L. 1. §. 6. D. 15. 4.

4) L. 1. §. 3. D. 15. 4.

5) L. 1. §. 4. D. ibidem.

den Sohn oder Sklaven in Person, oder an den Dritten, welcher mit einem der letzteren contrahirt hat, abgegeben worden ist ⁶⁾). Die Klage ist eine *adiecticiae qualitatis actio*, und stammt aus dem *ius honorarium* ⁷⁾). Der Zweck derselben ist der, daß der Beklagte auf den Betrag des Ganzen verurtheilt werde ⁸⁾, weil der Kläger bei dem Abschlusse des Geschäftes mehr den Credit des Herrn oder Vaters, als den des Sklaven oder Sohnes berücksichtigt hat ⁹⁾. Hat aber der Vater oder Herr nur für einen Theil des abgeschlossenen Geschäftes seine Einwilligung ertheilt, nicht aber für das ganze Geschäft, so kann er nur auf das verurtheilt werden, worauf er seine Einwilligung beschränkt hat ¹⁰⁾. Es ist sehr streitig, ob diese Klage noch heute anwendbar sei oder nicht. Die meisten Rechtsgelehrten läugnen ihre Anwendbarkeit in dem Sinne, daß die Klage als solche formell nicht mehr vorkomme, weil in allen Fällen, wo sie früher statt fand, späterhin die *condictio* d. h. eine directe gegen den Herrn oder Vater gerichtete Klage gestattet worden ist ¹¹⁾. Doch kann man recht gut diese Folgerung läugnen, und die Wahrheit des Grundes zugeben. Denn es ist nicht unerhört, daß zwei Klagen aus demselben Grunde gegen denselben Beklagten zustehen; zudem wird die *actio quod iussu* in den Pandecten, im Coder, in den Institutionen als ein geltendes Rechtsmittel bezeichnet; endlich deutet die eben angeführte Stelle der Institutionen nicht auf die Aufhebung der *actio quod iussu*, sondern auf eine Zulassung der *condictio* neben der *actio quod iussu*. Den Namen hat die *actio quod iussu* wohl aus einer Stelle des prätorischen Edictes erhalten. *Iussus* heißt in der Kunstsprache der römischen Juristen der vor dem Abschlusse des Geschäftes erklärte Wille des *paterfamilias* in Bezug auf Personen, welche seiner Gewalt unterworfen sind ¹²⁾.

Actio recepticia (besser *recepticia actio*) heißt die persönliche Klage, womit der, zu dessen Gunsten ein *argentarius* durch ein *constitutum debiti* sich verbindlich gemacht hat, die Erfüllung des Versprechens von dem letzteren erzwingt ¹⁾. Diese Klage stammt wahrscheinlich aus dem Civilrechte, beschränkt sich aber auf das *constitutum argentariorum*, ohne Unterschied, ob eine vertretbare oder nicht vertretbare Sache constituit worden ist ²⁾. Sie hat das Eigenthümliche, daß sie auch dann angestellt werden kann, wenn dem *constitutum* des *argentarius* keine Hauptverbindlichkeit zu Grunde liegt ³⁾, während das gewöhnliche *constitutum debiti* erst

6) L. 2. §. 1. D. 15. 4. L. 3. D. *ibidem* L. 5. D. *ibidem*. Vergleiche Thibaut im Archive für die civilistische Praxis. Theil 12. S. 184.

7) L. 1. D. 15. 4. L. 13. C. 4. 26.

8) L. 1. D. 15. 4. §. 1. J. 4. 7.

9) L. 1. pr. D. 15. 4. §. 1. J. 4. 7.

10) L. 3. D. 15. 4.

11) §. 8. J. 4. 7. Vergl. Thibaut a. a. D. Th. 12, S. 175—191.

12) Schrader zu Justinian's Institutionen. S. 675.

1) Theoph. inst. 4. 6. §. 8. ed. Reitz. tom. II. p. 798. L. 2. C. de *constituta pecunia*. (4. 18.)

2) Theoph. a. a. Orte S. 798.

3) L. 2. pr. C. verb: *ita tamen*. (4. 18.)

bann als klagbar sich darstellt, wenn demselben ein wahres debitum, dessen Abzahlung durch das constitutum versprochen wird, zu Grunde liegt⁴⁾. Den Namen hat sie wohl deshalb erhalten, weil man vom constituirenden argentarius den Ausdruck recipere gebraucht hat, vielleicht selbst in der Klagformel, welche nach dem Zeugnisse Justinian's aus feierlichen Worten zusammengesetzt war⁵⁾. Zu Justinian's Zeiten war sie bereits ungewöhnlich, und dieser Kaiser vollendete ihre Abschaffung, indem er die meisten Eigenthümlichkeiten derselben auf die actio constitutoria übertrug⁶⁾. Siehe d. Art. constitutum.

Actio rescissoria, auch iudicium rescissorium, ist in den römischen Rechtsquellen der allgemeine Ausdruck für solche Klagen, welche die gänzliche oder theilweise Aufhebung eines rechtlichen Geschäftes bezwecken¹⁾, oder in Folge der Aufhebung eines rechtlichen Geschäftes als utiles actiones dem, welcher sie verloren hatte, wiedergegeben werden²⁾. Man rechnet dahin: 1) die Klage, welche dem gegeben wird, welcher über das gesetzliche Maß hinaus geschenkt hat; 2) die rei vindicatio, welche den Abwesenden gegeben wird, wenn ihre Vermögensstücke in ihrer Abwesenheit von Anderen durch Verjährung erworben worden sind; 3) die Klage, welche dem Gläubiger gegen die alten Schuldner gegeben wird, deren Obligation durch die Intercession einer Frau aufgehoben worden ist. Im Restitutionsprozeß bezeichnet man mit diesem Namen Klagen, welche man durch die in integrum restitutio wieder erlangt³⁾, im Gegensatz des iudicium rescindens, womit man gewöhnlich den Restitutionsprozeß selbst bezeichnet. Dem römischen Rechte sind diese letzteren Kunstausdrücke fremd.

Actio restitutoria heißt jede Klage, welche in Folge der Aufhebung eines rechtlichen Geschäftes als utilis actio dem, welcher die directa actio verloren hat¹⁾, wiedergegeben wird. So bei der Intercession der Frauen, so bei der in integrum restitutio²⁾.

Actio Serviana kommt in den römischen Rechtsquellen in zwei ganz verschiedenen Bedeutungen vor. A) Bezeichnet sie die prätorische Klage, welche dem Verpächter eines Landgrundstückes (praedium rusticum) gestattet wird, um den Besitz der Sachen des Pächters zu erhalten, welche ihm für die Bezahlung des Pachtgeldes verpfändet worden sind¹⁾.

4) L. 11. pr. u. §. 1, D. de constituta pecunia, (13. 5.) L. 18. §. 1, u. L. 19. D. ibid. L. 2. pr. C. 4. 18.

5) L. 2. pr. C. 4. 18.

6) L. 2. pr. C. 4. 18.

1) L. 21. §. 1. D. de donationibus, (39. 5.) L. 16. C. ad SC. Velleianum, (4. 29.)

2) L. 28. §. 5. u. 6. D. ex quibus causis maiores. (4. 6.) L. 24. C. de rei vindicatione. (3. 82.) L. 18. C. de postliminio reversis. 8. 50.

3) Burghardi die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. S. 429.

1) L. 8. §. 9., 12. u. 13, 14. D. ad SC. Velleiarum (16. 1.) L. 13, ibid. L. 8. C. de SC. Velleiano. (4. 29.)

2) L. 46. §. 3. D. de procuratoribus. (3. 3.)

1) §. 7. J. de actionibus. (4. 6.)

Sie ist eine in rem actio, und wird nach den Grundsätzen der arbitrarie actiones beurtheilt ²⁾. Nach Analogie derselben ist die Pfandklage, welche actio quasi Serviana oder hypothecaria genannt wird, gebildet worden ³⁾. Den Namen hat die Serviana actio vom Prætor Servius erhalten, welcher sie eingeführt haben mag. B) Actio Serviana heißt auch die Klage, welche derjenige, welcher die Gütermasse eines Gemeinschuldners durch honorum emptio an sich gebracht hat, gegen die, welche dem Gemeinschuldner etwas herauszugeben schuldig sind, anstellt, um sie zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeit zu zwingen. Diese Klage beruht auf der juristischen Fiction, daß der honorum emptor Erbe des Gemeinschuldners sei (ficto se haerede agit) ⁴⁾, und scheint dann stattgefunden zu haben, wenn der Gemeinschuldner verstorben war. War derselbe noch am Leben, so konnte der honorum emptor die vom Prætor Publius Rutilius eingeführte, und nach ihm benannte Rutiliana actio brauchen, in welcher der honorum emptor sich für den Bevollmächtigten des Gemeinschuldners ausgab. Mithin stellte er die intentio auf die Person des letzteren, die Condemnation aber auf sich selbst ⁵⁾.

Actio servi corrupti heißt die durch den Prætor eingeführte ¹⁾ persönliche Klage, mit welcher der Eigenthümer eines Slaven den Nichteigenthümer desselben verklagt, wenn derselbe ihn zu bösen Handlungen verführt, und dieß in der Absicht gethan hat, um den Eigenthümer in Schaden zu bringen. Sie steht nur dem Eigenthümer des Slaven gegen den Nichteigenthümer zu ²⁾, und geht stets auf doppelten Ersatz alles Schadens, welchen der Kläger durch die Verführung seines Slaven erlitten hat ³⁾. Sollte der verführte Slave auch Sachen, welche seinem Herrn eigenthümlich angehören, bei seiner Flucht dieblicher Weise entwendet haben, so muß auch der dadurch verursachte Schaden doppelt ersetzt werden ⁴⁾. Auf den einfachen Schadenersatz geht diese Klage nur dann, wenn sie während des Bestehens der Ehe vom Ehemanne gegen seine Frau angestellt wird ⁵⁾. Die Klage ist eine actio perpetua, und geht activ auf die Erben über ⁶⁾, passiv aber nicht, weil sie eine Pönalklage ist. Auch, wer wissentlich einem fremden Slaven auf seiner Flucht eine Zufluchtsstätte eingeräumt hat, kann mit dieser Klage belangt werden ⁷⁾. Schon nach dem römischen Rechte ist sie auf mehrfache Weise ausgedehnt worden. Denn eines Theiles

2) §. 31. J. 4. 6.

3) Schrader zu Justinian's Institutionen S. 641., Büchel von der Natur des Pfandrechtes S. 115.

4) Caius inst. IV. §. 35.

5) Caius instit. IV. §. 35. coll. S. 86. u. f. Vergleiche Puggé im Rhein. Museum. Th. 2. S. 93.

1) L. 1. pr. D. de servo corrupto. (11. 3.)

2) L. 1. §. 1. L. 14. §. 1. D. ibidem.

3) L. 1. §. 1. L. 9. §. 2. L. 10. D. ibidem.

4) L. 10. D. ibidem.

5) L. 17. D. 11. 3.

6) L. 10. D. ibid.

7) L. 1. pr. L. 5. pr. D. ibidem.

wurde sie auch dem Usufructuar⁸⁾ als utilis actio gestattet, obschon sie dem bonae fidei possessor ganz abgesprochen wird⁹⁾, anderen Theiles kam sie auch dem Vater als utilis actio zu statten, dessen filiusfamilias von einem Anderen verführt worden¹⁰⁾. In der heutigen Praxis gestattet man sie ebenfalls dem Leibherrn wegen der Verführung seiner Leibeigenen, dem Ehemanne wegen der Verführung seiner Ehefrau, der Dienstherrschaft wegen der Verführung des Gesindes, den Militärschefs wegen der Verführung der ihnen untergebenen Soldaten, der Gerichtsherrschaft wegen der Verführung ihrer Gerichtsunterthanen¹¹⁾. Doch geht sie in allen diesen Fällen nur auf den einfachen Erfaß des zugefügten Schadens.

Actio tributoria (besser tributoria actio) heißt die Klage, womit die Handlungsgläubiger eines Haussohnes oder Slaven, welcher mit seinem peculium eine Handlung etablirt hat, den Vater oder Herrn desselben belangen, damit er das peculium, in so weit es zur Handlung verwendet worden ist, unter sie nach dem Verhältnisse ihrer Forderungen vertheile. Die Erfordernisse der Klage sind: 1) daß der Sohn oder Slave ein peculium habe. Beim Sohne wird vorausgesetzt, daß es ein peculium profecticium sei. 2) Daß es ganz oder zum Theile vom Sohne oder Slaven zum Etablissement einer Handlung verwendet worden sei¹⁾; 3) daß die Handlung vom Sohne oder oder Slaven mit Wissen und Willen des Vaters oder des Herrn betrieben worden sei²⁾; 4) daß der Kläger mit dem Inhaber der Handlung (also mit dem Sohne oder Slaven) in Bezug auf die Handlung Contracte abgeschlossen habe³⁾; 5) daß der Beklagte das peculium des Sohnes oder Slaven auf verhältnißmäßig ungleiche Weise unter die einzelnen Gläubiger der Handlung vertheilt habe⁴⁾. Das Petitorium der Klage wird darauf gestellt, daß der Beklagte den Theil des peculium, welcher zur Handlung verwendet worden ist, unter die Gläubiger des Sohnes oder Slaven verhältnißmäßig nach Procenten vertheile⁵⁾. Für den übrigen Theil des peculium ist die Klage als wirkungslos zu betrachten. Zu dem Fond der Handlung werden der Apparat und die Außenstände derselben gerechnet⁶⁾, selbst die vom Beklagten oder dem Inhaber der Handlung verheimlichten Sachen müssen sofort herausgegeben und zum Betrage der Masse geschlagen werden⁷⁾. Die Vertheilung des peculium unter die Gläubiger liegt dem Beklag

8) L. 7. §. 1. D. 11. 3.

9) L. 1. §. 1. D. ibidem.

10) L. 14. §. 1. L. 2. D. ibid. Vergl. Noodt comm. ad Pand. C. 253.

11) Vgl. Glü & Erläuterung der Pandecten. Th. 11. C. 319.

1) L. 2. D. de tributoria actione. (14. 4.) L. 5. §. 4. D. ibidem.

2) L. 1. §. 3. D. 14. 4. §. 3. J. quod cum eo. (4. 7.)

3) §. 3. J. 4. 7.

4) L. 5. §. 7. u. 12. D. 14. 4. §. 3. J. 4. 7.

5) L. 5. §. 5. u. 11. D. 14. 4.

6) L. 5. §. 12. u. 13. D. 14. 4.

7) §. 3. J. 4. 7.

ten ob, doch genießt er dabei nicht das Recht, das, was ihm der Sohn oder Slave schuldet, im Voraus von der zu vertheilenden Masse abzuziehen (*privilegium deductionis*)⁸⁾; denn in dieser Klage ist das Verhältniß aller Gläubiger der Handlung gleich⁹⁾. Doch steht es dem Beklagten frei, gleich den übrigen Gläubigern seines Sohnes oder Slaven auf verhältnißmäßige Befriedigung aus der zu vertheilenden Masse Anspruch zu machen¹⁰⁾. Bei der Auszahlung muß der Kläger Caution stellen, daß, im Falle sich noch andere Gläubiger melden sollten, er das an ihn zu viel Gezahlte zurückgeben werde¹¹⁾. Diese Klage ist nach den Ansichten der neueren Juristen eine *actio adiecticiae qualitatis*, und hat ihren Namen deshalb erhalten, weil die Vertheilung des *peculium* unter die Gläubiger der Handlung dem Beklagten erlaubt wird¹²⁾. Sie ist eine *perpetua actio*¹³⁾, und geht jedenfalls *activ* auf die Erben über. Gegen die Erben des Vaters oder Herrn kann sie aber nur insoweit angestellt werden, als dieselben reicher geworden sind¹⁴⁾. Im Falle der Sohn oder der Slave mit seinem *peculium* verschiedenartige Geschäfte, oder an verschiedenen Orten verschiedene Handlungen etablirt hat, findet unter den Handlungsgläubigern eines jeden Geschäftes eine Art von Separation statt¹⁵⁾. Denn man nimmt an, daß jeder Gläubiger mehr in Bezug auf den in jeder Handlung befindlichen Fond, als auf die Person des Inhabers der Handlung dem letzteren creditirt habe. Dagegen steht es dem, welcher Waaren in das Geschäft abgeliefert hat, noch frei, dieselben zu vindiciren¹⁶⁾, vorausgesetzt, daß sie noch in der Handlung vorhanden sind, und der Kaufpreis derselben nicht ausdrücklich vom Verkäufer derselben dem Inhaber der Handlung creditirt worden ist.

Actio universalis heißt bei den neueren Rechtsgelehrten jede Klage, deren *Petitum* auf die Anerkennung eines Rechtes auf eine *universitas* gerichtet ist. Das römische Recht bezeichnet solche Klagen mit dem Ausdrucke: *actiones, quae de universitate propositae sunt*¹⁾, und setzt sie den *speciales in rem actiones* entgegen, d. h. solchen, deren *Object* nur eine einzelne individuelle Sache ist. Zu den *universales actiones* rechnet man die *hereditatis petitio*, die *querela inofficiosi*, und das *interdictum quorum bonorum*²⁾.

Actio vectigalis (*better vectigalis actio*) heißt die dem Pächter eines *praedium vectigale* zustehende dingliche Klage, mit welcher er

8) L. 7. §. 1. D. 11. 3.

8) L. 12. D. 14. 4.

9) L. 6. D. 14. 4.

10) §. 3. J. 4. 7.

11) L. 5. §. 19. D. 14. 4.

12) §. 3. J. 4. 7.

13) L. 7. §. 5. D. 14. 4.

14) L. 7. §. 5. D. 14. 4.

15) L. 5. §. 15. u. 16. D. 14. 4.

16) L. 5. §. 18. D. 14. 4., §. 41. J. de rerum divisione. (2. 1.)

1) L. 1. pr. D. de rei vindicatione. (6. 1.)

2) L. 1. §. 1. D. quorum bonorum. (43. 2.)

die Restitution desselben von einem jeglichen Besitzer desselben verlangt¹⁾. Sie steht demselben nicht allein gegen dritte Personen, sondern selbst gegen die Stadt zu, von welcher er den Acker zum Erbpachte empfangen hat²⁾; gegen die letztere indes nur unter der Voraussetzung, daß der Pächter den jährlichen Pachtzins (vectigal) richtig abführe. Praedia vectigalia, auch agri vectigales genannt, heißen solche, Municipien und Colonien eigenthümlich zugehörnde Grundstücke, welche für einen jährlichen Pachtzins dem Pächter und dessen Erben auf immer oder auf eine bestimmte Anzahl von Jahren zur Benutzung überlassen werden³⁾. Die jährliche Pachtabgabe heißt in der Kunstsprache vectigal⁴⁾. Im Justinianischen Rechte ist die Lehre von den agri vectigales Antiquität geworden, doch sind die Grundstücke, welche früher von ihnen galten, auf die agri emphyteuticarii übertragen worden. Daher die vectigalis actio im Justinianischen Rechte auch dem Emphyteuticar gestattet wird.

Actio viae receptae (besser viae receptae actio), heißt eine Klage, womit der Eigenthümer eines Grundstückes den Feldnachbar, welcher einen öffentlichen Weg durch eine unrechtmäßige Handlung auf des ersteren Grundstück zu verlegen gepußt hat, auf Schadenersatz belangt¹⁾. Weiter ist uns von dieser Klage nichts bekannt, da sie nur einmal in den Justinianischen Pandecten erwähnt wird. Schulting²⁾ nennt sie viae reiectae actio.

Actiones adiecticiae qualitatis heißen in der jetzigen Kunstsprache gewisse durch das prätorische Edict eingeführte Zusätze zu bestimmten Klagen, durch welche die Natur der Klage, zu welcher der Zusatz gemacht wird, auf irgend eine Weise umgestaltet wird¹⁾. Es sind mithin keine selbstständige Klagen, sondern nur Umbildungen specieller Klagen für einen concreten Fall. Gerade durch den Zusatz, welcher die adiecticia qualitas bestimmt, werden solche speciella Klagen, die aus der Obligation hervorgehen, auf Fälle ausgedehnt, auf welche sie ohne Zusatz nicht anwendbar gewesen wären. Ihren Namen erhalten die einzelnen actiones adiecticiae qualitatis von dem Geschäfte, welches der Klage zu Grunde liegt. So sagt man actio emti de peculio und actio conducti tributoria²⁾. Gewöhnlich rechnet man zu den actiones adiecticiae qualitatis folgende: die actio de peculio, quod iussu, de in rem verso, tributoria, exercitoria, institoria, de eo, quod certo loco. Manche rechnen sogar die triticaria condictio dazu, aber ganz ohne Grund. Der Name actio adiect. qual. ist erst von den neueren Rechtsgelehrten erfunden, in den römischen Rechtsquellen kommt

1) L. 15. §. 26. D. de damno infecto. (39. 2.) L. 1. pr. u. §. 1. D. si ager vectigalis id est emphyteuticarius petatur. (6. 3.)

2) L. 1. §. 1. D. 6. 3. L. 2. D. ibidem.

3) L. 1. D. 6. 3. L. 3. D. ibid.

4) L. 1. pr. D. 6. 3. L. 2. D. ibid.

1) L. 3. pr. D. de via publica. (43. 11.)

2) Ad Paulli Sent. Recept. II. 14. p. 252.

1) Hü b n e r, Zusätze und Berichtigungen zu Höpfner's Institutionencommentar S. 82.

2) Keller commentatio ad Fragm. 32. D. de peculio S. 48.

er nicht vor. Die Veranlassung zu dem Namen hat L. 5. §. 1. D. de exercitoria actione (14. 1.) gegeben, wo es von der, in diesem Titel behandelten Klage heißt: hoc edicto non transfertur actio, sed adiicitur.

Actiones in rem scriptae, oder, wie sie auch heißen, actiones personales in rem scriptae heißen in der gewöhnlichen Kunstsprache solche Klagen, welche aus einem obligatorischen Verhältnisse entspringen, aber nicht allein gegen den Urheber der obligatorischen Handlung, sondern auch gegen jeden, welcher im Besitze des in Frage stehenden Streitobjectes ist, angestellt werden können. Man rechnet dahin gewöhnlich die actio quod metus causa¹⁾, die actio si quadrupes pauperiem fecisse dicatur²⁾, die actio ad exhibendum³⁾, die actio aquae pluviae arcendae⁴⁾, das interdictum quod legatorum, das interdictum quod vi aut clam⁵⁾, und die actio spoli⁶⁾. Manche Rechtsgelehrte weichen insofern von der angegebenen Begriffsbestimmung ab, als sie unter actiones in rem scriptae solche Klagen verstehen, welche aus einer obligatorischen Handlung entstehen, aber nicht allein gegen den Urheber der Handlung, sondern auch gegen Jeden, welcher mittelbar und folgeweise dabei theilhaftig ist, angestellt werden können⁷⁾. Keine von beiden Meinungen scheint eine unbefangene Critik auszuhalten. Denn zu geschweigen, daß der Begriff dieser Klaggattung in den römischen Rechtsquellen nirgends ausdrücklich festgestellt ist⁸⁾, so scheint er auch nur aus Mißverständniß von fr. 9. §. 8. D. quod metus causa (4. 2.) und L. 1. §. 3. D. de interdictis (43. 1.) entstanden zu sein. Denn wenn es in der ersten Stelle von der actio quod metus causa heißt: cum autem haec actio in rem sit scripta, nec personam vim facientis coerceat, so heißt dieß nur soviel, die actio q. m. c. ist eine allgemein gefaßte Klage und beschränkt sich nicht allein auf die Person dessen, welcher die widerrechtliche Gewalt angewendet hat. In der zweiten Stelle aber sind die Worte: interdicta omnia, licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt davon zu verstehen, daß die Interdictenformeln allgemein abgefaßt zu sein scheinen, in der That aber sich doch nur auf eine bestimmte Person beschränken.

Actiones noxales (richtiger nox. act.) Noxalklagen, heißen solche, in welchen demjenigen, welcher ein lebendes Wesen, das einem Andern Schaden zugesügt, in seiner potestas oder im dominium hat, die Wahl gelassen wird, entweder das lebende Wesen an den Beschädigten auszuantworten (noxae dare), oder ihm den Schaden zu

1) L. 9. §. 8. D. quod metus causa. (4. 2.) L. 14. §. 3. D. ibid.

2) L. 1. §. 12. D. si quadrupes. (9. 1.)

3) L. 3. §. 3. u. 15. D. ad exhibendum. (10. 4.)

4) L. 6. §. 5. D. de aqua. (39. 3.) L. 12. D. ibid. L. 1. §. 13. D. quod legatorum. (43. 3.)

5) L. 5. §. 13. D. quod vi aut clam. (43. 24.)

6) Cap. 18. X. de rest. spol. (2. 13.)

7) Schilling, Lehrbuch der Institutionen des R.R. Band 2 S. 346.

8) Duroi im Archiv für civ. Prax. Bd. 6. S. 110.

erfegen. Die Fälle, in welchen sie stattfinden, sind: 1) wenn ein fremder Slave, 2) wenn ein fremder *filiusfamilias*, 3) wenn ein fremdes vierfüßiges Thier Jemandem geschadet hat ¹⁾. Im Justinianischen Rechte ist nur der erste und dritte Fall noch übrig geblieben, da die *noxae deditio* des *filiusfamilias* schon früh abgekommen ist ²⁾. Manche von den Noxalklagen sind selbstständige Klagen, z. B. die *actio si quadrupes pauperiem fecisse dicatur*; manche sind nur Zusätze zu speciellen Klagen, welche nach den der Klage zu Grunde liegenden Delicten benannt sind, z. B. die *actio furti noxalis*, *damni iniuria dati noxalis*. Die gemeinschaftlichen Voraussetzungen dieser Klagen sind folgende: 1) daß Jemand widerrechtlicher Weise einen Schaden erlitten habe, ohne Unterschied, ob es ein Vermögensschaden oder eine Beeinträchtigung seiner Ehre ist; 2) daß dieser Schade ihm von einem lebendigen Wesen, welches einer fremden *potestas* oder einem fremden *dominium* unterworfen ist, zugefügt worden sei. Man beurtheilt dieß aber nicht nach der Zeit, wo der Schaden wirklich geworden ist, sondern nach der Zeit, wo die Klage angestellt wird. Daher die Regel *noxae caput sequitur*, d. h. die Noxalklage kann gegen Jeden und zwar nur gegen Jeden angestellt werden, in dessen *potestas* oder *dominium* das in Frage stehende Subject jetzt steht; gegen Andere, die kein Recht mehr daran haben, ist sie unzulässig ³⁾. Späterhin dehnte man indes die *noxalis actio* auch auf alle diejenigen aus, welche Besitzer des *caput nocens* sind, und das ist wohl der Grund, warum der *bonae* und *malae fidei possessor* damit belangt werden kann ⁴⁾. Daraus ergibt sich, daß wenn der Beschädigte die *potestas* oder das *dominium* in Bezug auf dieses Subject erworben hat, die *noxalis actio* von selbst wegfällt ⁵⁾, ein Satz, welcher im älteren Rechte wenigstens für den Fall nicht unbestritten war, wenn der Beschädigte das Wesen, welches ihm geschadet, *ex noxali causa* empfangen hatte ⁶⁾. Daraus ergibt sich ferner, daß wenn der Slave, welcher den Schaden zugefügt hat, freigelassen worden oder gestorben ist, die *noxalis actio* ganz wegfällt, ohnerachtet es dem Beschädigten im ersten Falle freisteht, die directe, aus dem Delicte entspringende Klage gegen den Freigelassenen anzustellen ⁷⁾. Daraus erklärt sich endlich, daß wenn ein freier selbstständiger Mann Jemandem Schaden zugefügt hat, und sich später adrogiren läßt, die Delictsklage als *noxalis actio* gegen den Adoptivvater angestellt werden kann ⁸⁾. Die Noxalklagen sind theils durch das *ius civile*, theils durch das prätorische Edict eingeführt worden. Der Grund, weshalb

1) *Caius inst.* 4. §. 75—79. — *J. de noxalibus actionibus.* (4. 8.) — *si quadrupes.* (4. 9.) — *D. de noxal. act.* (9. 4.)

2) §. 6. *J.* 4. 8.

3) §. 5. *J.* 4. 8.

4) *L.* 11. *D.* 9. 4. *L.* 13. *ibid.* (55)

5) *L.* 20. *D.* 9. 4.

6) *Caius inst.* 4. §. 78.

7) §. 5. *J.* 4. 8. *L.* 17. §. 7. *D. de iniuriis et famosis libellis.* (47. 10.)

8) *Caius inst.* 4. §. 77.

dies geschehen ist, wird dahin angegeben, daß, nachdem man sich darüber vereinigt hatte, die Delictsklagen auch gegen den Slavenherrscher oder den Vater, welcher den Sohn in der Gewalt hat, zu gestatten, es unbillig gewesen wäre, wenn man dem Beklagten die Verpflichtung hätte auferlegen wollen, mehr Geld zum Zwecke des Schadenersatzes hinzugeben, als das Subject, welches den Schaden zugefügt hat, werth ist⁹⁾. Die Art und Weise, wie die Befugniß, die noxae deditio vorzunehmen, in der Klage dem Beklagten gestattet wurde, war ein in der formula zu Gunsten des Letzteren angebrachter Vorbehalt¹⁰⁾, bei dessen Weglassung der Kläger eine plus petitio beging, und mithin den Prozeß verlor. Dieser Vorbehalt wurde nach Analogie der arbitrarie actiones eingerichtet, und daher kommt es wohl, daß die noxales actiones geradezu von Justinian zu den arbitrarie actiones gezählt werden¹¹⁾. Daher die alternative Natur der Verurtheilung in solchen Klagen: aut noxae dedere aut decem solvere¹²⁾. Die noxae deditio wird übrigens dem Beklagten nur noch so lange gestattet, als er über die indicati actio noch nicht litem contestirt hat¹³⁾, (denn nachher wird er gezwungen, nur die Geldsumme, auf die er verurtheilt ist, zu erlegen), und konnte von demselben wohl auf jede Art und Weise bewerkstelligt werden, durch welche man das Eigenthum oder respectiva die väterliche Gewalt auf Jemanden übertragen konnte. Der Mancipationsform thut namentlich C a j u s¹⁴⁾ Erwähnung, und es existirte in Bezug auf dieselbe ein Streit zwischen den Sabinianern und Proculianern, ob eine einfache oder dreifache Mancipation bei der Mancipation eines filiusfamilias ex noxali causa nothwendig sei oder nicht. Die Sabinianer entschieden sich für die erste Meinung, die Proculianer für die zweite. Die letzteren deshalb, weil die 12 Tafeln die Vorschrift enthielten, daß ein filiusfamilias nicht anders als der väterlichen Gewalt befreit werden könnte, als wenn er dreimal verkauft worden sei; die ersteren deshalb, weil sie die angegebene Vorschrift nur auf solche Mancipationen bezogen, welche freiwillig, nicht gezwungen vorgenommen werden. Für die übrigen Kinder und Kindeskinde, welche in der elterlichen Gewalt stehen, war wohl vom Anfange an die einfache Mancipationsform unbestritten. In den Justinianischen Rechtsbüchern finden wir anstatt der Mancipation nur die Tradition¹⁵⁾ erwähnt, welche bei Thieren und Slaven das Eigenthum des caput nocens an den Kläger gültiger Weise übertragen konnte. Die Befugniß des Beklagten, die noxae deditio vorzunehmen, beurtheilte man nach der Zeit, wo die litem contestatio erfolgte, was sich schon daraus ergibt, daß der Beklagte von der Nothwendigkeit litem

9) Caius inst. 4. §. 77. S. 2. J. de noxal. act. (4. 8.)

10) §. 31. J. de actionibus. (4. 6.)

11) §. 31. J. 4. 6.

12) Zimmermann römischer Prozeß S. 168 und Geschichte des römischen Privatrechtes Theil 1. S. 701.

13) L. 20. §. 5. D. de hered. petitione. (5. 3.)

14) J. 1. §. 141., 4. §. 79.

15) L. 15. D. de noxalibus actionibus. (9. 4.)

zu contestiren frei wurde, wenn er entweder die noxae deditio sofort vornahm, oder wenn ihm nicht nachgewiesen werden konnte, daß der Sklave zur Zeit der litis contestatio in seinem Gewahrsame (potestas) war, oder daß er dolo malo das Gegentheil herbeigeführt habe¹⁶⁾. Ueber die beiden letzten Fragen entschied gewöhnlich der Eid. Uebrigens galt die Regel, daß man fremde Sklaven nur in ihrer Anwesenheit vertreten konnte; eigene hingegen auch dann, wenn sie abwesend waren¹⁷⁾. War die Eigenthumsfrage unentschieden, so ließ man die Vertretung des Abwesenden schon dann zu, wenn es anerkannt war: eum bona fide servire. Die Vertretung des Abwesenden hatte das Eigenthümliche, daß der Herr entweder die cautio iudicio sisti für ihn leisten oder die liti contestiren oder wenigstens Caution dafür bestellen mußte, daß wenn das fragliche Subject wieder in seinen Gewahrsam kommen würde, er es vorzeigen (exhibere) wolle¹⁸⁾. Längnet der Beklagte aber fälschlich, daß der Sklave in seinem Gewahrsam sei, oder hat er ihn dolo malo seines Gewahrsames entlassen, so wird die Delictsklage ohne noxae deditio gegen ihn gerichtet. Im Falle der Sklave anwesend, der Herr aber abwesend ist, so kann der erstere sofort vom Kläger abgeführt werden (duci potest)¹⁹⁾, und es entsteht dadurch für den letzteren das Recht, welches die Pandecten mit in bonis esse bezeichnen. Doch kann der Herr, wenn er später zurückkehrt, noch Anspruch darauf machen, den Sklaven zu vertreten (defendere). Ueber die obersten Grundsätze, welche der Prozeßform der noxales actiones zu Grunde liegen, ist unter den Gelehrten viel Streit. Manche²⁰⁾ erklären sie aus den römischen Ansichten von der Privatrache, deren Rühmung dem Kläger dann gestattet gewesen sein soll, wenn er nicht durch den Beklagten in Geld entschädigt wurde²¹⁾. Allein dieser Ansicht steht wohl theils der Umstand entgegen, daß man es schwerlich für vernünftig halten konnte, bei der noxae deditio eines vierfüßigen Thieres an eine Privatrache zu denken, theils der Umstand, daß die Befugniß, die noxae deditio vorzunehmen, aus dem Eigenthumsrechte oder der potestas hergeleitet wird²²⁾. Auch muß es wohl in Betracht kommen, daß gerade in publicis criminibus, wo am ersten an eine Privatrache gedacht werden könnte, es gar keine noxae deditio gab²³⁾. Endlich ganz entscheidend scheint die in den 12 Tafeln ausgesprochene Gleichstellung ganz verschiedener Verpflichtungen, nämlich der zur noxae deditio und der zum Schadenersatz. Betrachtet man hingegen mit Zimmern²⁴⁾ diese Klagen aus dem Gesichtspuncte des Schadenersatzes, so erklären sich dadurch nicht allein die genannten Eigenthümlichkeiten, sondern es wird zugleich dadurch ein guter Grund für die

16) L. 7. pr. D. 9. 4. L. 21. pr. u. S. 3. u. 4. D. ibidem. L. 2. §. 1. D. si ex noxali causa. (2. 9.)

17) L. 21. §. 1. D. 9. 4.

18) L. 2. §. 1. D. 2. 9.

19) L. 2. §. 1. D. 2. 9. L. 32. D. 9. 4.

20) Dirksen, civilistische Abhandlungen Theil 1. S. 104.

21) L. 5. D. 2. 9.

22) Caius inst. 4. §. 75.

23) Zimmern, Geschichte des röm. Privatrechtes Th. 1. S. 701.

24) System der röm. Noxalklagen S. 218.

Anficht gewonnen, daß die Noxalklagen hauptsächlich auf die Erzwingung der noxae deditio gerichtet waren ²⁴). Was den heutigen Gebrauch der Noxalklagen anbelangt, so ist wohl mit den besseren Practikern anzunehmen, daß sie als solche nicht mehr im Gebrauche sind. Deshalb wird aber der Herr eines Thieres, welches Jemandem Schaden zufügt, noch keinesweges von der Verpflichtung befreit, denselben in Geld zu ersetzen.

Actiones praeiudiciales (richtiger praeiud. act.) heißen solche Klagen, durch deren Entscheidung eine Grundlage für die Entscheidung anderer Prozesse gewonnen wird ¹), daher auch der Name. Bei Cajus ²), werden sie praeiudiciales formulae genannt, und wenn sie den actiones beigezählt werden ³), so geschieht dieß nur in den Fällen, wo das Wort actio in der weitesten Bedeutung genommen wird, da sie eigentlich, gleichwie die Interdicte, von den actiones getrennt werden ⁴), und dieß vielleicht nur deshalb, weil praeiudicia auch in der Form der der-exceptiones geltend gemacht werden können. Der Vortheil, welchen man aus der Entscheidung einer praeiudicialis formula zieht, besteht nur darin, daß man späterhin darauf neue Klagen gründen kann. Denn eine Condemnation kann darin gar nicht erwirkt werden, weil sie in der bloßen intentio mit Weglassung der condemnatio bestehen ⁵). Auch ist es nicht nothwendig, beim Præjudicialprozeße den Grund anzugeben, warum man die Klage anstellt ⁶). Uebrigens scheint das Verfahren im Præjudicialprozeße nichts Ausgezeichnetes vor den übrigen Klagen gehabt zu haben. Daher heißt es auch hier: redditur praeiudicium; daher werden auch hier die actoris partes erwähnt; daher ist auch hier von einer formula, durch welche der Prætor die Wirksamkeit des iudex privatus bestimmte, die Rede; daraus erklärt es sich endlich, weshalb auch hier eine res iudicata ⁷) vorkommt. Wenn es aber von ihnen heißt: praeiudiciales actiones in rem esse videntur ⁸), so muß man dieß wohl in dem Sinne nehmen, daß es allgemein gefaßte Klagen sind. Die vorzüglichsten praeiudicia, welche unsere Rechtsquellen erwähnen, sind quanta sit dos ⁹), an bona iure venierint ¹⁰), an in sponsoribus accipiendis legitime praedictum sit ¹¹), an res,

24) L. 215. D. de V. S. (50. 16.)

1) Schrader zu Just. Instit. S. 646.

2) Inst. 4. §. 44.

3) Praeiudiciales actiones in §. 13. J. de actionibus. (4. 6.) In L. 37. pr. D. de obligationibus et actionibus. (44. 7.) heißt es: actionis verbo continetur — praeiudicium.

4) L. 35. §. 2. D. de procuratoribus et defensoribus. (3. 3.)

5) Caius inst. 4. §. 44. Theoph. paraphr. 4. 6. §. 13. ed Reitz tom. II. p. 802.

6) L. 6. D. si ingenuus. (40. 14.)

7) L. 5. D. 40. 14. L. 3. D. de collusionibus. (40. 16.)

8) §. 13. J. 4. 6.

9) Caius inst. 4. §. 44.

10) L. 30. D. de rebus auct. iud. possid. (42. 5.)

11) Caius inst. 3. §. 123.

de quo agitur, centum sestertiis maior sit¹²⁾, de partu agnoscendo, an aliquis liber vel libertinus sit, an libertus Caii Seii sit¹³⁾, an quae uxor fuerit¹⁴⁾, und dergleichen. Den Beweis in den Präjudicialklagen hatte wahrscheinlich der zu führen, nach dessen Verlangen die intentio concipirt worden war¹⁵⁾. Die praeiudiciales actiones stammen theils aus dem Civilrechte, theils aus dem prätorischen. Im Justinianischen Rechte haben sie nichts Ausgezeichnetes mehr, außer daß auch hier, wie im älteren Rechte, keine Condemnation auf eine bestimmte Geldsumme aus dem praeiudicium erfolgen kann.

Actiones vindictam spirantes heißen solche Klagen, welche aus einer unerlaubten Handlung, wodurch nur die Person, nicht aber das Vermögen des Beschädigten beeinträchtigt worden ist, entspringen. Sie ähneln einander darin, daß sie nicht auf die Erben des Klägers übergehen¹⁾, weil man zeitig angenommen hat, daß die Erben des Beschädigten nur dann zugleich mit dem letzteren beeinträchtigt werden, wenn der zugefügte Schade ein Vermögensschade gewesen ist²⁾. Man rechnet zu dieser Klaggattung die iniuriarum actio³⁾; die in factum actio, die dem Patrone und den Aeltern zustehet, welche von ihren Freigelassenen oder Kindern ohne Erlaubniß des Prätor vor Gericht gerufen worden sind⁴⁾; die in factum actio gegen den, welcher den vor Gericht berufenen Beklagten aus den Händen des Klägers mit Gewalt befreit hat⁵⁾; die in factum actio adversus calumniatores⁶⁾; und die Klage auf Rückgabe der Schenkung wegen Unwürdigkeit des Schenknehmers⁷⁾, und die actio violati sepulcri⁸⁾. Diese geht indes ausnahmsweise auch auf die Erben activ über. Manche Pandectenstellen deuten darauf hin, daß die Befugniß, solche Klagen anzustellen, nicht zu den Vermögensrechten gerechnet werden kann⁹⁾, während bei anderen Klagen gerade das Gegentheil angenommen werden muß¹⁰⁾.

Seimbach.

12) Paulli sent. rec. 5. 9. §. 1.

13) §. 13. J. 4. 6. Fr. 6. D. 40. 14. Fr. 8. §. 1. D. de in ius vocando. (2. 4.)

14) L. 3. §. 4. u. 5. D. de agnoscendis et alendis liberis. (25. 3.)

15) Fr. 6. D. 40. 14. Fr. 12. D. de exceptionibus. (44. 1.)

1) §. 1. J. de perpetuis et temporalibus actionibus. (4. 12.)

2) Theoph. inst. 4. 12. §. 1. ed. Reitz tom. II. p. 873. L. 9. D. de religiosis. (11. 7.)

3) §. 1. J. 4. 12. L. 2. §. 4. D. de collatione. (37. 6.)

4) Theoph. inst. 4. 12. §. 1, tom. II. p. 873. L. 24. D. de in ius vocando. (2. 4.)

5) L. 5. §. 4. D. ne quis eum, qui in ius vocabitur, vi eximat. (2. 7.)

6) L. 4. D. de calumniatoribus. (3. 6.)

7) L. 7. C. de revocandis donationibus. (8. 56.) L. 10. C. ibid.

8) L. 10. D. de sepulcro violato. (47. 12.) L. 20. §. 5. D. de acquirenda vel omittenda hereditate. (29. 2.)

9) L. 20. §. 5. D. 29. 2. L. 10. D. 47. 12.

10) L. 19. D. de V. S. (50. 16.) L. 9. §. 6. D. quod metus causa gestum erit. (4. 2.) Vergl. Ebhr in Grolman's Magazin Theil 4. S. 64. u. ff.

Actus legitimus oder legitimus actus heißt ein unter gewissen, von dem Gesetze vorgeschriebenen Formen vorzunehmendes Rechtsgeschäft¹⁾. Man rechnet dahin die mancipatio, wenn die Lesart der der florentinischen Handschrift in L. 77. D. 50. 17. richtig ist²⁾, oder nach anderen Handschriften die emancipatio, die acceptilatio, die hereditatis aditio, die servi optio und die datio tutoris. Eine Stelle der vaticanischen Fragmente scheint dahin auch die cognitoris datio und expensi latio zu rechnen³⁾. Von den genannten Rechtsgeschäften heißt es, daß sie ohne Hinzufügung eines Zeittermines (dies) und einer Bedingung (conditio) eingegangen werden müssen, wenn sie als gültig angesehen werden sollen. Ob diese nun von allen actus legitimi überhaupt gelte, ist wenigstens noch nicht erwiesen; denn es wäre wohl möglich, daß mit den Worten actus legitimi, qui non⁴⁾ recipiunt diem vel conditionem⁵⁾, nur eine bestimmte Gattung der actus legitimi bezeichnet wäre. Eben so streitig ist es, ob sie durch Stellvertreter vorgenommen werden können. Jedenfalls wäre diese Frage zu verneinen, wenn man die Worte Ulpian's: nemo alieno nomine lege agere potest⁶⁾, nicht allein auf die legis actiones im Sinne des neueren Rechtes, sondern auch auf die actus legitimi beziehen dürfte. Und allerdings hat diese Auslegung viele Wahrscheinlichkeit für sich. Den Kern ist die Vornahme solcher Handlungen ausdrücklich untersagt⁷⁾. Manche halten die actus legitimi für identisch mit dem Begriffe civile negotium. Fragt man nach den Merkmalen, welche die einzelnen actus legitimi gemeinsam haben, und wodurch sie sich namentlich von den legis actiones unterscheiden, so dürfte nach dem jetzigen Standpunkte der römischen Rechtsquellen nur soviel gesagt werden können, daß, so weit wir die einzelnen legitimi actus kennen, keiner von ihnen ein besonderes vindicationsverfahren nothwendig machte, welches zur Zeit der sogenannten classischen Juristen zum Begriffe der legis actio gehört zu haben scheint⁸⁾. Vorausgesetzt indessen, daß man in L. 77. D. 50. 17. die Lesart mancipatio vorzieht, oder die durch die Basiliken bestätigte Lesart emancipatio durch mancipatio erklärt, wofür theils Fr. Vat. §. 329., theils der von Schrader⁹⁾ erwiesene Sprachgebrauch der röm. Juristen zu sprechen scheint. Indes sind andere Juristen der Meinung, daß emancipatio richtiger mit den Basiliken¹⁰⁾ auf die Befreiung der Kinder von

1) L. 77. D. de regulis iuris. (50. 17.) L. 21. C. de hereticis. (1. 5.)

2) Die Basiliken haben emancipatio. Vgl. Schilling rechtsgeschichtliche Bemerkungen S. 87.

3) Vat. Fragm. ed. Mai §. 329.

4) Ueber die falsche Lesart: qui recipiunt vergl. Zimmern römische Rechtsgeschichte Band 1. S. 417.

5) L. 77. D. 50. 17.

6) L. 123. pr. D. 50. 17.

7) L. 21. C. 1. 5.

8) Dirksen, Beiträge zur Kunde des röm. Rechtes S. 222.

9) Zu Justinian's Institutionen S. 287.

10) Basil. ed. Heimbach tom. I. p. 70.

der väterlichen Gewalt zu beziehen sei, wofür freilich auch der Umstand spricht, daß die emancipatio, welche in diesem Sinne legis actio genannt wird ¹¹⁾, bei Theophilus mit der Adoption, welche er *νομιήν προαίε* nennt ¹²⁾, in ähnlicher Beziehung zusammengestellt wird, während die Basiliken am angeführten Orte gerade den Ausdruck *νομιαι προαίε* brauchen, um die actus legitimi zu bezeichnen. Heimbach.

Abcitation ¹⁾ ist eine gerichtliche, arctatorische Ladung eines möglichen Streitgenossen, welcher an einem Rechtsstreite bisher nicht Theil nahm, zu dem Zwecke erkannt, daß dieser sein, bei jenem Rechtsstreite in Frage kommendes, unmittelbares Interesse wahrnehme. Allein es läßt sich nach gemeinen Rechten durchaus nicht erweisen, daß der Richter jemals befugt wäre, die Abcitation zu verfügen; das Befugniß hierzu ist selbst dann nicht vorhanden, wenn sie, sei es von Amtswegen, oder auch auf Verlangen der bisher streitenden Theile, von einem völlig competenten Gerichte des Hinzuzuladenden, erkannt wird. Die Abcitation widerspricht offenbar dem Rechte einer freien Rechtsverfolgung und existirt also rechtlich gar nicht. Auch **Sönnner**, der eifrigste Vertheidiger der Abcitation, gibt im Handbuche des gemeinen teutschen Prozeßes Bd. 1. Abh. XIX. zu, daß sie den Gesetzen unbekannt, und von Rechtslehren erfunden sei, allein er behauptet, daß ihr kein Gesetz entgegenstehe, und die nothwendige Harmonie zwischen Zweck und Mittel ihr Dasein erfordere, sowie daß sie zum Ganzen eines vollkommenen Prozeßes nothwendig sei. Allein dies ist nicht der Fall, wie **Mittermaier** (Archiv für die civilistische Praxis Bd. 3. Abh. II. S. 31. ff.) nachgewiesen hat, dem auch **Gensler** (ebend. Bd. 4. Abh. XV. S. 175.) beistimmt. Der gemeine teutsche bürgerliche Prozeß beruht auf der Verhandlungsmarime, welche ein richterliches Handeln von Amtswegen in Ansehung solcher Thatfachen nicht gestattet, die von den Parteien nicht vorgebracht worden sind. In zweifacher Rücksicht steht die Abcitation im Widerspruche mit der Verhandlungsmarime, indem sie, wie gedacht, 1) ein richterliches Verfahren von Amtswegen in der Art einführt, daß der Richter Thatfachen officiell ergänzt, welche die Parteien gar nicht vorgebracht haben, und indem sie 2) einen positiven Zwang zur Rechtsverfolgung enthält. In allen Fällen, wo man Abcitationen rechtfertigen will, liegt darin immer die officielle Vorrufung solcher Personen, welche entweder freiwillig hätten kommen können, oder auf deren Beziehung eine der streitenden Parteien hätte antragen können. Die Abcitation würde also in allen Fällen ein Eingreifen in die Freiheit des Vorbringens sein. Eben so sehr widerstreitet die Abcitation, als Zwang zur Rechts-

11) Inst. Nov. 81. praef. Vergl. auch Paulli sentent. recept. II. 25. S. 4. und L. 4. D. de adopt. (1. 7.)

12) Theoph. 1. 10. §. 1. ed. Reitz tom. 1. p. 90. 1. 11. pr. p. 109.

13) Theoph. 1. 10. §. 2. ed. Reitz p. 94.

1) Eberh. Christ. Canz D. de ad citatione tertii ad litem Tübing. 1759. Magazin für den Prozeß I. 3. St. Abh. VII. **Grolman**, Theorie des gerichtlichen Verfahrens §. 160. **Spagemann**, practische Erörterungen VI. S. 35.

verfolgung, den Grundsätzen des gemeinen Processes. Denn wird Jemand durch die Adcitation beigezogen, damit er bei dem Prozesse als Principalinterventient aufträte, so nöthigt der Richter entweder zu Anstellung einer Klage oder er ergänzt eine Klage, und Letzteres ist der Fall, wenn Jemand zu einem Streite adcitirt wird, damit er als Beklagter daran Theil nehme. Ein fernerer Grund für die Unstatthaftigkeit der Adcitation besteht darin, daß die Rechtskraft des zwischen zwei Parteien gefällten Urtheiles dritten Personen weder nützen noch schaden kann. Der Dritte kann also wegen seiner Rechte an einem Gegenstande, worüber ein Prozeß schwebt, durch die in diesem Prozesse eintretende Rechtskraft nicht verletzt werden. In den Fällen wo die Rechtskraft auf Dritte wirkt, wird man stets finden, daß die Adcitation nichts nützte, weil der Dritte, wenn er auch herbeigerufen wird, entweder gar kein Recht hätte, in den Streit der Uebrigen sich zu mischen, oder weil seine Gegenwart bei dem Streite doch weder ihm noch den streitenden Parteien etwas nützen könnte. Untersucht man den Zweck, welchen die Adcitation erweisen soll, so kann sie in einer dreifachen Beziehung gedacht werden, entweder 1) bezogen auf den Dritten, welcher beigegeben werden soll, damit derselbe sein Interesse wahren und ihm zustehende Rechte verfolgen könne, deren Verfolgung vereitelt oder erschwert würde, wenn er von dem schon anhängigen Prozesse nichts erführe; oder 2) man kann sich die Adcitation als nothwendig wegen der streitenden Theile denken, welche dadurch Vortheile gewinnen sollen; oder 3) Adcitation kann wegen des Richters selbst insofern empfohlen werden, als durch Beziehung des Dritten dem Richter mehr Aufklärung verschafft, und eine vollständige Entscheidung möglich gemacht wird. Allein auch keine dieser drei Beziehungen kann die Adcitation rechtfertigen. Die Verfolgung des ersten Zweckes widerspricht geradezu dem Character des Richters, der nur über die von den Parteien zur Entscheidung ihm vorgelegten Rechtsstreitigkeiten, und zwar so, wie sie ihm vorgelegt worden sind, zu entscheiden hat. Eine Sorge des Richters auch für dritte Personen, welche Rechte verfolgen können, gleiche jener, der Justiz überall unbekannt und gewöhnlich nur Willkür begünstigenden, polizeilichen Vormundschaft, welche um so weniger bei Rechtsstreitigkeiten sich anwenden läßt, als der Richter von dem Verhältnisse dritter Personen aus den Acten anderer streitender Theile doch nur sehr oberflächliche Kenntniß erlangen kann, als er durch das Hereinziehen dritter Personen in einen anhängigen Streit nicht selten den Prozeß verzögern, und den streitenden Theilen durch solche Zwischenhandlungen schaden wird, in Fällen aber, in welchen das Gesetz eine unaufgeforderte Meldung zur Pflicht macht, sogar die Rechte derjenigen Partei verletzen würde, welche aus dem Stillschweigen der anderen Rechte ableiten kann. Will man aber die Adcitation wegen des Vortheiles der streitenden Theile rechtfertigen, so widerspricht sie theils dem Grundsatz des gemeinen Processes, nach welchem das Recht des Richters, Einreden und Thatfachen zu ergänzen, nicht nachgewiesen werden kann, theils enthält sie eine Ungerechtigkeit gegen einen der streitenden Theile, welcher das Recht hat, zu verlangen, daß der Streit nicht nach anderen, den Segnern günstigeren

Thatfachen beurtheilt werde, als der Gegner selbst vorgebracht hat, theils läßt sich nicht darthun, daß wirklich die streitenden Theile Vortheile durch Abcitation erhalten. Erwartet man endlich Vortheil für den Richter und die vollständige Entscheidung des Streites, so ist auch dieser Gewinn nur scheinbar. Es sind nur immer zwei Fälle denkbar: entweder ist das Vorbringen der Parteien so unvollständig, lückenhaft und undeutlich, daß der Richter nicht im Stande ist, ein umfassendes Urtheil über das Rechtsverhältniß zu fällen; oder das Vorbringen ist genügend, deutlich und vollständig. Im ersteren Falle weist der Richter, nach dem ihm zustehenden Frag- und Leitungsrechte, durch seine Decrete die streitenden Theile an, das Fehlende zu ergänzen und bestimmter sich zu erklären, und kann, wenn dem Gebote nicht Folge geleistet wird, angebrachtermaßen abweisen. Im zweiten Falle aber bedarf es keiner Ergänzung, und das Urtheil wird nach der Actenlage gefällt. Der Richter hat stets nur nach der Actenklage zu entscheiden, sollte er auch subjectiv überzeugt sein, daß das Rechtsverhältniß nicht in seiner wahren Gestalt darin vorgetragen worden ist. Wollte man dem Richter gestatten, in solchen Fällen zu abcitiren, so würde daraus ein inquisitorisches Ausschuchen und Benutzen von Beweismitteln entstehen, welches dem Richter nie gestattet werden kann.

Die Praxis wendet die Abcitation vorzüglich noch in folgenden Fällen an, und zwar: 1) wenn bei einem Gemeingute einer der Miteigenthümer auf die Theilung des gemeinschaftlichen Gutes gegen einen anderen Miteigenthümer klagt, aus den Acten aber erhellet, daß auch noch ein dritter Miteigenthümer da ist. Hier soll dieser Dritte abcitirt werden. Allein auch in diesem Falle ist die Abcitation unnöthig, da die Theilungen nicht anwesenden Theilnehmern nicht schadet, indem ihnen ihr Antheil zurückgelegt wird, ohne daß deswegen das Klagerrecht des Einzelnen gehindert wird²⁾. Nicht selten wird 2) auch dann Jemand abcitirt, wenn eine Partei klagt, die nicht frei und ganz über den Gegenstand, worauf sie klagt, verfügen kann, und wo der Richter weiß, daß auch ein Dritter an der Sache Recht habe, dem durch die Disposition des Klägers geschadet wurde. Auch in diesem Falle jedoch, wenn die Acten die Gewissheit geben, daß der Kläger kein volles Dispositionsrecht hat, bedarf es keiner Abcitation, sondern nur einer Abweisung des Klägers, der eine Bedingung nicht erfüllte, unter welcher er die Klage anstellen kann. Eine Abcitation in diesem Falle wäre die Verbesserung eines von einer Partei gemachten Fehlers von Amtswegen. 3) Selbst dann, wenn der Richter weiß, daß er über die Sache, welche zwei streitende Theile verfolgen, schon zu Gunsten eines Dritten entschieden habe, darf er diesen Dritten nicht abcitiren. Es kommt hier vielmehr alles auf die Wirkung der Rechtskraft an; ist der Fall von der Art, daß die Rechtskraft des im anderen Prozesse gefällten Urtheiles auch auf die jetzt streitenden Parteien wirken kann, so ist das abweisende Urtheil, auch ohne Beziehung des Dritten,

2) L. 2. §. 4. D. fam. hercisc. (10. 2.) L. 43. eod. L. 8. pr. D. commun. div. (10. 3.) L. 17. C. famil. hercisc. (3. 36.)

Kar; ist dies aber der Fall nicht und wirkt die Rechtskraft nicht auf die streitenden Theile, so ist der Dritte, dessen Urtheil sie nichts angeht, eine überflüssige Person in ihrem Streite.

Endlich noch scheint die Adcitation im Concurse der Gläubiger nothwendig zu sein, um allen Widersprüchen und Rechtsverletzungen vorzubeugen, wenn von mehreren Concursgläubigern der letzte gegen einen der früheren appellirt, ohne gegen die mittleren die Berufung zu ergreifen, und ohne daß die mittleren selbst appellirt haben. Allein auch in diesem Falle wäre die Adcitation ein Zwang zur Appellation, und ist deßhalb auch hier überflüssig, weil der mittlere nicht leidet, und der obsiegende Appellant nur gegen den Appellaten seinen Sieg geltend machen kann, gegen andere Mitgläubiger aber den Vorzug nur für den Betrag derjenigen Forderung geltend machen kann, wofür ihm der Vorzug durch das Appellationsurtheil zuerkannt worden ist³⁾. 22.

Addictio bonorum heißt A) im römischen Concurseprozeße die Handlung des *magister bonis vendundis*, welcher die *bonorum venditio* zu verwirklichen hat, wodurch er die Vermögensmasse des Gemeinschuldners dem Meistbietenden zuschlägt¹⁾. Der Meistbietende wurde dadurch *successor universalis* des Gemeinschuldners, und erhielt an der ihm zugeschlagenen Vermögensmasse dieselben Rechte, welche der prätorische Erbe daran erwarb²⁾. Der *addictio bonorum* ging ein öffentlicher Anschlag vorher, welcher Kauflustige auf einen zur *bonorum venditio* bestimmten Termin einlub. Das Bieten im Termine geschah nicht nach einer runden Geldsumme, sondern nach Procenten. Im Justinianischen Rechte, wo die *bonorum venditio* abgekommen ist³⁾, scheint auch die damit zusammenhängende *bonorum addictio* außer Gebrauch gekommen zu sein. Wenigstens sagen mehrere Stellen ausdrücklich, daß der in den Justinianischen Rechtsquellen an die Stelle des *magister* getretene *curator bonorum* die Vermögensstücke des Gemeinschuldners im Einzelnen verkauft habe (*bona distrahuntur*). B) *Addictio bonorum liberatum conservandarum causa* heißt der durch den magistratus geschehende Zuschlag der ganzen Vermögensmasse eines Verstorbenen, welcher in seinem Testamente seinen Slaven die Freiheit ertheilt hat, an einen oder an alle, welche im Testamente freigelassen sind. Die Bedingungen dieser *bonorum addictio* sind: a) daß Niemand aus diesem Testamente die Erbschaft erworben habe⁴⁾; b) daß in diesem Testamente eigenen Slaven des Erblassers die Freiheit entweder als Legat oder Fideicommiss ertheilt worden sei; c) daß die Verlassenschaft in der Lage sei, daß ohne die *bonorum addictio* Concurse eröffnet werden müßte⁵⁾. Es

3) Schweppe, das System des Concurses der Gläubiger S. 182.

1) *Caius inst.* 3. §. 79. *Theoph.* 3. 12. pr. ed. Reitz tom. I. S. 610—611.

2) Vergl. Stieber *de bonorum emtione* (Lipsiae 1827.) cap. 1. §. 1. S. 1—2.

3) *Pr. J.* 3. 12.

4) *Pr. J. de eo, cui libertatis.* (S. 11.)

5) §. 2. J. 3. 11.

muß aber auch gewiß sein, d) daß Niemand ab intestato dem Verstorbenen Erbe sein werde⁶⁾; e) daß der Zuschlag an einen der im Testamente freigelassenen Sklaven mit dessen Einwilligung geschehe⁷⁾. Dieser muß den Erbschaftsgläubigern Sicherheit für die völlige Abzahlung der Erbschaftsschulden bestellen⁸⁾. Die addictio honorum geschieht durch den magistratus populi romani⁹⁾, und derjenige, welchem die Vermögensmasse des Verstorbenen zugeschlagen wird, wird dessen successor universalis, und nach Analogie des bonorum possessor behandelt¹⁰⁾. Die Wirkung der bonorum addictio in Bezug auf die im Testamente erteilten Freilassungen ist die, daß dieselben eben so aufrecht erhalten werden, als wenn die Erbschaft aus dem Testamente angetreten worden wäre¹¹⁾. Folglich werden die, welchen die Freiheit durch ein Legat erteilt ist, liberti oroini, d. h. Freigelassene des Erblassers; diejenigen aber, welchen sie durch ein Fideicommiss erteilt ist, werden freigelassene desjenigen, welchem die Güter zugeschlagen werden. Doch stand es diesem frei, bei der addictio honorum, wenn die Freigelassenen einwilligten, darauf anzutragen, daß auch die, welchen die Freiheit durch ein Legat erteilt war, seine eigenen Freigelassenen würden¹²⁾. Dies Institut schreibt sich aus einer Constitution des Kaisers Marcus Aurelius her, deren Zweck namentlich der war, die beim testamentum destitutum von selbst zusammenfallenden Freilassungen, soviel wie möglich, aufrecht zu erhalten¹³⁾. Auch scheint dieß Institut späterhin mannigfache Ausdehnungen erlitten zu haben. Zuerst dehnte man es auch auf die in codicillis ab intestato erteilten Freilassungen aus¹⁴⁾; sodann ließ man außer den im letzten Willen freigelassenen Sklaven auch jeden extraneus zur addictio honorum zu¹⁵⁾. Im Justinianischen Rechte ist dieß Institut annoch geltendes Recht.

Heimbach.

Addictio iudicati heißt die Handlung des Magistrates, wodurch er den geständigen oder rechtskräftig verurtheilten Schuldner, wenn er binnen des tempus iudicati seine Schuld an den Gläubiger nicht bezahlt hat, auf Verlangen des letzteren demselben als Schuldknecht zuschlägt. Die Voraussetzungen dieser addictio sind folgende: a) daß eine Geldschuld vorliege¹⁾. b) Daß der Schuldner derselben entweder geständig, oder rechtskräftig zu deren Bezahlung verurtheilt worden sei²⁾. c) Daß das

6) §. 3. J. 3. 11. L. 4. pr. D. de fideicomm. lib. (40. 5.).

7) §. 1. u. 2. J. 3. 11.

8) §. 2. J. 3. 11. L. 2. D. 40. 5. L. 3. §. 8. D. ibid.

9) §. 1. J. 3. 11.

10) L. 4. §. 21. D. 40. 5.

11) §. 1. J. 3. 11. L. 4. §. 7. u. 12. D. 40. 5.

12) §. 1. J. 3. 11. L. 4. §. 12. u. 13. D. 40. 5. L. 15. §. 2. C. 7. 2.

13) §. 2. J. 3. 11. L. 9. D. de testam. tutel. (26. 2.)

14) §. 3. J. 3. 11. L. 2. D. 40. 5.

15) L. 6. u. L. 15. pr. C. testam. manum. (7. 2.)

1) Gellius Noctes Att. 20. 1. Livius hist. 6. 13., 6. 27., 6. 34., 6. 36., 23. 14., Donatus ad Terentii Phorm. II. 1. 21. Savigny über aßtrömische Schuldrecht S. 13.

2) Gellius 20. 1.

tempus iudicati abgelaufen sei, ohne daß der Schuldner bezahlt hat ³⁾. Die addictio selbst verfügt der Prätor, indem er befiehlt, daß der Gläubiger den Schuldner mit sich führen soll (duci iubet) ⁴⁾. Der Gläubiger schleppte ihn nun in seine Wohnung ⁵⁾, und ließ ihn so lange bei sich Sclavendienste verrichten (servire), bis er die Summe, auf die er verurtheilt war, bezahlte ⁶⁾. Ueber die Verhältnisse der Schuldknechte zu ihren Gläubigern während der Schuldknechtschaft läßt sich nur soviel mit Bestimmtheit sagen, daß sie durch Bezahlung der Summe sofort frei wurden, und nachher die Rechte der libertas ungeschmälert behielten ⁷⁾. Dagegen wurden sie, so lange sie Sclavendienste verrichteten, zum Vermögen des Gläubigers gerechnet ⁸⁾. Wie lange die addictio iudicati im römischen Rechte im Gebrauche gewesen, läßt sich nicht ganz mit Bestimmtheit ermitteln. Caius spricht von derselben als einem noch gültigen Rechtsinstitute, und der heilige Ambrosius legt ebenfalls bestimmtes Zeugniß von ihrem Vorkommen ab ⁹⁾. Indeß dürfte es wohl füglich nicht anzunehmen sein, daß ihre Fortdauer im Justinianischen Rechte stillschweigend anerkannt werde. Entscheidend scheinen hier namentlich die Titel des Coder und der Pandecten, welche da, wo sie die Lehre von der Vollstreckung der gerichtlichen Erkenntnisse vortragen, der persönlichen Execution nicht mehr gedenken; und die L. 34. D. de re iud. (42. 1.) ist wohl nur auf historischem Wege zu erklären. Anderer Meinung ist freilich Savigny ¹⁰⁾. Zur Abschaffung dieser Executionsart trugen wahrscheinlich die Gesetze der christlichen Kaiser, welche die privati carceres mehrmals ausdrücklich verboten haben, viel bei ¹¹⁾. Ueber das Verhältniß der addictio iudicati zur Vermögensexecution (bonorum venditio) ist viel Streit unter den Gelehrten. Die ältere Art der Execution ist wohl jedenfalls die addictio iudicati, da sie schon in den 12 Tafeln erwähnt wird, und die bonorum venditio nach Caius ¹²⁾ und Tertullianus ¹³⁾ Zeugniß späteren Ursprunges ist. In den späteren Zeiten scheinen beide Executionsarten electiv concurrirt zu haben ¹⁴⁾, wenigstens zeigen die 12 Tafeln, daß bei der addictio iudicati das Vermögen, des letzteren unangetaftet verblieb ¹⁵⁾. — Im älteren römischen Rechte findet sich auch eine addictio ex causa delicti. Sie fand nach dem Gesetze der 12 Tafeln

3) Gellius 20. 1.

4) Livius hist. 6. 36., Caius Inst. 14. §. 21. u. §. 25. Cic. de orat. II. 63. §. 255., pro Flacco cap. 20.

5) domum ducit. Caius 4. §. 21. u. §. 25.

6) Quinct. inst. orat. 7. 3. §. 26.

7) Quinct. a. a. D. 7. 3. §. 26., 5. 10. §. 60.

8) Caius 4. §. 199.

9) Tobias cap. 3., 5., 7., 9., 10. u. 11. Vergleiche Savigny a. a. D. S. 16.

10) a. a. D. S. 32.

11) Vergl. Jacobus Gothofredus ad Theodos. Cod. 9. 2. tom. III. p. 81. u. f.

12) Gellius 20. 1.

13) Inst. 4. §. 35.

14) in Apologet. cap. 4.

15) Lex de Gallia Cisalpina cap. 22. lin. 46.

16) Gellius 20. 1. si volet, suo vivito.

dann statt, wenn ein freier Mann ein *furtum manifestum* begangen hatte; denn dann wurde er zur Strafe für sein Vergehen dem durch den Diebstahl Beeinträchtigten als Strafknecht zugesprochen¹⁷⁾, und es war dabei nur streitig, ob derselbe wie ein Schuldknecht behandelt werden sollte, oder durch die *addictio* selbst Sklave würde; ein Umstand, welcher die Vermuthung begünstigt, daß die *addictio* in diesem Falle dem Diebe eine lebenslängliche Strafe zugezogen habe. Indes ist die Strenge des Zwölftafelgesetzes zeitig den Römern fühlbar geworden, und das prätorische Edict hat deshalb für den Fall des *furtum manifestum*, unter Verdrängung der oben angeführten Strafe, die des vierfachen Erfasses festgesetzt.
Heimbach.

Addictio in diem heißt der zwischen dem Käufer und dem Verkäufer abgeschlossene Vertrag, nach welchem der zwischen beiden beabsichtigte Kauf erst dann als gültig oder als fortbestehend angesehen werden soll, wenn sich binnen einer bestimmten Zeit kein besserer Käufer findet. Denn *addicere rem in diem* heißt Jemandem von einem bestimmten Termine an definitiv eine Sache zusagen. Beispiel: *ille fundus esto tibi emptus, nisi intra Calendas Ianuarias proximas meliorem conditionem fecerit* (wenn kein Dritter — ein besseres Gebot thut). Der Vertrag wird als Nebenvertrag zum Kaufcontracte hinzugesetzt, und kann als dessen *Suspensiv-* oder *Resolutivbedingung* vorkommen. Im ersten Falle wird der Kauf bis zum bestimmten Termine als gar nicht geschlossen geachtet, und im zweiten Falle gilt er als sogleich abgeschlossen, wird aber, wenn die Bedingung eintritt, sofort als aufgelöst betrachtet. Der Unterschied zeigt sich namentlich bei der Restitution der Früchte von Seiten des Käufers, im Falle ein Dritter bessere Bedingungen bietet. Im Falle der *Suspensivbedingung* muß der Käufer alle Früchte, die er aus der Sache in der Zwischenzeit gezogen hat, an den Verkäufer herausgeben¹⁾. Im Falle der *Resolutivbedingung* verbleiben diese Früchte definitiv dem Käufer²⁾. Im Zweifel ist wohl anzunehmen, daß dieser Vertrag als *Resolutivbedingung* angesehen werden müsse³⁾. Als ein besserer Käufer wird Jeder angesehen, welcher dem Verkäufer Bedingungen, die demselben zu größerem Nutzen gereichen, anbietet⁴⁾. Das Anbieten besserer Bedingungen heißt in der Kunstsprache *adiectio*⁵⁾. Dahin gehört z. B., wenn er Baarzahlung anbietet, oder, wenn er größere Sicherheit für die Abzahlung der rückständigen Kaufgelder gewährt. Da nun der Vertrag offenbar das Interesse des Verkäufers allein bezweckt, so steht es natürlich auch nur bei diesem allein, ob er beim Anbieten neuer Bedingungen den beabsichtigten Kauf bestehen lassen will, oder nicht⁶⁾.

17) *Caius inst.* 3. §. 189. *Gellius noct. Att.* 11. 18. Vergleiche *Savigny* a. a. D. S. 6.

1) L. 4. pr. u. L. 6. pr. D. de *addictione in diem.* (18. 2.) L. 8. pr. D. de *periculo et commodo rei venditae.* (18. 6.)

2) L. 2. §. 1. D. 18. 2. L. 2. §. 4. D. pro *emto.* (41. 4.)

3) L. 1. u. 2. pr. D. 18. 2. L. 2. §. 4. D. 41. 4.

4) L. 5. D. 18. 2.

5) L. 10. D. 18. 2.

6) L. 9. pr. D. 18. 2.

Dem Käufer ist das Recht, deshalb vom Kaufe einseitig abzugehen, ganz abzusprechen; doch genießt derselbe das Vorkaufsrecht, d. h. die Befugniß den Dritten im Kaufe dadurch auszuschließen, daß er dieselben Bedingungen, welche dieser anbietet, dem Verkäufer gewährt⁷⁾. Und es wird deshalb dem Verkäufer zur Pflicht gemacht, daß er den ersten Käufer sofort von dem Gebote des Dritten in Kenntniß setze, damit derselbe von seinem Vorkaufsrechte Gebrauch machen könne⁸⁾. Macht nun der erste Käufer davon wirklich Gebrauch, so wird dieß so angesehen, als ob er sich selbst überboten hätte. Folglich muß er die in der Zwischenzeit aus der Sache gezogenen Früchte, wenn das *pactum additionis* in diem als Suspensivbedingung des Kaufcontractes hinzugefügt ist, dem Käufer erstatten, es müßte denn geradezu etwas Anderes ausgemacht sein⁹⁾. Macht aber der Käufer von seinem Vorkaufsrechte keinen Gebrauch, und weigert er sich dennoch die Sache an den Verkäufer zurückzugeben, so hat dieser gegen ihn nur die *venditi actio*, um die Rückgabe der Sache zu erzwingen; die *rei vindicatio* wird ihm keineswegs gestattet¹⁰⁾. Heimbach.

Adel ¹⁾. Der Adel ist ein Inbegriff von verschiedenen durch die Geburt begründeten Vorrechten vor den übrigen Geburtsständen. Ueber seine geschichtliche Ausbildung sowohl (s. Stand), als über seine politische Bedeutung namentlich für die Gegenwart ist besonders in neuerer Zeit viel gestritten, und sich ganz entgegenstehende Ansichten, jenachdem man dem einen oder dem anderen politischen Systeme anhing, sind vertheidigt worden. Da wir es nur mit dem positiven Rechte, nicht aber mit politischen Parteimeinungen zu thun haben, so ist hier auch nicht der Ort, diese Seite des Adels weiter zu verfolgen, wiewohl es oft zur Verständigung über der Art Streitigkeiten wesentlich beiträgt, wenn man hinsichtlich dessen, was wirklich *rechten s* ist, sich im Klaren befindet. Zunächst muß also der Adel im juristischen Sinne, d. h. als ein im Staate anerkannter Stand, dessen Berechtigungen als Zwangsrechte erscheinen; von jedem anderen Adel, wie Geistes-, Seelenadel u. s. w. getrennt werden, indem nach unserem Recht nicht von diesem, sondern nur von jenem die Rede ist. Die Gesetze sprechen freilich besonders in neuerer Zeit die rechtliche und politische Bedeutung des wirklichen Adels im Staate selten ausdrück-

7) L. 6. §. 1. D. 18. 2.

8) L. 7. u. 8. D. 18. 2.

9) L. 6. §. 1. D. 18. 2.

10) L. 41. pr. D. de rei vindicatione. (6. 1.)

1) *Mathaei de nobilitate, de princip. ducib.* Amstel. 1686. *Kopp de insigni differentia inter comites et nobiles immediat.* Argent. 1728. *J. G. Cramer de iuribus et praerogativis nobilit. avitae ejusque probat.* Lips. 1739. *Riccio*s zuverlässiger Entwurf von dem Adel in Teutschland Nürnberg. 1737. *E. L. Scheidt* historische und diplomatische Nachrichten vom hohen und niederen Adel in Teutschland. Hannov. 1754. *Schmidt* Beiträge zur Geschichte des Adels und zur Kenntniß der gegenwärtigen Verfassung. Braunschw. 1794—95. *Schmidt* fortgesetzte Beiträge zur Geschichte des Adels 1795. *Sichhorn* Einleitung in das teutsche Privatrecht §. 57. u. ff. *Mittermaier* Grundsätze des teutschen Privatrechts. §. 57. u. ff. *Maurenbrecher* Lehrbuch des heutigen gemeinen teutschen Rechts §. 583. *Nis* Quellenammlung: *Lünig collectio nova* von der mittelbaren oder landsässigen Ritterschaft 1730.

lich aus, und man muß sie mehr aus den einzelnen dem Adel zugestandenem Vorrechten und oft auch aus allgemeinen politischen Staats- und Regierungsgrundsätzen abnehmen. Indes erwähnen wir hier, daß das Pr. Landr. Th. II. Tit. 9. §. 1. sagt: dem Adel liegt nach seiner Bestimmung die Vertheidigung des Staates, sowie die Unterstützung der äußeren Würde und inneren Verfassung desselben hauptsächlich ob. Dagegen erwähnen die Verfassungsurkunden der einzelnen deutschen Staaten, die allerdings aus einer anderen Zeit stammen, eine besondere Bedeutung des Adels im Staate gar nicht, und gehen vielmehr von dem Grundsätze der Gleichheit aller Staatsgenossen vor dem Gesetze und in Bezug auf Militärpflicht, sowie auf Wahl des Berufes und Berechtigung zu Staatsämtern aus, so daß die doch gesetzlich anerkannten Vorrechte des Adels als Ausnahmen von obigem Grundsätze erscheinen.

Sowohl hinsichtlich seiner Vorrechte als seiner Entstehung u. s. w. ist der Adel verschiedener Natur, so daß dadurch mehrfache Eintheilungen desselben begründet werden. Seit der Ausbildung des niederen Adels wird er zunächst in diesen und den hohen eingetheilt. Zur Zeit des deutschen Reiches kam dieser denen zu, welche die dingliche Reichsstandschaft, die Reichsunmittelbarkeit und die Landeshoheit hatten ²⁾; indes genügte nach der Meinung Mehrerer die erstere Befähigung allein; der bloße Titel, z. B. der eines Grafen, reichte zur Begründung, des hohen Adels aber nicht hin, und in Bezug auf gewisse Familien war es auch streitig, ob sie zu demselben gehörten oder nicht. Durch die deutsche Bundesakte Art. 14. ist der hohe Adel denjenigen, welche ihn früher hatten, trotz der Auflösung des deutschen Reiches, als fortdauernd anerkannt, wenn dieselben auch mediatisirt wurden. Bei denen aber, welche Souveräne geworden sind, kann jetzt von einem Adelsstande als einer Staatsbürgerklasse nicht mehr die Rede sein ³⁾. Ueber die Stellung und Vorrechte des hohen Adels, jetzt gewöhnlich Standesherrn genannt, siehe d. besond. Artikel. Alle übrige erweislich adelige Personen zählt man zu dem niederen Adel; indem es wenigstens gemeinrechtlich eine Mittelstufe nicht gibt ⁴⁾. Particularrechtlich stehen aber nicht hochadeligen Grafen, Freiherren und Rittern gewisse Vorzüge zu. Dies gilt auch von der Reichsritterschaft, die sich besonders am Mittelrhein seit dem 14. Jahrh. ausbreitete. Die gewöhnliche Eintheilung des Adels, namentlich des niederen, in alten und neuen ist nicht mit der in Uradel und Briefadel zu verwechseln, indem der Uradel juristisch nicht allemal als alter erscheint, während der Briefadel, als der allerdings später entstandene, es doch sein kann. Der Unterschied, den man im gemeinen Leben zwischen altem und neuem Adel in der Art macht, daß man unter jenem nur Familien, die ihre Ahnen bis an den Ausgang

2) Schmidt Beiträge zur Gesch. S. 24. Mittermaier Grundsätze §. 54.

3) Klüber öffentliches Recht des deutschen Bundes. Dritte Ausgabe §. 262. Vergl. Einhorn Einleitung §. 57.

4) Neueste Wahlcapit. 1742. Art. 24. §. 9.

des Mittelalters hinaufzuführen im Stande sind, zu verstehen pflegt, ist rechtlich ohne Bedeutung, indem der juristische Begriff des alten Adels durch das Vorhandensein einer bestimmten, ununterbrochenen Anzahl adeliger Ahnen bedingt wird. Der Uradel ist der, welcher von einem Geschlechte seit undenklicher Zeit ausgeübt und öffentlich anerkannt worden ist, und sich nicht auf eine ausdrückliche Verleihung gründet, denn alle die, welche von einer solchen, sei sie auch schon vor Jahrhunderten erfolgt, ihren Adel herleiten, gehören zu dem Briefadel. Insbesondere seit Karl IV. wurde die Erlangung des Adels durch Standeserhöhung gewöhnlich, und wenn dies Viele schon in frühere Jahrhunderte setzen, so beruht es vorzüglich auf einer Verwechslung mit der Ertheilung der Ritterwürde⁵⁾. Den niederen und auch den hohen Adel auf diese Weise zu ertheilen war ein Reservatrecht des Kaisers, (er hieß daher auch Pflanzler und Handhaber des Adels), welches nur durch besondere Privilegien einzelne Reichsfürsten erlangten⁶⁾, jetzt aber auf die souveränen teutschen Fürsten übergegangen ist, und wenn es auch bisher nur von den Königen und Großherzogen ausgeübt wurde, so kann doch darin kein Grund gesucht werden, das Recht der Standeserhöhung den übrigen Fürsten als Bundesmitgliedern abzuspochen, da ja alle sich rechtlich gleich stehen und die Reservatrechte des Kaisers nicht auf einzelne Souveräne ausschließlich übergegangen sind⁷⁾. Derjenige, welcher um die Verleihung des Adels nachsucht, muß die im Lande festgesetzten Taxen entrichten; freilich dürfte es in manchen Staaten an denselben fehlen, und es würde dann die früheren kaiserlichen als Anhaltepunkt dienen können. Die nach der Standeserhöhung geborenen Kinder sind adelig, die vorhergeborenen nach der richtigeren Ansicht gemeinrechtlich nur dann, wenn sie ausdrücklich in dieselbe eingeschlossen wurden⁸⁾. Die Frau des Geadelten wird wegen der Einheit der Person der Ehegatten ebenfalls adelig. Das Annehmen des Briefadels vom Auslande erfordert, um ihn im Inlande geltend zu machen, die Anerkennung des eigenen Landesherrn. Dagegen fehlt es noch an hinlänglichen Bestimmungen über die Frage, ob der von einem souveränen Bundesfürsten einem Inländer ertheilte Adel auch in anderen Bundesstaaten ohne besondere Bestätigung Giltigkeit habe. Da aber die Reservatrechte des Kaisers, insoweit sie auf die souveränen Bundesmitglieder übergegangen sind, sich nur über das Territorium jedes einzelnen erstrecken, auch schon zur Zeit des teutschen Reiches die Fürsten sich weigerten, den Briefadel, den die mit diesem Reservatrechte Privilegien ertheilten, in ihren Landen anzuerkennen⁹⁾, und in Folge der Giltigkeit ohne Bestätigung leicht sich Mißbräuche einschleichen könnten, über-

5) Klüber de nobil. codic. §. 15.

6) Scheidemantel Repertorium. Th. 1. S. 80.

7) Eichhorn Einleitung §. 60.

8) Gröndler Polemik des germanischen Rechts. Bd. 1. S. 116. behauptet aus unhaltbaren Gründen das Gegentheil. Vergl. Klüber de nobil. cod. §. 5.

9) Scheidemantel Repertorium. Adel. §. 29.

hieß auch einzelne Staaten nur den, in ihre Adelsmatrikel eingetragenen Adel anerkennen, so dürfte mehr für die Verneinung als für die Bejahung obiger Frage sprechen. Dagegen gehen aber die zu weit, welche behaupten, daß es heutzutage nur einen Landesadel in dem Sinne gebe, daß der in einem anderen teutschen Staate befindliche Adel nur dann im Inlande als solcher erscheine, wenn er auch hier als solcher anerkannt sei. Der teutsche Uradel und so auch der Reichsadel galt in allen zum teutschen Reiche gehörigen Territorien, und war nie auf ein einzelnes Land beschränkt, wenn schon jener erweislich aus einem solchen stammte. Sollte daher jetzt die Giltigkeit des teutschen Adels nur auf den Staat beschränkt sein, in dem er sich gerade jetzt befindet, so müßte die Entziehung eines früher dem Adel im teutschen Reiche zugestandenen Rechtes ausdrücklich ausgesprochen sein, und kann nicht aus der bloßen Auflösung des teutschen Reiches gefolgert werden. Die Eintheilung des Adels in Reichs- und Landesadel kann daher dann leicht zu Mißverständnissen Anlaß geben, wenn man unter dem Landesadel den versteht, der nicht durch kaiserliche Verleihung entstand. Bezieht man aber die Eintheilung auf das Verhältniß des Adels zum Reiche oder zu einzelnen Landesherren, so ist allerdings von einem Reichsadel jetzt nicht mehr zu sprechen. — Der sogenannte Stdteadel ¹⁰⁾ hängt mit der Entwicklung der städtischen Verfassung genau zusammen, und wenn derselbe, von alten patrizischen Geschlechtern abstammend, sich fortwährend im Besie der Vorrechte des niederen Adels erhalten hat, so gilt er auch jetzt als solcher ¹¹⁾. Wenn man schon den Briefadel als eine Abart ansah und deshalb häufig geringer achtete als den Uradel, so konnte das Bestreben einen persönlichen Adel für gewisse Beamte, namentlich für die Doctoren der Rechte, zu begründen, noch weniger erfolgreich sein. Es hat daher auch zur Zeit des teutschen Reiches gemeinrechtlich keinen persönlichen Adel gegeben, indem er entweder auf einem besonderen Privilegium beruhte, wie der der Senatoren von Strasund seit 1720, oder aus bloßen Scheingrnden gefolgert wurde. Man berief sich namentlich auf die Besetzung des Reichskammergerichtes mit Adligen und Doctoren der Rechte, sowie auf die Gleichstellung beider hinsichtlich gewisser Vorrechte z. B. bei der Kleiderordnung ¹²⁾. Ein wahrer persönlicher Adel ist heutzutage nur in einigen Staaten begründet, und wird zugleich mit gewissen Aemtern und Orden ertheilt ¹³⁾.

Wenn man gewöhnlich als Erwerbungsarten des Adels die

10) Vergl. Mittermaier Grundsge §. 56.

11) Westphl. Fried. a. V. §. 17.

12) Reichsabschrit von 1500 Tit. 23. §. 6—8. Um diesen persönlichen Adel zu erweisen, berief man sich auch darauf, daß Ulpian in den Pandecten nobilis genannt werde, so wie daß Kaiser Sigismund zu Fiscellius gesagt habe: er könne an einem Tage 500 zu Ritters schlagen, aber nicht einen einzigen Doctor, wie er sei, creiren. Bartolus behauptete, Jeder, der zehn Jahr Vorlesungen gehalten habe, sei Ritter.

13) z. B. bairisches Adelsedict §. 5.

Geburt und die Standeserhöhung bezeichnet, so ist dieser Ausdruck streng genommen nicht ganz richtig, und jedenfalls gewähren diese beiden Entstehungsgründe einen verschieden berechtigten Adel. Noch unrichtiger ist es aber von einem Vererben des Adels und einem Erbadel zu sprechen, womit nur der Geschlechtsadel gemeint sein kann. Der Adel wird durch die Geburt fortgepflanzt und daher ist er ein angeborner, durch die Geburt selbst bedingter. Derselbe erfordert aber eine gültige Ehe, und in Rücksicht auf den hohen Adel sogar eine gleiche; auch muß nothwendig der Vater adeligen Standes sein, während der Adel der Mutter bei dem niederen Adel nur wegen des Ahnenverhältnisses von Wichtigkeit ist. Dagegen gibt die Geburt aus einer Ehe, in der nur die Mutter adelig ist, gar keinen Adel; denn der sogen. Kunkel- oder Spindeladel, den Einige zu begründen versucht haben, ist nie anerkannt worden¹⁴⁾. Aus dem bisher Gesagten, sowie aus dem Grundsatz, daß das Blut des Vaters nur durch eine gültige Ehe fortgepflanzt wird, ergibt sich auch schon, daß alle Arten außerehelicher Kinder des Adels nicht theilhaftig werden, er also auch durch Adoption weder erworben noch durch Cession übertragen werden kann. In Hinsicht auf die Legitimation muß man ebenfalls von dem Gesichtspuncte ausgehen, daß sie in der früheren Zeit nicht zum Adel verhalf¹⁵⁾, wobei auch das Recht des hohen Adels es hat bewenden lassen. Dagegen stellt man für den niederen Adel im heutigen Rechte den Grundsatz auf, daß die Legitimation die Rechte des adeligen Standes überhaupt begründet, ohne jedoch zu den Rechten zu verhelfen, welche lediglich an die adelige Geburt geknüpft sind, wie die Erfordernisse des alten Adels, oder die Befugnisse, welche die übrigen Familienglieder beeinträchtigen können. Uebrigens wird auch die Legitimation durch Rescript von der nachfolgende Ehe hinsichtlich der Wirkungen unterschieden, so daß die letztere den adelig Gebornen näher bringt als jene. Je weniger streng man bei jener die römischrechtlichen Wirkungen von denjenigen, welche die mit ihr verbundene Standeserhöhung erzeugen, unterschied, denn ohne eine solche begründet die Legitimation durch Rescript den Adel nicht, desto mehr mußte man sich allmählig daran gewöhnen, daß die durch Rescript legitimirten nicht bloß des adligen Standes überhaupt theilhaftig würden, sondern auch den wirklich adlig Gebornen der fraglichen Familie hinsichtlich der adligen Vorrechte angehörig betrachtet würden, z. B. also auch das Familienwappen führen dürfen, wenn sie gleich von der Succession im Lehne ausgeschlossen bleiben. Ebenso verhält es sich auch in Bezug auf die Legitimation durch nachfolgende Ehe. Je mehr man sich nämlich mit der Idee des römischen Rechtes befreundete¹⁶⁾, desto mehr war man ebenfalls geneigt, ihnen nicht bloß die Rechte des adeligen Standes überhaupt beizulegen, vielmehr sie den wirklich adelig Gebornen gleichzuachten; zumal da hier eine Standeserhöhung gar nicht

14) Gundling an nobilitet venter. Hol. 1718.

15) Eichhorn teutsche Staats- und Rechtsgeschichte §. 351.

16) Nov. 89. c. 9. §. 1. Nihil a legitimis filiis differentes.

mitwirkende Ursache ist. In neuester Zeit ist von Dietz (Beiträge zur Lehre der Legitimation durch nachfolgende Ehe) die Ansicht durchgeführt worden, daß das Juristenrecht seit dem 14. Jahrh. und selbst die Praxis der Reichsgerichte die durch nachfolgende Ehe Legitimierten selbst zur Succession in die Lehen zulasse, und somit die Bestimmung der bekannten Stelle II. F. 26. §. 10. auf sie keine Anwendung mehr finde, insofern nicht ein Landesgesetz das Gegentheil bestimme, was freilich immer noch nicht selten ist.

Da es durch die Reichs- und Landesgesetze verboten ist¹⁷⁾, sich willkürlich den Adel beizulegen, so kann der Beweis verlangt werden, daß Jemandem der Adel wirklich zustehe, und dieser Beweis heißt die Adelsprobe. Schwieriger aber ist der des alten Adels oder die Ahnenprobe¹⁸⁾. Zu dieser gehört die Anfertigung einer Ahnentafel, d. h. einer Abstammungstafel der fraglichen Personen von väterlicher und mütterlicher Seite. Sie kann 4, 8, 16 und noch mehr Ahnen enthalten, und setzt also 2, 3, 4 oder noch mehr Abstammung voraus, so daß die in der obersten Reihe befindlichen Personen männlichen und weiblichen Geschlechtes jene 4, 8 u. s. w. Ahnen ausmachen. Uebrigens ist die Ahnentafel nicht mit der Stammtafel zu verwechseln; diese stellt nämlich die Abstammung gerade im umgekehrten Verhältnisse dar. Wegen aller in der Ahnentafel aufgeführten Personen muß 1) die Filiationsprobe erwiesen werden, die darin besteht, daß jede als Ahne aufzuzählende Person in einer gültigen, rechtmäßigen Ehe gelebt habe, und daß der von diesem Ehepaare herstammende Ahne auch in einer solchen erzeugt worden sei. 2) Die Ritterprobe. Diese ist der Beweis der adeligen Geburt jeder als Ahne aufgeführten Person, so daß der dem fraglichen Ahnen erst ertheilte Adel nicht genügt. Zur Führung dieser Beweise bedient man sich verschiedener Urkunden, namentlich der Kirchenbücher, der schriftlichen Eheverträge, der Lehnbriefe, der adeligen Stammtafeln u. s. w., so wie der adeligen Kundschaft, d. h. der eiblichen Aussage zweier altadeliger, der Sache kundiger Personen über das Vorhandensein aller Erfordernisse in Bezug auf die in der Ahnentafel angegebenen Personen. Die Ahnenprobe kommt schon im 13. Jahrh. vor. Die Richtigkeit derselben wird von dem, der sie zu fordern hat, geprüft. Sobald die fraglichen Statute nur vom alten Adel überhaupt sprechen, und keine besondere Ahnenanzahl feststellen, genügen vier Ahnen zum alten Adel.

So wie man von dem Adel überhaupt den alten Adel unterscheidet, so sind auch die Rechte des Adels überhaupt von denen des alten Adels zu trennen. Jene theilt man in politische oder das öffentliche Recht berührende und Privatvorrechte ein; dann aber auch in persönliche und dingliche, je nachdem sie sich auf die Persönlichkeit oder den Gutsbesitz des Adels beziehen. Allerdings sind dadurch, daß der Adel gewisse Güter längere Zeit in seinen Händen erhielt, mancherlei Vorrechte mit denselben dinglich verbunden; sie verdanken dem Adel ursprünglich

17) Neueste Wahlcapitulation Tit. 22. §. 12. 13.

18) Estor practische Anleitung zur Ahnenprobe 1750.

ihr Dasein; da aber, wo von dem Adel als einem Stande die Rede ist, können die gewissen Gütern anlebenden Rechte nicht weiter als eine Art von Rechten des Adels in Betracht kommen¹⁹⁾. In Betreff der einzelnen Vorrechte des Adels überhaupt hat sich durch die politischen Veränderungen in den einzelnen Staaten, so wie durch das Streben der neueren Zeit, die rechtlichen Abstufungen der verschiedenen Stände immer mehr verschwinden zu lassen, bekanntlich so Vieles geändert, daß selbst in Hinsicht auf die Rechte, welche man früher für gemeinrechtliche ansehen konnte, die jetzige Gültigkeit derselben, mit wenigen Ausnahmen, als von der besondern Landesverfassung abhängig erscheint. Es ergibt sich dies großentheils von selbst, wenn man z. B. an das erinnert, was Scheidemannantel Repertorium Art. Adel §. 35 über die Vorrechte desselben sagt. „Die Privilegien derer von Adel sind mancherlei: 1) bei den Turniren wird Niemand zugelassen, er sei denn von gutem Adel. 2) In Kleidung dürfen sie sich besser hervorthun als Andere. 3) Bei Domherrenstellen, Kirchenpfründen und geistlichen Ritterorden werden zuweilen 8, zuweilen 16 Ähnen erfordert. 4) Die von Adel sind den Strafen der gemeinen Leute, besonders der Tortur und Staupbesen ohne ausdrücklichen Befehl des Landesfürsten nicht unterworfen. 5) Hiernächst müssen ihnen einige Bedienungen vorzüglich vor den Bürgerlichen überlassen werden. 6) Man glaubt einem adeligen Zeugen mehr, als einem gemeinen Manne, und wird zum Eiden anstatt Eides angenommen, wenn er etwas verspricht: bei adeliger Ehre, Treue und Glauben. Seitdem aber die Turnire aufgehört haben, und die Parole von Einigen sehr vernachlässigt worden, sind diese Befugnisse sehr relativisch worden. 7) Waren sie sonst zollfrei. 8) Bei Gesandtschaften ist der Adel dem Bürgerstande vorzuziehen. L. 4. D. de legat. 9) Der Edelmann muß zum Gerichte schriftlich vorgeladen werden, in den Gerichten nimmt er einen Sessel. 10) Schlechte Kleider entschuldigen den Edelmann von der Strafe des Ungehorsams. 11) Der mittelbare Adel hat seinen Gerichtsstand allein für den höchsten Landesgerichten, wenn er keine amtsfähigen Güter hat. 12) Die Steuerfreiheit und die Freiheit von bürgerlichen Abgaben ist auch hierher zu zählen. Anderer angegebener Privilegien zu geschweigen, welche aber theils lächerlich, theils in der Reichspraxis nicht in Gebrauch sein.“ Uebrigens sind unter den hier angegebenen Vorrechten des Adels, deren volle Ausübung sich jetzt in keinem Staate mehr nachweisen läßt, doch noch einige übergangen, die vorzugsweise hierher gehören. Dahin ist nicht nur das Vorrecht der Landtagsfähigkeit, was freilich durch die neueren Wahlgesetze aufgehoben ist, sondern auch das adelige Lehen zu erwerben, in gewissen Punkten eine besondere Successionsordnung zu befolgen u. s. w., zu rechnen. Endlich verdient noch das Wappenz- und Siegelrecht (s. diese Art.) des Adels, so wie das auf Autonomie (s. d. Art.) einer besondern Erwähnung. Die Angabe der Vorrechte des Adels, schließen wir mit der Bemerkung, daß die hauptsächlichsten Vorzüge, welche er heutzutage in den einzelnen Staaten genießt, sich durch die Le-

19) Vergl. Mittermaier Grundsätze §. 63.

bensverhältnisse, die Stellung, die er früher im Staate behauptete, die gemeine Meinung, oder wie man sie nennen will, bilden, und daher durch positive Gesetze weder sofort genommen, noch auch gegeben werden können.

Wie oben von dem Adel überhaupt der alte Adel unterschieden wurde, so sind auch noch die Rechte hervorzuheben, welche sich letzterer besonders vorbehalten hat. Nachdem nämlich der Adel durch Standeserhöhung erworben werden konnte, auch einzelne Vorrechte des Adels mit gewissen Würden und Aemtern verbunden wurden, suchte sich der Geschlechtsadel insofern wieder einen Vorzug vor dem übrigen zu verschaffen, als er dahin wirkte, daß gewisse einträgliche und ehrenvolle Rechte ihm vorzugsweise verblieben; daher stellte man als besonderes Erforderniß zur Theilnahme an denselben den alten Adel oder eine gewisse Anzahl Ahnen auf. Mit dieser Ansicht ist der alte Adel aber nur in einigen Ländern in Bezug auf Landtagsfähigkeit, gewisse Aemter und Lehen durchgedrungen²⁰⁾. Wenn sich auch in Bezug auf andere Institute allmählig die Ansicht als gemeinrechtlich bildete, daß sie den alten Adel und zwar von 16 Ahnen erfordern, so haben doch auch diese Vorrechte durch die neueren Gestaltungen im öffentlichen Leben größtentheils ihre Bedeutung verloren. Dieß gilt namentlich von der Bestimmung, daß zu Turnirvereinen und zur Aufnahme in die geistlichen Ritterorden (s. d. Art.) nach den späteren Statuten der alte Adel Erforderniß sei. Sonach beschränkten sich die positivrechtlich anerkannten Vorrechte des alten Adels auf die Hoffähigkeit und Stiftsfähigkeit, welche aber ebenfalls auch keineswegs ausschließlich und von Alters her, wie dieß im einzelnen Falle die fraglichen Statuten entscheiden, dem alten Adel zusteht.

Der Adel geht durch ausdrückliche Verzichtleistung verloren²¹⁾. Diese muß Jedem freistehen, soweit er dadurch nicht die Rechte Dritter verletzt; dieß würde z. B. der Fall sein, wenn ein Adelige, der bestimmte Anwartschaft auf eine Pfründe hat, und auf diese seine Gläubiger anwies, den Adel, der zur Erlangung der Pfründe erforderlich ist, aufgeben wollte. Daß der Staat die Verzichtleistung auf den Adel wegen des Zusammenhanges desselben mit dem öffentlichen Rechte verhindern dürfe, kann wenigstens nach den Grundsätzen des neueren Staatsrechtes nicht behauptet werden, und es läßt sich dieß auch für das ältere schwerlich rechtfertigen, da die den Adel voraussetzenden Einrichtungen mehr des Adels als des Staates wegen vorhanden waren²²⁾. Auf die schon gebornen Kinder erstreckt sich aber der Verlust nicht mit. Der

20) Eichhorn Einleitung §. 65.

21) Besonders zur Zeit der französischen Revolution fand ein solches Aufgeben des Adels auch in Deutschland von Mehreren statt.

22) Wo, wie nach dem bairischen Adelsedict §. 18., Jeder so lange als abelig gilt, bis er nicht in der Adelsmatrikel gestrichen ist, wird dadurch die ausdrückliche Verzichtleistung auch nicht ausgeschlossen, sondern nur an eine gewisse Formalität gebunden.

Verlust des Adels kann auch als besondere peinliche Strafe²³⁾ vorkommen; dieß ist entweder dann der Fall, wenn das Strafurtheil den Verlust des Adels ausdrücklich ausspricht, oder dann, wenn über einen Adelligen eine Strafe verhängt wird, die, wie die Kettenstrafe, die bürgerlichen Rechte vernichtet, oder auch Ehrlosigkeit zur Folge hat. Particularrechte gehen hjerin noch weiter²⁴⁾. Gegen diese als gemeinrechtlich geltende Verluste des Adels hat man eingewendet, daß sie eine Beeinträchtigung der übrigen Stände insofern enthalte, als diese den des Adels Unwürdigen aufnehmen müßten. Man hat auch gefragt, ob ein solcher Adelliger nun dem Bürger- oder Bauernstande angehöre. Auf Letzteres ist zu antworten: daß dieß von den Umständen abhängt, und daß er überhaupt durch den Verlust des Adels an sich weder dem einen noch dem anderen Stande zugewiesen werde, indem man hier die Eintheilung der Staatsgenossen in Adelige und Nichtadelige überhaupt, nicht aber die in den Adel-, Bürger- und Bauernstand vor Augen haben müsse. In Bezug auf Erstere kann aber entgegnet werden, daß ein solches Herabsinken in eine niedere Classe eine nothwendige Folge von der einmal bestehenden Eintheilung der Stände in höhere und niedere sei, die sich bei vielen anderen Einrichtungen im Staate ganz analog findet; man denke nur an die Degradationen. — Durch die Adoption eines Adelligen von einem Bürgerlichen geht der Adel an sich nicht verloren, wohl aber dann, wenn jener auf seinen Geschlechtnamen verzichtet, oder den Adel zugleich ausdrücklich aufgibt²⁵⁾. Eben so wenig geht der Adel auch durch bloßen Nichtgebrauch verloren. Doch nehmen Manche an, daß der Nichtgebrauch des Adels während längerer Zeit, z. B. durch zwei Generationen hindurch, den Verlust desselben nach sich ziehe. Aber auch hierbei ist es nicht zu übersehen, ob das Particularrecht die Eintragung des Adels in die Adelsmatrikel verlangt oder nicht. Eine stillschweigende Verzichtleistung auf den Adel setzt zwar ebenfalls einen Nichtgebrauch voraus, doch ist dieser kein freiwilliger, vielmehr eine nothwendige Folge gewisser Thatfachen oder Handlungen. Daher zieht die Beschäftigung mit sogenannten unehrlichen Gewerben oder gemeine knechtische Handthierung den Verlust des Adels allerdings nach sich. Das Betreiben des zünftigen Kleinhandels, oder zünftiger Gewerbe hat zwar nach der Ansicht vieler Practiker den Verlust des Adels ebenfalls zur Folge²⁶⁾; es gründet sich diese Ansicht aber, abgesehen von der früheren Zeit, wo die adelige Beschäftigungs- und Lebensweise nothwendiges Erforderniß des Adels war, theils auf unrichtige Anwendung von Bestimmungen des römischen Rechtes²⁷⁾, theils auf eine zu weite Ausdehnung der Vorschriften einzelner Stadtrechte, nach denen der Adel vom Bürgerrechte und bürgerlicher Nahrung ausgeschlossen ist.

23) Mittermaier Grundsätze §. 61.

24) Württembergisches Strafgedict v. 1824. §. 36.

25) Kreittmaier Anmerk. zum bairischen Gesetzbuch. V. S. 1683.

26) Leysor med. ad Pand. spec. 189. med. 1. spec. 670. med. 22.

27) L. 3. C. de commerciis prohibet den nobiles Handel zu treiben.

Der eigentliche Großhandel hat aber nie den Verlust des Adels nach sich gezogen²⁸⁾. — Verheurathet sich endlich eine Adelige an einen Nichtadeligen, so tritt für die Dauer der Ehe ein temporärer Verlust des Adels ein; oder man kann auch annehmen, daß er während der Zeit ruht; denn nach der Trennung der Ehe, und bei einer Wiederverheurathung an einen Adelligen lebt der Adel von selbst wieder auf²⁹⁾.

Der wirklich verloren gegangene Adel kann nur durch eine Standeserhöhung wieder erlangt werden, und es ist von einer Erneuerung desselben insofern nicht die Rede, als hierbei gerade das beobachtet werden muß, was bei jeder Standeserhöhung nöthig ist, und auch der alte Adel durch dieselbe nicht wiederhergestellt wird. Eine wirkliche Erneuerung des Adels kann daher nur dann eintreten, wenn das zweifelhaft ist, ob Jemand den Adel noch habe oder nicht. Auch diese Erneuerung muß vom Regenten ausgehen; der Beweis des alten Adels ist hierbei aber möglich³⁰⁾. 22.

Abhäsion (adhaesio)¹⁾ ist in der weitesten Bedeutung eine gerichtliche Erklärung, einer von einem Anderen bereits vorgenommenen Prozeßhandlung beitreten zu wollen. So kann z. B. ein Streitgenosse der von einem Anderen vollzogenen Einlassung in den Streit, und derjenige, welcher gegen Jemanden Arrest impetriten will, dem von einem Anderen bereits ausgewirkten Arreste adhären. In diesem Sinne ist jedoch das Wort Abhäsion kein technischer Ausdruck, obwohl die Geseßstelle²⁾, aus welcher dasselbe entlehnt ist, eher die angegebene Bedeutung, als die jetzt gebräuchliche, rechtfertigt, indem dort das adhaerere das Anschließen an eine von Anderen ergriffene Berufung bezeichnet, um mit dem Appellanten denselben Zweck gemeinschaftlich zu verfolgen. Als technische Bezeichnung kommt Adhäsion nur vor in dem sogen. Adhäsionsprozesse (s. d. Art.) und in der Lehre von der Gemeinschaft der Rechtsmittel im Civilprozeße, wovon hier die Rede sein soll.

Die Abhäsion²⁾ im Civilprozeße hängt mit der Gemeinschaft der

28) Vergl. Gröndler Polemik. Bb. 1. S. 121.

29) Dieß folgt schon aus der Analogie der Sächs. Sp. I. a. 45.

30) Selchow electa juris german. p. 263.

1) Stryk de communione appellationis. Francof. 1684. Franz de commodis et incommodis ex adhaesione inter partes litigantes redundantib. Giss. 1719. Schubert de adhaes. appellat. ab alio interpositae. Lips. 1720. Sturm de adhaesione minus principali. Vitemb. 1734. Suendenmahler de adhaes. appellat. an et quatenus ea ab appellato intra decendum fieri debeat. Wirceb. 1742. Hoffmann de adhaesione et communione appell. Tub. 1769. Mehlen, über die Appell. und andere Impugnativmittel gegen richterl. Erkenntnisse, Berlin und Straßund 1791. §. 13. ff. Puetter opuscula (Gött. 1766.) Nr. XII. Cap. I. p. 480. sq. Gönner, Handb. Bb. III. Abh. 57. §. 20. fg. u. Ximendingen Metaphys. des Civilproz. I. Nr. VIII. 8. 155. fg. v. Baß Abhandlung. (Ulm 1822.) Nr. 20. X. Poch, Entwicklung der Lehre von der accessorischen Appellationsabhäsion im Civil- und Crim.-Prozeße. Notentb. 1821.

2) C. 4. X. de electione in VI. (1. 6.).

Rechtsmittel zusammen, mit welcher sie viele Rechtslehrer für gleichbedeutend halten, was jedoch nicht der Fall ist, da sie sich zu dieser vielmehr verhält, wie die Wirkung zur Ursache oder die Ausübung eines Rechtes zu diesem. Auch ist, wie sich ergeben wird, die Gemeinschaft der Rechtsmittel von größerem Umfange als die Abhäsion, welcher man freilich wieder eine weitere Ausdehnung (in der sog. Principalabhäsion) gegeben hat, als jener Gemeinschaft eigen ist. Wir müssen jedoch, um die Abhäsion selbst deutlich zu machen, mit der gedachten Gemeinschaft, als dem Sachgrunde derselben, beginnen. Vor Justinian war die Appellation nicht gemeinschaftlich, d. h. man berücksichtigte in der Appellationsinstanz blos die Beschwerden des Appellanten, und betrachtete die von diesem angefochtene Entscheidung des vorigen Richters in Bezug auf den Appellaten insoweit für rechtskräftig, als nicht der Appellant für ihn günstige Abänderung derselben durch das gebrauchte Rechtsmittel bewirken würde³⁾. Es konnte daher auf die Berufung nur entweder eine für den Appellanten vortheilhafte Abänderung des früheren Urtheiles (*reformatio in melius*) oder die bloße Bestätigung desselben, niemals aber eine dem Appellaten günstigere und dem Appellanten nachtheiliger Entscheidung, als die angefochtene war, erfolgen (s. g. *reformatio in peius*). Justinian änderte dieß ab, und verordnete dagegen⁴⁾, daß, wenn der Appellant vor dem (Appellations-) Richter erschienen sei und seine Beschwerden vorgebracht habe, auch der Appellat, wenn er gegenwärtig sei, das Recht haben solle, seine etwaigen Beschwerden gegen das vorige Urtheil vorzubringen, und daß, wenn der Appellat abwesend sei, der Richter dessen Interesse sogar von Amtswegen zu wahren habe. Nach dieser Bestimmung soll also durch die, durch die Berufung der einen Partei angefochtene Entscheidung auch für die andere nicht rechtskräftig werden, und es auch dem Appellaten, obgleich er keine Berufung eingewendet und eingeführt hat, gestattet sein, Beschwerden gegen das nur vom Appellanten angegriffene Urtheil vorzubringen und dadurch eine ihm vortheilhafte Abänderung desselben zu bewirken, ja selbst der Richter gegen den Geist der Verhandlungsmaxime die Stelle des abwesenden Appellaten vertreten und das Urtheil nach Befinden der Sache auch zum Nachtheile des Appellanten reformiren (*reformatio in peius*)⁵⁾. Darin nun, daß alle Wirkungen, welche die Berufung für den Appellanten haben kann, auch auf den Appellaten ausgedehnt worden sind, besteht die Gemeinschaft der Berufung. Die Doctrin und Praxis wandten diese, nur für die Berufung gegebene Bestimmung, wegen der Gleichheit des Grundes, auf alle ordentliche Rechtsmittel an. Vermöge dieser Gemeinschaft kann demnach die Partei, welche selbst kein Rechtsmittel eingewendet

3) L. 39. C. de appellat. (7. 42.) im Eing.

4) Die Not. 3. angef. Const.

5) Vergl. Rittermaier im Arch. f. d. civil. Praxis, Bb. VII. 8.

und eingeführt hat, gerichtlich erklären, das von ihrem Gegner angewendete und eingeführte Rechtsmittel ebenfalls gebrauchen zu wollen, und demgemäß auch ihrerseits gegen das fragliche Urtheil Beschwerde aufstellen, um dadurch eine ihr vortheilhafte Abänderung desselben zu bewirken. Diese Erklärung nannte man in der Doctrin und Praxis *Abhäsion*, eine Bezeichnung, welche so ganz unpassend nicht ist, als man behauptet hat ⁶⁾, da der Appellant allerdings insofern an den Appellanten sich anschließt, inwiefern er das von diesem ergriffene Rechtsmittel ebenfalls zu demselben Zwecke des Urtheilsangriffes gebraucht, er somit ihm hierin allerdings *adhärirt*, wenn auch sein Gebrauch und Angriff eine der appellantischen entgegengesetzte Tendenz hat; worin der heutige Begriff der *Abhäsion* von dem im Eingange erwähnten gesetzlichen allein abweicht. Nur die distinctionsfüchtige Theorie der früheren Zeit blieb bei diesem einfachen Begriffe nicht stehen, sondern zog auch einen anderen Fall, nämlich den, wenn der eine Theil dasselbe Rechtsmittel, welches der andere bereits angewendet hat, gleichfalls noch zur rechten Zeit selbstständig einwandte — also in Wahrheit nicht *adhärirte*, unter den Begriff der *Abhäsion*, und spaltete diese als Gattung in zwei Arten, in die *accessorische*, wie sie die erstere eigentliche, und in die *Principalabhäsion*, wie sie die letztere, die nachfolgende selbstständige Rechtsmitteleinwendung des Appellanten — diese *Nichtabhäsion* — nannte. Dadurch wurden einerseits die Begriffe nur verwirrt, indem man der eigentlichen *Abhäsion* durch die Beimischung von etwas ganz Fremdartigem die wahre Bedeutung raubte und durch die Aufstellung eines neuen Begriffes — der *Principalabhäsion* — die Nothwendigkeit einer theoretischen Behandlung desselben, die natürlich nur die Grundsätze von der Einwendung und Ausführung der Rechtsmittel unter einer anderen völlig bedeutungslosen Benennung wiederkaufen konnte, herbeiführte; andererseits aber die Sache, welche man durch diese Abtheilung technisch bezeichnen wollte, nicht einmal erschöpft, indem z. B. auf den Fall, wo beide Theile in demselben Zeitmomente dasselbe Rechtsmittel einwenden, der aufgestellte Begriff der *Principalabhäsion* gar nicht anwendbar ist; abgesehen davon, daß die erwähnte Abtheilung in keinerlei Hinsicht irgend einen theoretischen oder practischen Nutzen zu gewähren vermöchte. Daher läßt sich von der *Principalabhäsion* (offenbar einer unpassenden Nachbildung der Abtheilung der *Intervention*) im Grunde nichts anderes theoretisch sagen, als daß sie ein Wort ohne Sachgehalt, die unpassende Bezeichnung der selbstständigen Rechtsmitteleinwendung des Appellanten sei, die theoretisch und practisch sich von der des Appellanten in gar nichts unterscheidet, welche ja ebenfalls nichts Anderes als eine Rechtsmitteleinwendung ist, und daß sehr zu wünschen wäre, die Theorie möchte doch einmal diese unlogische und darum verwirrende Distinction in die Rechtsgeschichte verweisen, und in Zukunft bloß von der *Abhäsion* ohne alle Abtheilung han-

6) S. z. B. Gönner u. v. Almindingen aa. O. Reinhardt Handb. des Proz. §. 355.

deln 7). Dadurch gewönne auch diese ihren wahren Begriff eines Anschließens wieder, und würde der pleonastische Zusatz: *accessorisch* 8), gleichfalls unnöthig. Dagegen ist die eigentliche (s. g. *accessorische*) Rechtsmittelabhäsion darum in Wahrheit ein Anschließen (*Abhäciren*), und sohin die Bezeichnung beizubehalten, weil der Appellat seinen Urtheilsangriff nur auf die vom Appellanten beobachteten Formalien und die dadurch bewirkte Suspension der Rechtskraft stützen kann, was bei der s. g. *Principalabhäsion* durchaus nicht der Fall ist.

Hinsichtlich der eigentlichen Rechtsmittelabhäsion (*beneficium adhaesionis*), welche, dem Bisherigen zufolge, allein einer besonderen Darstellung bedarf, und sich auf das römische Recht stützt 9), indem die Reichsgesetze 10) nichts Besonderes darüber bestimmen, gelten folgende Grundsätze. 1) Die Partei, welche abhäcirt, heißt *Abhäcirent* und ihr Gegner *Abhäcise*. 2) Abhäciren kann, unter der Voraussetzung des Daseins der sonstigen Erfordernisse, ein Jeder, welcher auch befugt gewesen wäre, das Urtheil durch ein ordentliches Rechtsmittel selbstständig anzufechten; mithin auch ein Dritter, insofern er wegen seines Beisehligseins an dem Urtheile gegen dieses auch Rechtsmittel hätte gebrauchen können. 3) Hinsichtlich der Zeit, wann die Abhäcion zu geschehen hat, sind die Meinungen der Rechtslehrer nicht ganz einig. Während eine Meinung 11) behauptet, daß der Appellat schon nach Ueberreichung des Beschwerdensibells bei dem Obergerichter abhäciren könne, bedingt eine andere 12) diese Befugniß durch die Erkennung der Appellationsprozesse, und eine dritte 13) läßt sie nach Rechtfertigung der Appellationsbeschwerden von Seiten des Appellanten zu. Es ist nicht zu läugnen, daß das Rechtsmittel schon durch die Einführung und Vorbringung der Beschwerden gemeinschaftlich 14), und insofern die Möglichkeit zu abhäciren begründet werde, als der Appellant auf das Rechtsmittel nicht noch vor der Rechtfertigung der Beschwerden verzichtet. Denn wenn auch der Appellat jetzt schon, ohne vorgängige Ladung, abhäciren würde, so wäre diese Abhäcion, sollte sie auch der Obergerichter annehmen, doch immer nur eine eventuelle Handlung, welche nämlich nur unter der Voraussetzung, daß der Appellant das Rechtsmittel nicht fallen lasse oder auf dasselbe ausdrücklich verzichte, rechtlichen Erfolg haben könnte. Der eigentliche Zeitpunkt, in welchem der Appellat zu abhäciren hat, und welchen er ohne allen Rechtsnachtheil abwarten kann, ist

7) Vergl. Gdnner, a. D. §. 19. Danz, Grundf. §. 415. Linde, Lehrb. §. 389. a. G.

8) *Accedere* u. *adhaerere* sind selbst in der Doctrin (man denke an die *accessorische* Intervention, die eben so gut *adhäsorische* genannt werden könnte) wohl nicht wesentlich von einander verschieden.

9) L. 39. de appell. (7. 42.)

10) s. R. K. v. 1566. §. 116. u. von 1594. §. 96. F. d. G. G. D. Th. III. Tit. 34. §. 15. u. Tit. 53. §. 2.

11) z. B. Mehlen, a. a. D. §. 16. *

12) z. B. Gdnner, a. a. D. §. 25.

13) z. B. Martin, Lehrb. §. 276. Linde, Lehrb. §. 393.

14) Verschiedene Ansichten hierüber s. bei Gdnner, a. a. D. §. 26.

erst dann vorhanden, wenn er gerichtlich aufgefordert wird, sich auf die appellantisches Ausführungschrift vernehmen zu lassen. Jetzt muß aber die Abhäsion geschehen, weil er nun — als *praesens in iudicio* ¹⁵⁾ zu betrachten und folglich pflichtig ist, sich über das vom Gegner angefochtene Urtheil zu erklären, und aus der bloßen Bertheidigung desselben gegen die Beschwerden des Appellanten von selbst folgen würde, daß er seinerseits mit der vorigen Entscheidung zufrieden sei. 4) Abhärirt er nun in dieser ersten Antwort, so bleibt die Abhäsion selbst dann wirksam, wenn der Appellant nachher auf das Rechtsmittel verzichten sollte, weil des Appellaten Beschwerdeführung zu dieser Zeit vorgenommen, nun als eine selbstständige erscheint, auf welche des Appellanten Handlungen keinen rechtlichen Einfluß mehr haben. Nur dann, wenn das vom Appellanten gebrauchte Rechtsmittel wegen Mangels an den Formalien zurückgewiesen werden muß, was sich auch nach der Rechtfertigung der Beschwerden noch ereignen kann, wird auch die Abhäsion wirkungslos, weil sie sich eben auf die formelle Statthaftigkeit des vom Gegner zur Hand genommenen Rechtsmittels und die dadurch bewirkte Suspension der Rechtskraft stützt, diese Suspension aber nicht eintrat, wenn das Rechtsmittel wegen mangelnder Formalien verworfen werden muß. Dagegen nützt die vom Appellanten erlangte Restitution wegen veräußter Formalien auch dem Abhärenten. 5) Aus dem Gesagten ergibt sich demnach, daß der Appellat nach dem natürlichen und rechtlichen Gange des Prozesses nicht früher mit Erfolg abhärirt könne, als bis er vom Obergerichter zur Beantwortung der vom Gegner erhobenen Beschwerden aufgefordert wird — was jedoch auch ohne Erkennung der vollständigen Prozesse geschehen kann. — Diese Aufforderung muß aber nach der Beschwerdenausführung erfolgen, wenn das Rechtsmittel nicht formell als unstatthaft erscheint, in welchem Falle aber auch die vorher geschehene Abhäsion nach dem Obigen ohne Wirkung wäre. Sollte der Obergerichter nach der Beschwerdenrechtfertigung dennoch über das Materielle des Rechtsmittels ohne den Appellaten zu hören, erkennen, so muß er das Interesse desselben ebenso von Amtswegen wahren, als wenn abhärirt worden wäre, weil die Partei, welche nicht zum Handeln gerichtlich aufgefordert wird, nach den Grundsätzen des heutigen gemeinen Prozesses als abwesend zu betrachten ist, der Richter aber nach der oft angeführten Constitution den abwesenden Appellaten von Amtswegen zu vertreten hat. Dieß ist der einzige aber ausnahmslose Fall, in welchem der Richter den Appellaten in Folge der Gemeinschaft der Rechtsmittel amtlich zu vertreten, gleichsam von Amtswegen anstatt und im Namen desselben zu abhärirt hat. 6) Die Abhäsion darf sich nur auf die Punkte des Urtheiles erstrecken, welche auch der Appellant angefochten hat ¹⁶⁾. Dieß ist eine natürliche Folge davon daß sich die Abhäsion auf die durch das vom Gegner ergriffene Rechtsmittel bewirkte Suspension der Rechtskraft gründet; diese aber

15) cit. L. 39.

16) Puetter l. c. §. 18. u. f.

hinsichtlich aller jener Punkte eingetreten ist, welche durch das Rechtsmittel nicht angefochten wurden. 7) Wird über ein Rechtsmittel zu Protokoll verhandelt, und daher an beide Theile, an den Appellanten zur Rechtfertigung der Beschwerden, und an den Appellaten zur Vernehmung hierauf, gerichtliche Ladung erlassen, so kann der erscheinende Appellat selbst dann adhären, wenn der Appellant ungehorsam ausgeblieben sein und deshalb zur Rechtfertigung der Beschwerden nicht mehr zugelassen werden sollte¹⁷⁾. Der Grund liegt darin, daß die früheren Formalien von dem Appellanten gewahrt worden sind, die Verzäumung der Rechtfertigungsfrist von Seiten des Appellanten aber dem Appellaten darum nicht schadet, theils weil der Ungehorsam der einen Partei der anderen rechtlich ohne Nachtheil ist, theils weil diesen Mangel der Appellat selbst durch sein Erscheinen ersetzt, und also gültig adhären kann, da die Gemeinschaft der Rechtsmittel schon durch die Einführung und die Vorbringung der Beschwerden begründet wird, mithin die rechtliche Möglichkeit der Abhäsion bereits gegeben ist (Nr. 3.). Würde aber der Appellant noch vor dem Termine auf das Rechtsmittel gerichtlich verzichten, so fände auch die Abhäsion nicht mehr statt, weil der nur durch den Appellanten veranlaßte Termin abbestellt werden müßte und dadurch dem Appellaten die Gelegenheit zur Abhäsion entzogen würde. 8) Ist dagegen nur der Appellat ungehorsam, so darf der Richter, wenn er nun sofort über die gerechtfertigten Beschwerden erkennt, das Interesse des Appellaten hierbei auch nicht von Amtswegen berücksichtigen, weil dieser nicht im gesetzlichen Sinne als abwesend betrachtet werden kann. Dasselbe ist natürlich auch dann der Fall, wenn der Appellat die aufgegebene schriftliche Vernehmung versäumt hat. 9) Daß bei den vom Adhärenenten aufgestellten Beschwerden die *summa appellabilis* vorhanden sei, ist nicht erforderlich, weil die Nachweisung derselben zu den Appellationsformalien gehört, und daher nur dem Appellanten obliegt. 10) Hat der Appellat wirklich adhärirt, so muß der Richter dem Adhären ebenfalls Gelegenheit verschaffen, sich über die Beschwerden des Adhärenenten vernehmen zu lassen, oder doch, wenn er darüber ohne eine solche Vernehmung erkennen will, das Interesse des Adhärenen hierbei von Amtswegen berücksichtigen, weil von dem Momente der wirklich geschehenen Abhäsion an der Adhärenent hinsichtlich der aufgestellten Beschwerden als selbstständiger Appellant, mithin der Adhäsion als Appellat erscheint, und daher letzterer das gesetzliche *beneficium communionis* auch für sich in Anspruch nehmen kann. 11) Adhärirt von mehreren Streitgenossen nur Einer, so kann, nach richtiger Auffassung der Streitgenossenschaft, worüber man jedoch in der Theorie nicht einig ist, die durch die Abhäsion erlangte günstige Entscheidung den übrigen, die sich bei dem vorigen Urtheile beruhigten, nicht zu Theil werden, weil nach jener Auffassung jeder Streitgenosse als ein selbstständiger Litigant zu betrachten ist. 12) Die Abhäsion eines Dritten ist nach den Grundsätzen der Intervention zu be-

17) R. A. v. 1594. §. 96.

urtheilen. Er kann deshalb nur dem Adhärenten, accessorisch intervenirend, sich anschließen. Denn will er sein eigenes Interesse gegen das vorige Urtheil verfolgen, so muß er es durch die formelle Rechtsmittelinwendung thun, weil die Formalienwahrung des Appellanten ihm, als einem Dritten, nicht zu Nutzen kommt¹⁸⁾. 13) Hinsichtlich des Kostenvorschusses gilt die Regel, daß solche Auslagen, die sich auf die beiderseitige Beschwerdeführung beziehen, auch von beiden Theilen gemeinschaftlich vorzuschießen sind. Daher soll sich der Adhärent wegen der Kosten pro redemptione actorum, wenn er die Acten der vorigen Instanz ebenfalls gebrauchen will, mit dem Appellanten verständigen, und wenn eine Vergleichung hierüber nicht zu Stande kommt, der Oberrichter darüber entscheiden¹⁹⁾. 14) Hinsichtlich der endlichen Entscheidung über die in der Rechtsmittelinanz erwachsenen Kosten ist die Abhäsion als ein selbstständig ergriffenes Rechtsmittel zu betrachten, und hiernach von selbst klar, in welchen Fällen auf Erstattung und in welchen auf Compensation der Kosten zu erkennen ist. Letztere tritt namentlich ein, wenn die beiderseitigen Beschwerden als unerheblich oder grundlos zurückgewiesen werden. Hieraus ergibt sich von selbst, daß die Abhäsion auch von Nachtheil sein könne, und wann und in welcher Hinsicht dieser Fall eintrete.

Im Criminalprozeße ist die hier erörterte Appellationsabhäsion darum unnöthig, weil Criminalerkennnisse nicht in derselben Weise, wie die civilrechtlichen, in Rechtskraft übergehen und darum auch der Gebrauch der Rechtsmittel nicht so, wie im bürgerlichen Rechtsverfahren, an Fatalien und Formalien gebunden ist. Aus diesem Grunde bedarf weder der Ankläger im Accusations-, noch die Staatspartei im Inquisitionsverfahren der Wohlthat der Gemeinschaft der Rechtsmittel und der hierauf beruhenden Abhäsion, sondern jeder Betheiligte kann zu jeder Zeit kraft eigenen und selbstständigen Rechtes sein Interesse gerichtlich verfolgen, wiewohl die Bestimmungen des römischen Rechtes, wenn es nöthig wäre, auch auf den Strafprozeß bezogen werden könnten.

E. Jordan.

Abhäsionsprozeß¹⁾ ist diejenige Prozeßart, in welcher Jemand seinen durch ein verübtes Verbrechen entstandenen civilrechtlichen An-

18) Vergl. Puetter l. c. §. 21.

19) R. U. v. 1566. §. 116. Die Behauptung, daß bei der Principalabhäsion der (erste) Appellant alle Kosten allein zu tragen habe (s. de Cramer, proc. imp. §. 1291. Schaumburg, princip. prax. Lib. I. Sect. II. cap. I. §. 16.) ist offenbar gegen diesen R. U. und überhaupt gemeinrechtlich nicht begründet.

1) Becker de tertia spec. proc. civil. mixti seu denunt. Rost. 1760. Kleinschrod, Abhandlungen aus dem peinl. R. (3 Bde. Erl. 1797—806.) Bd. III. Nr. 168. 461. Litmann, Handb. der Strafrechtswiss. (2. Ausg.) III. Bd. §. 921. Mittermaier, das deutsche Strafverfahren etc. (2. Ausg.) IX. Abth. §. 206. Martin, Lehrb. des Civilproz. (10. Ausg.) §. 52. u. 253. Linde, Lehrb. des Civilproz. (4. Ausg.) §. 364. Heffter, Lehrb. des Criminalrechts. §. 690. Bauer, Lehrb. des Strafproz. (Gött. 1835.) §. 246 fg. Müller, Lehrb. des Criminalproz. (Braunschw. 1837.) §. 245. fg.

spruch durch Anschluß an das gegen den Verbrecher anhängige Strafverfahren verfolgt.

I. Quellen. Wenn es auch wahrscheinlich ist, daß nach dem älteren römischen Rechte eine Verbindung des civilrechtlichen Verfahrens mit dem Strafprozeße stattgefunden habe ²⁾, und nicht zu bezweifeln steht, daß nach dem Justinianischen Rechte connexe Civil- und Criminalsachen in Einem Urtheile entschieden werden können ³⁾, so ist doch nicht in Abrede zu stellen, daß die römischen (älteren oder jetzt gültigen) Rechtsquellen nichts enthalten, worauf der Abhäsionsprozeß sich stützen könnte. Dasselbe gilt vom canonischen Rechte. Allgemein will man zwar in der P. G. D. ⁴⁾ die Grundlage dieses Prozeßes finden; wenn man aber die hierfür angezogenen Artikel näher betrachtet, so kann man in denselben nichts entdecken, was den Abhäsionsprozeß begründen oder überhaupt auf diesen, als eine besondere Rechtsverfolgungsform, bezogen werden könnte ⁵⁾. Diese Prozeßart verdankt daher ihre Entstehung und Ausbildung lediglich der Praxis und Doctrin, indem eine gemeingefällige Sanction dieses Verfahrens nicht erweislich ist ⁶⁾.

2) Dirksen, Beiträge zur Kunde des röm. Rechts (Leipzig 1825) Nr. III. S. 189. Rittermaier, Strafverf. §. 206.

3) Peffter, Instit. des Civilproz. S. 109. §. 6. Ende, Lehrbuch §. 58. Note 2.

4) Art. 12, 99, 198. §. 4., 201. u. 207.

5) Der Art. 12 spricht von der Verhaftung des (peinl.) Angeklagten, „bis er Bürgschaft gethan hat,“ und von dem Regresse des Angeklagten gegen den Ankläger wegen grundloser Anklage. Diese Regressansprüche können auch vor dem Criminalgerichte, welches über die Anklage bereits erkannt hat, geltend gemacht und sollen summarisch behandelt werden. Von einem gleichzeitigen Verfahren wegen Calumnie oder gar einem Anschließen des Angeklagten an dasselbe ist keine Rede, sondern es wollte bloß die Competenz des Criminalgerichtes auf die durch falsche Anklage begründeten Civilansprüche erstreckt werden, wie aus den Worten deutlich erhellt. — Der Art. 99. ist im Grunde nur eine Zurückweisung auf den Art. 12, indem gesagt wird, daß „des Abtrages halb, so der (mit Urtheil und Recht) ledig erkannt als Kläger begern würd, die theyl alsdann zu entlichen bürgerlichen Rechten für das Gericht wie hievor davon angezeigt und gemelt ist, gehalten werden sollen.“ Hier ist also wieder nur von einem dem beendigten Strafverfahren nachfolgenden Civilprozeße die Rede. — Der Art. 198 §. 4. verordnet, daß in den Fällen, wo die P. G. D. selbst die Verbindlichkeit der Wiederstattung ausspricht, das Strafurtheil auch diese Verbindlichkeit aussprechen solle. Dieß berechtigt aber den Betheiligten bloß, das zu Erstattende auf dem Grunde des Strafurtheiles civilrechtlich zu verfolgen. — Der Art. 201. bestimmt, wenn im Anklageverfahren die Kosten im Falle der Freisprechung des Angeklagten zu compensiren seien und wiederholt wegen sonstiger Ansprüche der Parteien die Vorschrift des Art. 198. §. 4. — Der Art. 207. endlich handelt von dem Verfahren über die Zurückgabe gestohlener oder geraubter Sachen, die sich in gerichtlichem Gewahrsame befinden, an den Eigenthümer. Auch in diesem Artikel, der nach seiner Stellung die Beendigung des Criminalverfahrens voraussetzt, ist von einem Anschließen der Civilpartei an dieses Verfahren durchaus nicht die Rede. — Diese Bemerkung war nothwendig, um die oben aufgestellte Behauptung zu rechtfertigen, da sie mit der gewöhnlichen Ansicht im Widerspruche steht, vgl. §. B. noch Müller a. a. D. §. 8. Note 5. u. §. 246.

6) A. M. sind Alle, welche diese Sanction in den angef. Artikeln der P. G. D. finden wollen.

II. Entstehung, Ausbildung und Stellung im Prozeßsysteme. Ursprünglich, als nur accusatorisches Verfahren galt, mochte es, wenn Privatpersonen als Ankläger auftraten, wohl häufig der Fall sein, daß neben der Criminalanklage zugleich auch eine civilis actio wegen der Civilansprüche in einem besonderen Libell angestellt und nachher der nahe liegende Versuch gemacht wurde, beide Klagen in Einem Libell zu verbinden⁷⁾. Als später der Inquisitionsprozeß aufgekommen und allmählig zur Regel geworden war⁸⁾, wurde die Denunciatio, die jetzt an die Stelle der wegen der Folgen gern vermiedenen Anklage trat, auch dazu benutzt, um wegen der, durch das denunciirte Verbrechen entstandenen Privatrechtsansprüche die nöthigen Anträge zu stellen, die, von dem Gerichte einmal angenommen⁹⁾, von selbst zu einer Ausdehnung des über das Verbrechen eingeleiteten Verfahrens auf den Civilpunct führen mußten, insofern dieser nur eine summarische Behandlung zuließ, was theils wegen der Geringsfügigkeit des Gegenstandes, theils wegen der Liquidität, wenn das Verbrechen selbst erwiesen wurde, gewiß meistens der Fall war. Sonst wurde natürlich der Civilpunct ad reparatum verwiesen. Bei geringeren Vergehen, die mit keiner peinlichen Strafe bedroht waren, mußte diese Verbindung des Civil- und Strafpunctes um so regelmäßiger vorkommen, als solche Vergehungen von Amtswegen nicht gerügt wurden, und daher die Untersuchung derselben nur auf Anzeige der Betheiligten einzutreten pflegte. Da in diesen Fällen der Denunciant dem Denunciaten gegenüberstand, so lag es sehr nahe, diese Verfahrensart als Denunciationsprozeß von dem eigentlichen Inquisitionsprozeße, oder wegen seines doppelten Gegenstandes als gemischten Prozeß, von dem reinen Strafverfahren in der Theorie zu unterscheiden. Unter diesen Benennungen wurde diese Verfahrensform auch zuerst wissenschaftlich behandelt. Da aber in einzelnen Ländern auch ein aus dem Inquisitions- und Anklageprozeße gemischtes Strafverfahren — der sogen. fiscalische Prozeß — sich ausbildete, war der Ausdruck: gemischter Prozeß für das hier fragliche Verfahren der Theorie nicht mehr bestimmt genug; der Ausdruck: Denunciationsprozeß aber zu enge, seitdem man sich in der Theorie verständigte und die Praxis es bethätigte, daß man auch außer dem Falle einer Denunciatio — namentlich da, wo die wegen handhafter That früher eingeleitete Untersuchung die Denunciatio überflüssig machte — überhaupt bei jedem Criminalprozeße den mit dem Verbrechen zusammenhängenden Civilpunct durch bei dem Criminalgerichte zu stellende Anträge, durch ein Anschließen an das Criminalverfahren, geltend machen könne. Auf diese Weise bildete sich auf dem ganz natürlichen Wege der Fortentwicklung der Begriff des Abhäsionsprozeßes aus, der offenbar weiter und allgemeiner als der des Denunciationsprozeßes

7) So hält z. B. Durant († 1296) in seinem Spec. Libr. IV. Tit. de furtis es noch für unstatthaft, die Civilklage mit der Criminalklage in Einem Libell zu verbinden; was später (z. B. schon von Ferrarius [† 1558] in seiner praxils aurea tit. 52. nr. 14.) für zulässig erklärt wurde.

8) S. Biener, Beiträge zu der Geschichte des Inquisitionsprozeßes Leipzig 1827.

ses, der als eine besondere Art des Abhäsionsprozesses bei geringen Vergehungen betrachtet werden kann, und hier und da in Deutschland noch vorkommt, und viel bestimmter ist, als der des gemischten Prozesses, zu welchem ja auch der fiscalische gehört, welcher also eigentlich auf zwei Arten — den Abhäsions- und den fiscalischen Prozeß — paßt. Uebersehtsam! Je mehr sich der Begriff des Abhäsionsprozesses in der Theorie zur wissenschaftlichen Bestimmtheit und Vollendung entwickelte, desto mehr nahm die practische Bedeutsamkeit dieses Prozesses ab. Der Grund hiervon ist theils in der bestimmten Abgrenzung der Competenz der Gerichte, die in manchen Ländern zu einer Trennung der Civil- und Criminaljustiz führte; theils in der wechselweisen Ausbildung des Civil- und Criminalprozesses, welche eine Verbindung dieser beiden Prozeßarten, die auf einander entgegengesetzten Maximen beruhen, nothwendig immer unverträglicher machen mußte, theils in der mit den Criminalsachen steigend verbundenen Wichtigkeit, die eine Verzögerung derselben durch gleichzeitige Behandlung des Civilpunctes nicht gestattet, zumal eine solche Verzögerung dann, wenn der Inquisit verhaftet ist, auch gegen die Grundsätze der Gerechtigkeit verstoßen würde, theils endlich darin zu suchen, daß in den meisten Criminalfällen die Größe der materiellen Rechtsverletzung wegen deren Einflusses auf die Strafe schon von Amtswegen ermittelt und die Verbindlichkeit zur Entschädigung, wenn sie unzweifelhaft vorliegt, im Criminalurtheile ausgesprochen werden muß¹⁰⁾, wodurch die Abhäsion überflüssig wird, zumal da der Beschädigte stets auch wegen des Verbrechens vernommen und dabei über seinen Schaden näher befragt, und hierüber wieder der Angeeschuldigte verhört wird.

Hinsichtlich der Stellung dieser Verfahrensart im Prozeßsysteme ist man nicht einig, indem sie von Einigen¹¹⁾ für eine Art des Civilprozesses, von Anderen¹²⁾ hingegen für eine Art des Criminalverfahrens erklärt wird. Allein wenn man unter dem Abhäsionsprozeße dasjenige Verfahren begreift, welches den Civil- und Criminalpunct zugleich zum Gegenstande hat, so ist er weder bloß eine Art des Civil-, noch bloß eine Art des Criminalprozesses, sondern eben eine Vermischung beider Prozeßformen, und darum auch beiden theilweise angehörig, jedoch auch keine dritte Prozeßform neben jenen beiden, indem die Grundsätze dieser durch ihre formelle Verbindung nicht verändert, sondern in Wahrheit zwei Prozesse neben und miteinander eingeleitet und bis zum Ziele fortgeführt werden. Beschränkt man aber den Begriff des Abhäsionsprozesses bloß auf das mit dem Criminalprozeße zu verbindende Verfahren über den Civilpunct, so ist er offen-

9) Dies geschah auch schon in der Absicht, um die Leute zur Anzeige der Verbrechen aufzumuntern.

10) P. G. D. Art. 198. §. 4. v. Grolman *Crim. R. W.* §. 544.

11) J. B. Martin, *Lehrb. des Crim.-Proz.* §. 2. und des *Civilproz.* §. 253. Stübel, *das Criminalverf.* II. Bd. §. 607.

12) J. B. Gensler, *Commentar zu Martin* zu §. 242. Linde, *Lehrb.* §. 364. Bauer, *Lehrb. des Crim.-Proz.* §. 5. Müller, *Lehrb.* §. 8. Nr. II.

bar eine besondere Form des Civilprozeßes, die sich eben durch das Anschließen an das Criminalverfahren als solche characterisirt. Will man endlich bei diesem gemischten Verfahren die Wichtigkeit und das hieraus sich ergebende gegenseitige Verhältniß der beiden Objecte des Prozeßes als Entschädigungsnorm für die Stellung im Systeme auffassen, so wird man den Abhäsionsprozeß nothwendig dem Criminalprozeße anreihen müssen, weil der Criminalpunct nicht nur an sich der wichtigere ist, und im Verhältnisse zum Civilpuncte als die Hauptsache des Verfahrens erscheint, welche dieses auch veranlaßt hat, sondern der Civilpunct auch nur durch ein Anschließen an den Strafprozeß verfolgt wird, und darum im Collisionssalle dem Strafpuncte nachstehen muß. Hiernach lassen sich die verschiedenen Meinungen recht leicht vereinigen.

III. Begriff, Zweck und Nutzen. Der durch ein Verbrechen Verletzte hat die Wahl ¹³⁾, seinen Privatrechtsanspruch entweder vor dem competenten Civilgerichte vor, während oder nach der Untersuchung des Verbrechens, oder vor dem Criminalgerichte, welches dieselbe eingeleitet hat, durch Anschluß an das Criminalverfahren geltend zu machen. In diesem Falle entsteht der Abhäsionsprozeß, welcher im engeren Sinne, nämlich in seiner Beschränkung auf den Civilpunct, nichts Anderes ist, als die gerichtliche Verfolgung des durch ein Verbrechen begründeten Privatrechtsanspruches in der Form der Anschließung an das gegen den Verbrecher anhängige Criminalverfahren; im weiteren Sinne aber, nämlich in Beziehung auf das durch die Abhäsion bewirkte ausgedehntere Verfahren gegen den Verbrecher, als der in formeller Einheit bestehende Simultan- oder Doppelprozeß über den materiell-connexen Criminal- und Civilpunct erscheint. Der Zweck der Civilpartei (des Adhärenten) ist, wie bei jedem Civilprozeße, so auch hier die Realisirung seines Rechtsanspruches gegen den Angeeschuldigten (Adhäsion), und der Zweck des Simultanprozeßes ergibt sich aus dessen gedoppeltem Gegenstande von selbst. Der Grund der Statthaftigkeit dieses Doppelverfahrens liegt theils in der Vereinfachung des Prozeßes, theils in der Connerität der beiden Puncte, und in der daraus sich ergebenden Erleichterung für den Adhärenten hinsichtlich der Beweisführung und des Zeit- und Kostenaufwandes. In dieser Erleichterung, insofern sie auch in einem einzelnen Falle wirklich eintritt, besteht eben der Nutzen des Abhäsionsprozeßes ¹⁴⁾.

IV. Rechtsgrundsätze. A) Voraussetzungen der Statthaftigkeit. Die Statthaftigkeit des Abhäsionsprozeßes setzt nach der Natur der Sache voraus: 1) daß kein besonderes Landesgesetz die Abhäsion ausdrücklich verbiete oder indirect unmöglich mache. Letzteres tritt namentlich ein, wenn in einem Lande die Criminal- und Civil-

13) Stübel, Criminalverf. III. §. 1327. Kleinschrod, a. a. D. §. 1. u. 3.

14) Vergl. bes. Müller, a. a. D. §. 246.

gerichte gänzlich getrennt sind; denn eine weitere Voraussetzung der Statthastigkeit ist 2), daß das Criminalgericht auch für die Civilsache competent sei, d. h., daß es überhaupt Civilgerichtsbarkeit habe, und die fragliche Civilsache nicht etwa einem besonderen Gerichte ausschließlich zustehe. Unter dieser Voraussetzung wird sodann 3) das Forum selbst entweder als das der materiellen Connerität oder als das des begangenen Verbrechens leicht begründet werden können, wenn nicht schon der Gerichtsstand des Wohnortes oder der belegenden Sache vorhanden sein sollte. Ferner 4) daß die Beschaffenheit des gegenseitigen Verhältnisses des Civil- und Criminalpunctes eine gleichzeitige Behandlung überhaupt möglich mache. Die beiden Sachen dürfen daher nicht in einem präjudicellen Verhältnisse zu einander stehen; denn in einem solchen Falle muß die Präjudicialsache, sie sei der Civil- oder Criminalpunct, stets zuerst erledigt werden ¹⁵). Die gleichzeitige Behandlung beider Puncte darf sodann 5) keine Verwirrung besorgen lassen. Wenn daher z. B. mehrere Verbrechen concurriren, die auch mehrere Abhäsionen zur Folge hätten, oder der Civilanspruch zwischen Mehreren bestritten ist u. s. w., so wird nur eine getrennte Prozeßführung stattfinden können; aus diesem Grunde muß auch dann, wenn im Laufe des Simultanprozesses die eine oder andere Sache verwickelter wird, als sie anfangs war, die Civilsache zur besonderen Verhandlung verwiesen werden. Wann dieß zu geschehen habe, hat der Richter zu ermessen. Die Criminalsache darf 6) durch die Civilsache, die im Verhältnisse zu jener nur als Nebensache erscheint, wie bereits oben bemerkt wurde, keine ungebührliche Verzögerung erleiden, die besonders dann als vorzugsweise unstatthast erscheint, wenn der Angeschuldigte verhaftet ist. Sobald demnach auch im Laufe des Verfahrens der Civilpunct eine solche Verzögerung herbeiführen würde, muß der Abhärent jetzt noch ad separatam verwiesen werden. Endlich ist 7) noch erforderlich, daß der Criminalprozeß bereits gegen die bestimmte Person, gegen welche man abhären will, eingeleitet sei, oder wenigstens zu gleicher Zeit eingeleitet werde. Letzteres kann der Fall sein, wenn der Verlegte mit der Denunciation eines bestimmten Verbrechens, welche die Veranlassung der Criminaluntersuchung bezweckt, die Abhäsion verbindet. Immer muß aber die Untersuchungseinleitung als der Abhäsion vorgängig gedacht werden, wie aus dem Begriffe des Anschließens von selbst folgt. Daher kann während der Generalinquisition im engeren Sinne, welche nämlich blos die Herstellung des Thatbestandes und die Ausmittelung des muthmaßlichen Thäters bezweckt, nicht abhären, sondern blos die Absicht, dann, wenn der Thäter ermittelt und gegen ihn als solchen verfahren werden sollte, abhären zu wollen, mit der Bitte um Benachrichtung von dem Beginne dieses Verfahrens, erklärt werden (eventuelle Abhäsion). Uebrigens ist es hinsichtlich der Statthastigkeit der Abhäsion völlig einerlei, ob der Criminalprozeß nach der Inquisition- oder nach der Accusationsform eingeleitet wird.

15) Vergl. Kleinschrod im neuen Arch. des Crim.-R. Bd. II. §. 257. ff. Littmann, Handbuch Bd. III. §. 647. Mittermaier, das Strafverf. §. 6. u. f. — Immer aber müssen beide Sachen materiell conner sein.

B) **Rechtliche Natur und Eigenthümlichkeiten des Abhäsionsprozesses.** Man hat die Abhäsion für eine Art der Intervention erklärt¹⁶⁾, was sie aber, bei genauerer Erwägung, nicht ist. Denn einmal paßt der Begriff eines *Dazwischentretens* auf die Abhäsion, die nur ein *Beitritt* ist, überhaupt nicht, und sodann kann man auf sie weder die Grundsätze der *accessorischen Intervention*, da der *Adhärent* keinem Theile sich anschließt, um demselben zum Siege zu verhelfen, sondern als eine selbstständige Partei erscheint, noch die Grundsätze der *Principalintervention* anwenden, da der unmittelbare Zweck des *Adhärenten* auf ein ganz anderes Object gerichtet ist, als welches den Gegenstand des anhängigen Verfahrens, dem er sich anschließt, bildet. Auch gewährt diese Auffassung der Abhäsion gar keinen Nutzen, indem die Grundsätze der Intervention doch nicht auf sie angewendet werden können. Will man sie aber für eine ganz besondere Art der Intervention ansehen, so ist wieder nichts gewonnen, da für diese sodann erst wieder besondere Grundsätze aufgestellt werden müßten, und es wäre nur ein Wort durch ein anderes weniger passendes, erklärt. Die Abhäsion hat bloß *Ähnlichkeit* mit der Intervention, indem durch sie zu einem anhängigen Prozesse ein *Dritter* hinzutritt, und der *Adhärent* formell der Staatspartei sich anschließt, wie der *accessorische* *Intervenient*; aber einen selbstständigen Zweck verfolgt, wie der *Principal* *Intervenient*; sie ist aber ihrem Wesen nach von der Intervention schon deshalb völlig verschieden, weil durch die Abhäsion zwei dem Zwecke, Gegenstände und den Grundprincipien des Verfahrens nach ganz verschiedene Prozesse entstehen, was bei der Intervention bekanntlich nie der Fall ist. Die rechtliche Natur des Abhäsionsprozesses besteht lediglich in der *formellen* Verbindung zweier, an sich selbstständiger und auf verschiedene Zwecke gerichteter, jedoch materiell *connexer* Prozesse, eines *Criminal-* und *Civil*prozesses in der Weise, daß jener selbst hinsichtlich dieser formellen Verbindung die *principale* Grundlage bildet, und dieser sich derselben nur *accessorisch* anschließt. Hieraus ergeben sich die *Eigenthümlichkeiten* des Abhäsionsprozesses (als *Simultan*prozess aufgefaßt)¹⁷⁾ von selbst. Denn aus der *Selbstständigkeit* beider Prozesse folgt, daß 1) ein jeder vor ihnen seine ihm außer dem Falle der Verbindung eigenthümlichen Grundprincipien beibehalte, also der *Criminalpunct* nach der *Inquisitions-*, und der *Civilpunct* nach der *Verhandlungsmaxime* zu verfolgen sei¹⁸⁾; daß 2) die bloß dem einen Prozesse eigenen Handlungen und Beweismittel dem anderen keinen Eintrag thun können, und überhaupt das Eigenthümliche des einen Prozesses dem anderen nicht *präjudicire*¹⁹⁾; daß 3) der *Angeschuldigte* hinsichtlich

16) Siehe z. B. Kleinschrod, angef. Abhandl. Th. III. S. 471. Stübel, das Criminalverf. §. 1338. Peffter, Lehrb. des Cr.-R. §. 690. Bauer, Lehrb. §. 247.

17) Vergl. Müller, a. a. D. §. 247.

18) Mittermaier, Strafverf. §. 206. Bauer, Lehrb. §. 248. Nr. II. Linde, Lehrb. §. 364. Note 7.

19) Mittermaier a. a. D. Nr. 2.

des Civilpunctes als Civilpartei zu betrachten und als solche alle Vertheidigungs- und Rechtsmittel zu gebrauchen befugt sei, welche ihm auch im gesonderten Civilprozeße zu Gebote ständen; und daß auch der Adhärent nur auf solche Rechtsverfolgungsmittel beschränkt bleibe, die im Civilprozeße zulässig sind. Aus der formellen Verbindung beider Prozesse ergibt sich ferner, daß 4) der Adhärent an allen Handlungen des Verfahrens insoweit, als es sein Zweck nöthig macht, aber auch nur insoweit, Theil nehmen, und zu diesem Ende selbst die Einsicht der Acten verlangen könne²⁰⁾; daß er 5) die actenmäßige Aufnahme aller Anträge und Beweise zu verlangen befugt sei, welche mittel- oder unmittelbar den Civilpunct betreffen, und ihm selbst bei solchen Handlungen, die zunächst nur den Criminalpunct angehen, das rechtliche Gehör nicht versagt werden dürfe, sobald er einen Einfluß derselben auf den Civilpunct nachweist²¹⁾; daß 6) überhaupt die Prozeßverhandlungen sich zugleich auf den Civilpunct mit zu erstrecken haben, dieser in denselben Acten zu instruiren und im Urtheile über beide Puncte zugleich zu erkennen sei, und daß 7) der Adhärent für die bloß den Civilpunct betreffenden Handlungen die Kosten allein, für die gemeinschaftlichen aber für seinen Antheil vorzuschießen habe; wogegen er solche Handlungen, die bloß des Criminalpunctes wegen vorgenommen worden sind, auch ohne Kostenvorschuß für seinen Zweck, wenn und insoweit es nach der Natur des Civilprozeßes angeht, benutzen kann. Denn die Acten sind 8) insoweit, als sie auch auf den Civilpunct mittel- oder unmittelbare Beziehung haben, gemeinschaftlich. Deshalb kann der Adhärent auch Abschriften von den gemeinschaftlichen Actenstücken verlangen. Aus dem gegenseitigen Verhältnisse beider Prozesse folgt weiter, daß 9) der Civilpunct im Verlaufe des ganzen Verfahrens dem Criminalpuncte nachstehe, dieser als Hauptsache, jener als Nebensache erscheine, und deshalb die Adhäsion nur insoweit zulässig sei, als sie den Criminalprozeß nicht hemmt. Aus diesem Grunde sind 10) die vorhergenannten Befugnisse des Adhärenten, insbesondere sein Recht der Acteneinsicht, die Befugniß Abschriften zu verlangen u. s. w., der Einschränkung unterworfen, daß dadurch für die Criminalsache kein Nachtheil entstehe; muß 11) der Civilpunct selbst im Verlaufe des Processes zum getrennten Verfahren verwiesen werden, wenn die weitere Fortsetzung des Simultanprocesses die Criminalsache stören oder verzögern würde; darf 12) das Urtheil in dieser durch die Illiquidität des Civilpunctes nicht aufgehalten werden, und ist 13), wenn über beide Sachen zugleich erkannt wird, zuerst über die Criminalsache und hierauf über den Civilpunct im gemeinschaftlichen Urtheile zu erkennen. Daraus endlich, daß die Adhäsion nur ein Anschließen an den Criminalprozeß ist, ergibt sich, daß 14) der Civilprozeß sich nach der Form des Criminalverfahrens zu richten habe²²⁾.

20) Mittermaier a. a. D. Nr. 7. Martin, Lehrb. des Civilproz. §. 253.

21) Mittermaier a. a. D. Nr. 9. Müller a. a. D. §. 274. Note 4.

22) Martin, Lehrb. des Civilproz. §. 253.

C) Verfahren ²³⁾. 1) Das Verfahren über den Civilpunct besteht materiell aus denselben Stadien, wie der getrennte Civilprozeß, wenn auch formell kein eigentlicher Schriftenwechsel, sondern in der Regel nur protocollarisches Verhandeln, wie im summarischen Civilverfahren, stattfinden kann. 2) Der Verletzte muß seinen Entschluß, dem Strafverfahren beitreten zu wollen, ausdrücklich und so zeitig erklären, daß dadurch kein Stillstand im Criminalverfahren veranlaßt wird, und sodann seinen Rechtsanspruch gehörig begründen. 3) Ueber diesen ist hierauf der Angeschuldigte zu vernehmen und aufzufordern, seine ihm etwa zu Gebote stehenden dilatorischen und peremptorischen Verteidigungsmittel vorzubringen; zu welchem Zwecke es ihm auch gestattet sein muß, einen Rechtsverständigen in Gegenwart einer Gerichtsperson zu Rathe zu ziehen, insoweit die Criminaluntersuchung darunter nicht leidet. Ueberhaupt findet vollständiges Wechselgehör nach dem Grundprincipe des Civilprozeßes statt. 4) Ergeben sich wesentliche dilatorische Anstände, die ohne Verzögerung für die Criminalsache nicht gehoben werden können, so muß der Civilpunct ad separatum verwiesen werden. 5) Nachdem beide Theile über die gegenseitigen factischen Behauptungen vollständig gehört worden sind, wird der etwa erforderliche Beweis durch ein protocollarisches Decret aufgetragen, wogegen Rechtsmittel, insofern sie auch im getrennten Civilverfahren stattfänden, nicht ausgeschlossen sind. Nur darf dadurch die Criminalsache nicht verzögert werden, widrigenfalls die Verweisung ad separatum eintreten müßte. 6) Zur Beweisführung stehen beiden Theilen die gewöhnlichen civilrechtlichen Beweismittel zu Gebote ²⁴⁾, deren Gebrauch jedoch wieder das Criminalverfahren nicht verzögern darf, widrigenfalls die Trennung beider Prozesse zu verfügen wäre. Dabei kann der Abhänger natürlich auch der strafrechtlichen Beweisführung, insoweit abhänger, als dieselbe geeignet ist, seine Klagenansprüche civilrechtsgiltig zu bewahren. Wegen der materiellen Connerität beider Sachen wird dieß in den meisten Fällen möglich sein; nur dürfen die für den Civilprozeß erforderlichen Förmlichkeiten nicht außer Acht gelassen und es muß der Angeschuldigte mit den ihm civilrechtlich zustehenden Einwendungen gegen die Beweismittel gehört werden. Da der Anspruch des Abhängenten auch durch den Beweis des Verbrechens, aus dem jener entspringt, bedingt ist, so muß ihm natürlich gestattet werden, auch Beweismittel in Antrag zu bringen, die sich lediglich auf die Bewahrheitung des Verbrechens beziehen, wobei es jedoch von dem Ermessen des Gerichtes abhängt, ob und in wie weit der wirkliche Gebrauch derselben geeignet sei; aber auch die Beschwerdeführung des Abhängenten gegen eine unstatthafte Verweigerung der Benützung dieser Mittel nicht ausgeschlo-

²³⁾ Vergl. Grolman, *Crim.-R. W. S.* 544. Pfeiffer a. a. D. S. 690. Bauer a. a. D. S. 248. Müller a. a. D. S. 248. ff.

²⁴⁾ Auch die Eidesdelation und die nothwendigen Eide sind in der Regel zulässig. Ob aber der Angeschuldigte zur Eidesleistung zu lassen sei, ist nach der Beschaffenheit des ihm zur Last gelegten Verbrechens und der Sätze des Criminalprozeßes zu beurtheilen.

sen ist. Die Beweisaufnahme selbst hat in der, der Criminalprozeßform möglichst entsprechenden Weise und gelegentlich bei der Vornahme der Untersuchungshandlungen zu geschehen, wie es die Natur der Abhäsion von selbst mit sich bringt. Zum Zwecke des Gegenbeweises kann der Angeschuldigte ebenso blos der criminalrechtlichen Verteidigungsbeweisführung adhäriren, als zugleich selbstständige Beweismittel gebrauchen. 7) Nach dem Schlusse der Untersuchung, bis zu welchem Zeitpunkte auch die civilrechtliche Beweisaufnahme beendigt sein muß, wenn nicht Trennung beider Sachen eintreten soll, ist dem Adhärenten die begehrte Beweisausführung zu gestatten, gegen welche der Angeschuldigte in der Hauptverteidigung sich erklären kann. 8) Hierauf erfolgt über beide Sachen die Entscheidung in demselben Urtheile. Der der Civilpunct betreffende Theil des Erkenntnisses erstreckt sich auch über die besonderen Kosten des Abhäsionsverfahrens, die, wie die Hauptsache selbst, ganz nach den Grundsätzen des Civilrechtes zu beurtheilen sind. 9) Da die beiden Entscheidungen außer ihrer formellen Verbindung nichts miteinander gemein haben, und daher keine der anderen präjudicirt, so kann zwar der Angeschuldigte gegen beide zugleich, der Adhärent aber nur gegen die civilrechtliche Entscheidung, Rechtsmittel gebrauchen, welche insoweit sie den Civilpunct betreffen, hinsichtlich der Statthaftigkeit und der Formalien ganz nach den Grundsätzen des Civilprozeßes zu beurtheilen sind, und auf die Vollziehung des den Criminalpunct entscheidenden Theiles des Erkenntnisses gar keinen Einfluß haben. Jedoch ist dadurch die Statthaftigkeit von Gesuchen um provisorische Verfügungen, welche ein lössprechendes Urtheil etwa nöthig macht, nicht ausgeschlossen. In der Rechtsmittelinstantz geht der Abhäsionsprozeß in dem Falle, wenn nur gegen die Entscheidung des Civilpunctes von dem einen oder anderen Theile Beschwerden erhoben werden, in den reinen Civilprozeß über. Wird dagegen auch das strafrechtliche Urtheil von dem Angeschuldigten oder da, wo es angeht, von der Staatspartei angefochten, so dauert der Abhäsionsprozeß auch in dieser Instanz noch fort und wird auch hier wieder über beide Sachen in demselben Urtheile erkannt, wobei wieder die, durch das gegen die civilrechtliche Entscheidung gerichtete Rechtsmittel, veranlassen besonderen Kosten von den übrigen zu trennen und nach civilrechtlichen Grundsätzen zu beurtheilen sind. 10) Gegen die obergerichtliche Entscheidung über die gegen den civilrechtlichen Theil des Erkenntnisses erhobenen Beschwerden finden nur dann weitere Rechtsmittel statt, wenn diese nach Beschaffenheit der Sache auch im gesonderten Civilprozeße zulässig wären. 11) Die Vollstreckung des Urtheiles über den Civilpunct gestattet nach der Natur der Sache keine Abhäsion mehr, sondern geschieht im getrennten Verfahren ganz in derselben Weise, wie bei anderen civilrechtlichen Erkenntnissen. Denn sollten auch die durch das Criminalurtheil begründeten Ansprüche des Staates auf das Vermögen des Verurtheilten eine Collision mit den dem Adhärenten zuerkannten Forderungen ²⁵⁾ bei der Execution veranlassen, so würde,

25) Diese gehen den Ansprüchen des Staates vor. P. G. D. Art. 157, welcher Artikel jedoch nur vom Diebstahle spricht.

wenn es zu einem Rechtsstreite hierüber käme, dieser keine Fortsetzung des Adhäsionsprozesses, sondern ein neuer reiner Civilrechtsstreit zwischen dem Staate und dem ehemaligen Adhärenenten sein. S. Jordan.

Adiectus oder **adiectus solutionis gratia** heißt in der Kunstsprache der neueren Juristen derjenige, welcher in einer Stipulation neben dem in derselben erwähnten stipulator alternativ so genannt wird, daß die Zahlung des Objectes der Obligation an einen von beiden gültiger Weise geschehen kann. Die Erfordernisse sind: 1) daß die Stipulation gültig sei¹⁾. 2) Daß der adiectus außer dem Obligationsverhältnisse, welches aus der Stipulation zwischen dem Stipulator und dem Promissor entsteht, befindlich sei. Denn wenn er die Obligation erwirbt, so kann er nicht adiectus sein²⁾. 3) Daß die Stipulation alternativ in Bezug auf die Person, welche die Zahlung anzunehmen berechtigt sein soll, gestellt sei: mihi aut Titio dare spondes? 4) Daß dasselbe Object der Obligation vorhanden sei. Denn sind es verschiedene Objecte, die dem stipulator und adiectus versprochen sind, so ist die Zahlung, welche an den Adiectus geschieht, zwar nach dem ius civile ungültig³⁾, und bringt also auch keine liberatio zu Wege; doch wird der Schuldner, welcher die Zahlung, an den Adiectus geleistet hat, auf dem Wege der Exception geschützt⁴⁾, wonach die allgemeinen Ausdrücke in L. 34. §. 2. D. de solut. (46. 3.) zu beschränken sind. Dagegen ist weder die Einwilligung des Adiectus von nöthen, noch bedarf es auch eines ausdrücklichen, von Seiten des stipulator an den adiectus gezeichneten Mandates. Die Wirkung der adiectio ist die, daß dem adiectus gültig und mit voller Wirkung gezahlt werden kann⁵⁾; daß es in der Willkür des Schuldners steht zu bestimmen, wem er Zahlung leisten will, dem stipulator oder dem adiectus; und daß jede vom Schuldner an den adiectus gerichtete Zahlung gerade so angesehen werden muß, als ob sie an den stipulator geschehen wäre⁶⁾. Deshalb kann a) der Schuldner, welcher an den adiectus indebite gezahlt hat, dem stipulator auf die Rückgabe des Gezahlten verklagen⁷⁾; b) der Schuldner darf den adiectus wegen der Rückgabe des Gezahlten nie in Anspruch nehmen⁸⁾; c) der Schuldner hat, wenn er einen Theil der Schuld bereits an den adiectus gezahlt, den Rest an den stipulator zu zahlen⁹⁾; d) deshalb können auch die Wirkungen der Zahlung an den adiectus keineswegs durch ein Zahlungsverbot, welches der stipulator an den Schuldner in Bezug auf den adiectus ausgebracht hat, aufgehoben

1) L. 144. §. 7. D. de verb. obligat. (45. 1.)

2) L. 95. §. 5. D. de solut. (46. 3.)

3) L. 44. §. 4. D. de obligat. et act. (44. 7.) L. 141. §. 5. D. de verb. obligationibus. (45. 1.)

4) L. 141. §. 5. D. 45. 1.

5) L. 10. D. 46. 3. L. 59. L. 95. §. 6. D. ibidem. Vergleiche Brandis im Neuen Rheinischen Museum, Bd. 1. S. 294.

6) L. 69. D. 46. 3. §. 4. J. de inutil. stipul. (3. 20.)

7) L. 59. D. 46. 3. L. 34. pr. D. ibidem.

8) L. 33. D. de pignor. et hypoth. (20. 1.)

9) L. 71. pr. D. 46. 3.

ben oder verändert werden¹⁰⁾. Denn das Recht des Schuldners, an den adiectus zu zahlen, ist ein Theil der Stipulation geworden, und kann also durch einseitige Willensbestimmung des stipulator nicht abgeändert werden¹¹⁾. — Dagegen wird dem adiectus, dessen Rechtsverhältniß zum Schuldner nur darin besteht, daß er die von ihm geleistete Zahlung gültig annehmen kann¹²⁾, alle Dispositionsbefugniß über die Obligation und deren Object abgesprochen. Deshalb kann er 1) nie aus der Obligation klagen¹³⁾, 2) sich keine Bürgen, kein Pfand bestellen lassen¹⁴⁾, 3) keine novatio, keine acceptilatio, kein constitutum darüber eingehen¹⁵⁾. Auch ist die Berechtigung des adiectus zur Annahme der Zahlung rein persönlich; denn sie geht auf seinen Erben keineswegs über¹⁶⁾. Was aber das Verhältniß des adiectus zum stipulator anbetrifft, so liegt es am Tage, daß ein obligatorisches Verhältniß zwischen ihnen gar nicht existirt, so lange der adiectus die Zahlung noch nicht angenommen hat. Durch die Annahme der Zahlung wird der adiectus aber Auftragnehmer (mandatarius) des stipulator, und es kann von dieser Zeit an von dem letzteren zur Bezahlung der eingezahlten Summe mit der actio mandati directa gezwungen werden¹⁷⁾. Es erklärt sich dieß einfach daraus, daß schon in der Fassung der Stipulation ein Auftrag von Seiten des stipulator liegt, und dessen Annahme von Seiten des adiectus durch die an ihn erfolgte Zahlung erklärt wird. Aufgelöst wird das Verhältniß des adiectus und die aus demselben hervorgehenden Berechtigungen desselben außer den allgemeinen Erlösungsgründen der Obligationen: a) durch den Tod des adiectus. b) Durch jede capitis deminutio des adiectus¹⁸⁾, mit Ausnahme der Emancipation¹⁹⁾. Durch die Eingehung einer litis contestatio über die Schuld von Seiten des stipulator und des promissor²⁰⁾. In der Hinzufügung eines adiectus zur Stipulation liegt offenbar eine Begünstigung des Schuldners. Geschichtliche Thatsachen über die Einführung dieses Institutes sind in den römischen Rechtsquellen nicht aufbehalten.

Heimbach.

Adiudicatio heißt im römischen Prozesse der Theil der formula, in welchem der Magistrat, welcher die Jurisdiction hat, dem iudex, welchen er mit der Entscheidung des Processes beauftragt, das Recht erteilt, das streitige Object der einen von den Parteien durch die sententia als Eigenthum zuzuerkennen¹⁾. Dieser Theil der formula lautete gewöhnlich so: quantum adiudicari oportet, iudex Titio ad-

10) §. 4. J. 3. 20. L. 16. pr. D. 46. 1. L. 106. D. 46. 3.

11) L. 12. §. 3. D. 46. 3.

12) L. 10. D. 46. 3.

13) L. 10. D. 46. 3. L. 7. §. 1. D. de pec. const. (13. 5.)

14) L. 23. D. de fideiuss. (46. 1.) L. 33. D. de pignor. et hypoth. (20. 1.)

15) L. 10. D. de novationibus. (46. 2.) L. 10. D. 46. 3. L. 7. §. 1. D. 13. 5.

16) L. 55. D. 45. 1. L. 81. pr. D. 46. 3.

17) §. 4. J. 3. 20. L. 131. §. 1. D. 45. 1. L. 98. §. 5. D. 46. 3.

18) L. 38. pr. D. 46. 3.

19) L. 56. §. 2. D. 45. 1.

20) L. 57. §. 1. D. 46. 3. L. 16. pr. D. 46. 1.

1) Caius inst. 4. §. 42.

judicatio. Dagegen wird auch die ad iudicatio unter den Erwerbungsgründen des Eigenthums mit aufgeführt²⁾. Sie kam nur in den drei Theilungsklagen (iudicia divisoria) vor, d. h. in der actio communi dividundo, familiae heriscundae, finium regundorum³⁾. Im Justinianischen Rechte, wo die formulae außer Gebrauch gekommen sind, besteht die ad iudicatio zwar ihrem Wesen, keineswegs aber ihrer Form nach annoch fort⁴⁾. Derjenige, welcher hier das Eigenthum zuspricht, ist nicht mehr der iudex privatus, sondern der Magistrat selbst, welcher den Prozeß in eigener Person leitet und entscheidet. Und es wird derselbe angewiesen, wenn die eine Partei durch die ad iudicatio in Schaden gekommen sollte, den Gegner, welcher das Eigenthum der streitigen Sache durch ad iudicatio erwirbt, dazu zu verurtheilen, daß er die erstere Partei in Geld entschädige⁵⁾. Daraus ergibt sich nun, 1) daß es falsch ist, wenn neuere Rechtsgelehrte die Befugniß zu ad iudicare dem Richter auch in anderen Klagen einräumen; 2) daß der Sprachgebrauch ungegründet ist, nach welchem man jeden Zuschlag des Eigenthums einer Sache durch den Magistrat, welcher die Jurisdiction hat, mit dem Namen „Ad iudicatio“ belegt.

Administrativjustiz. Administrativjustizsachen¹⁾.

Man könnte versucht werden, unter dieser Bezeichnung solche Justizsachen, welche den Grund ihrer Entstehung in der Verwaltung des Staates haben, mithin Rechtsverletzungen zu verstehen, die dem Staatsgenossen durch die Staatsverwaltung zugefügt werden. Allein dieß ist nur theilweise der Fall. Man hat vielmehr darunter solche durch Verwaltungshandlungen veranlaßte Rechtsstreitigkeiten zu verstehen, welche den gewöhnlichen Gerichten entzogen, und durch die Verwaltungsbe-

2) Ulp. fragm. tit. 19. §. 6.

3) Ulp. fragm. a. a. D.

4) §. 4—6. I. de officio iudicis. (4. 17.)

5) §. 4—6. I. 4. 17.

1) M. s. vorzüglich: Schöner, Handb. des Proz. II. S. 1. fg. u. Entwurf eines Gesetzbuches über das gericht. Verf. 2. Bde. Erl. 1815. fg. (der 2. Bd., welcher die Motive enthält.) Rudhart, über die Verwaltung der Justiz durch die administrativen Behörden, Würzb. 1817. v. Späun polit. und literar. Phantasien, Germanien 1817. Nr. IV. Ueber das Forum administrativcontentidser Sachen, Ulm 1821. v. Weiler, über Verwaltung und Justiz und die Grenzlinie zwischen beiden, Mannh. 1826. (2. Aufl. 1830.) Derselbe, über Administrativjustiz in Frankreich und Baden (im Arch. f. Rechtspflege in Baden, 1829. Bd. 1. Hft. 1. S. 312 fg.) K. v. Pfizer, über die Grenzen zwischen Verwaltungs- u. Civiljustiz, Ulm, 1828. Derselbe über die neuesten Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Verwaltungsjustiz und gegen ihren Umfang, Stuttg. 1833. W. G. Puchta, Beiträge zur Gesetzgebung und Praxis des bürgerl. Rechtsverf. I. Bd. Erl. 1822. Nr. 7. S. 281. fg. Mittermaier im Arch. für civil. Praxis Bd. IV. S. 344. fg. u. Bd. XII. S. 395 fg. Pfeiffer, pract. Ausführungen, Bd. III. Nr. X. S. 181. fg. Bühl, über das Verhältniß zwischen Justiz und Verwaltung (in Pölig Jahrb. f. Staatsl. und Gesch. Jahrg. 1832. Bd. I. S. 127. fg.)

hördern zu entscheiden sind. Man bezeichnet also damit Sachen, in welchen die Verwaltung eine Art von Richteramt ausübt, das mit dem Namen Administrativjustiz (Rechtspflege durch die Administration) belegt wird. Allein die Lehre von der Administrativjustiz und den dahin gehörigen Sachen ist sehr bestritten. Es ist namentlich bestritten, ob überhaupt eine Administrativjustiz zulässig sei, und ob nicht vielmehr die Streitigkeiten, welche vor dieselbe gezogen werden wollen, als wahre Justizsachen zu betrachten und deshalb von den ordentlichen Gerichten zu behandeln und zu entscheiden sind. Nicht minder streitet man auch darüber, ob und unter welchen Bedingungen die durch die Staatsverwaltung veranlaßten Streitigkeiten Justizsachen und so einer richterlichen Entscheidung, sei es durch die Verwaltungsbehörden oder durch die ordentlichen Gerichte, unterworfen seien. Denn die Grenzlinie zwischen Justiz und Verwaltung (Regierung, Polizei), von deren Bestimmung auch der Unterschied zwischen Justiz- und Verwaltungssachen abhängt, war von jeher ein Gegenstand des Streites, der noch jetzt nichts weniger als ausgeglichen, vielmehr seit der neuen politischen Gestaltung Deutschlands durch den rheinischen und deutschen Bund, durch die dadurch herbeigeführte veränderte Stellung der ehemaligen Territorialherren, durch die Erweiterung der Staatsverwaltung und die wissenschaftliche Ausbildung ihrer Principien neuen Stoff und neues Interesse gewonnen hat. Wir dürfen daher dieses Verhältniß zwischen Justiz und Verwaltung (im Sinne der Ausübung aller Rechte der Staatsgewalt mit Ausschluß der Rechtspflege) hier nicht umgehen, da sich ohne dasselbe der Begriff von Administrativjustizsachen gar nicht deutlich erörtern läßt, indem er eben durch dieses Verhältniß bedingt wird. Wir gehen hierbei jedoch prüfend den geschichtlichen Weg, der auch hier am zuverlässigsten zum Ziele führt.

1) Die Angelegenheiten einer jeden geselligen Verbindung zerfallen wesentlich in zwei Hauptklassen, wovon die eine die *utilitas singularum s. privata*, und die andere die *utilitas omnium s. publica* zum Gegenstande hat, die eine sohin den Umfang des Privatrechtes und die andere den Umfang des öffentlichen Rechtes einschließt, und die erstere der letzteren in derselben Weise untergeordnet ist, wie das Sonderinteresse der Einzelnen dem Gesamtinteresse Aller nachstehen muß. Daher wird sich auch bei jedem Volke, welches den rohesten Anfang des geselligen Lebens überschritten und sich zum Bewußtsein der Zwecke desselben herangebildet hat, die Thätigkeit der Vereins- oder Staatsgewalt in dieser zweifachen Richtung materiell und formell geltend machen. Dabei ist es auch eine Hauptaufgabe für sie, die *utilitas privata* mit der *utilitas publica* in Einklang zu bringen und zu erhalten, da jene durch diese, aber auch diese wieder durch jene bedingt und zu fördern ist. Die *utilitas publica* bezweckt ja eben die Erhöhung der *utilitas privata*, und steigt und fällt mit dieser; sie kann aber gleichwohl ohne Beschränkung dieser nicht erreicht werden. Hierin liegt eben das Schwierige und zugleich der Urgrund aller Collisionen im Staatsleben, indem die *utilitas privata* sich bald der *utilitas publica* gar nicht

fügen will, bald wenigstens glaubt, daß sie mehr beengt werde, als es die utilitas publica nöthig mache; diese hingegen wieder leicht zu große Anforderungen an jene stellt, wenigstens jene nicht so beachtet als sie wirklich thun soll. Auf den Umfang der utilitas singulorum bezog sich stets und überall die Rechtspflege (iurisdictio), während die Regulirung und Handhabung der utilitas omnium der Staatsgewalt (imperium oder in ihrer Beziehung auf die wirkliche Thätigkeit gedacht, Regierung) ohne Concurrenz der iurisdictio oblag. Hierauf beruhte bei den Römern der Unterschied zwischen res iurisdictionis (Justizsachen) und res imperii (Regierungssachen), zu welchen letzteren ganz consequent auch die eigentliche Criminalrechtspflege gehörte, die ihrem Endzwecke nach offenbar auf die utilitas omnium gerichtet ist, während die delicta privata eben so consequent zu den res iurisdictionis gehörten. Auch in Teutshland konnte den Blutbann nur der Kaiser als der Inhaber des summum imperium verleihen. Indessen erstreckt sich die Thätigkeit des obersten imperium im Staate nothwendig auch auf die utilitas singulorum, theils insofern diese durch allgemeine Normen an sich geregelt werden muß (Privatrechtsgesetzgebung), theils insofern diese Normen, außer dem Falle eines Streitens zwischen Einzelnen, zu handhaben sind (Vollziehung der Befehle und polizeilicher Schutz der Privatrechte); theils insofern die Rechtspflege zu organisiren, und den damit beauftragten Personen die erforderliche befehlende Gewalt zur Herstellung des streitigen Rechtsverhältnisses und zur äußerlichen Geltendmachung der Entscheidung (d. i. zur Prozeßleitung und Vollziehung der Urtheile) zu ertheilen ist. Darum war bei den Römern mit der iurisdictio auch ein imperium verbunden und bildeten in Teutshland der Gerichtsban (imperium) und die Urtheilsfindung (iurisdictio) die wesentlichen Bestandtheile eines Gerichtes, die auch noch heutzutage bei jeder Gerichtsbehörde zu unterscheiden sind, indem sich aus dieser Unterscheidung ergibt, daß unsere Gerichte eine doppelte Eigenschaft, eine obrigkeitliche und eine richterliche haben, und sie nur bei der Ausübung der letzteren, weil diese allein in einer besonderen Fachkunde besteht, von dem summum imperium unabhängig sein müssen, in Ansehung der ersteren aber insofern von diesem abhängig seien, als diese Abhängigkeit keinen Einfluß auf die wirkliche Ausübung der richterlichen Function äußern kann; diese Function beschränkt sich daher, als eine technische, bloß auf die Urtheilsfällung, (iurisdictio), die, weil sie ein Act des Schließens ist, vermöge ihrer eigenthümlichen Natur von der obrigkeitlichen Gewalt nicht abhängig gemacht werden kann, sondern nach den Gesetzen des Denkens und der wissenschaftlichen Technik geschehen muß.

In Teutshland war vor der Herrschaft des fremden Rechtes der Gerichtsban von der Urtheilsfällung stets auch subjectiv getrennt. Die mit der obrigkeitlichen Gewalt bekleideten Personen (Richter, Grafen etc.) waren königliche oder nach entstandener Landeshoheit in den Territorien landesherrliche Beamte, die im Namen ihres Herrn das Gericht zu hegen, vorzuladen, das Verfahren zu leiten, das gefundene Urtheil zu verkünden und dessen Vollziehung zu besorgen hatten, während die Urtheils-

findung vom Volke oder aus diesem gewählten Urtheilern (Schöppen, Urtheilsfindern etc.) oblag, die später ein für allemal von der Obrigkeit zur Urtheilsfindung verpflichtet wurden. Stand und Zahl der Urtheiler richteten sich nach dem Stande der Parteien. Die obrigkeitlichen Personen hatten dagegen außer dem Gerichtsbanne stets auch andere, auf die utilitas omnium bezügliche Geschäfte (Regierungs- oder Verwaltungssachen) zu verrichten. So lag zur carolingischen Zeit den Grafen namentlich die Leitung der Volksversammlungen (Provinzial- oder Landtage), die Besorgung aller auf den Heerbann bezüglichen Geschäfte, die Anordnung der Staatsfrohdienste etc. ob. Bei diesen Geschäften fand, wenn Einzelne sich dadurch beschwert glaubten, keine Einmischung der Urtheiler, sondern nur der Weg der Beschwerde an die höhere Obrigkeit, den Landgrafen, beziehungsweise an den König statt, welche darüber nach Gutdünken entschieden. Hiernach gab es schon frühe neben den eigentlichen Justizsachen auch Regierungssachen, die im Falle einer Beschwerde nicht von den Gerichten, sondern von der Obrigkeit selbst geschlichtet wurden, und so, wie jetzt Viele sagen würden, als Administrativsachen betrachtet werden konnten. Von einem Rechtsstreite konnte in einem solchen Falle nicht die Rede sein, da hier der Einzelne nicht wegen eines Privatrechtsanspruches dem Einzelnen, sondern wegen einer im Interesse der Gesamtheit von ihm beehrten Pflichterfüllung der Obrigkeit gegenüberstand, hier also die Urtheilsfinder, die ja selbst in Ansehung solcher Pflichterfüllungen unter der Obrigkeit standen, nicht urtheilen konnten, weil das Regieren (Begründung, Handhabung und Förderung der utilitas omnium) ihnen nicht oblag, sie mithin nicht zu ermessen vermochten, ob die beschwerliche Forderung an den Einzelnen nach dem Interesse der Gesamtheit sei oder nicht.

Diese Organisation der obrigkeitlichen Gewalt blieb auch nach der Trennung Deutschlands vom Frankenreiche fortbestehend und übte auf die Ausbildung der staatsrechtlichen Verhältnisse einen wesentlichen Einfluß aus. Sie allein machte die Entstehung der Landeshoheit möglich, die ja eben darin bestand, daß die früher im fremden (des Königs) Namen ausgeübte obrigkeitliche Gewalt in ihrem vollen Umfange, nämlich in ihrer Beziehung auf Rechtspflege und eigentliche Regierungsgeschäfte in einem Gerichts- beziehungsweise Regierungsbezirke (Provinz, Land-, Herrschaft etc.) nur im eigenen Namen und kraft eigenen Rechtes ausgeübt wurde. Hieraus wird es begreiflich, daß es nichts Auffallendes, sondern ganz natürlich war, wenn einst die Landesherren (noch in den Reichsgesetzen die Landesobrigkeiten genannt) und der König selbst zu Gericht saßen und dabei das Richteramt (den Gerichtsbanne) ausübten, da dieß von jeher zu ihrer obrigkeitlichen Function gehörte. Ein Eingriff in die Urtheilsfällung war hierbei nicht zu besorgen, da diese durch die mit den Parteien standesgleichen Schöffen etc. erfolgte. Die allgemeinen Landesangelegenheiten (eigentlichen Regierungssachen) verfahren dagegen die Landesherren allein, entweder selbst oder mit Hilfe besonders gewählter Rathgeber, insoweit dieselben nicht herkömmlich oder später auch verabredetermaßen in dem placitum (Landtag) zu verhandeln waren, wo-

bei jedoch die Landstände, d. i. die politisch-selbstständigen Standesklassen im Lande (*ordines provinciales*) in der Regel nur den Beirath hatten, der jedoch darum beachtet werden mußte, weil die Beschlüsse ohne ihre Mitwirkung nicht wohl ausführbar waren. Sehr natürlich und consequent war es auch, daß in den Fällen, wo der Landesherr nicht als Landesobrigkeit, sondern vielmehr als Privatmann, z. B. als Grundherr, handelte, die Streitigkeiten, welche aus solchen in das Gebiet des Privatrechtes fallenden Handlungen zwischen ihm und einzelnen Unterthanen entstanden, der richterlichen Urtheilssfällung unterlagen. Hierin liegt die Ursache, warum die Streitigkeiten, in welche der Landesherr wegen seiner Grundbesitzungen (Kammergüter) mit seinen Unterthanen gerieth, ebenso der richterlichen Cognition unterworfen waren, als wie die von ihm abgeschlossenen Verträge, besonderen Privilegien zc. Denn in allen diesen Fällen trat der privatrechtliche Gesichtspunct ein. In Ansehung der Grundbesitzungen insbesondere stand er seinen Grundholden oder solchen, mit denen er hierüber Pacht- oder andere Verträge abgeschlossen hatte, nicht als Landesobrigkeit, sondern nur als Grundherr oder Contrahent, wie ein anderer Grundherr (Landsasse) gegenüber, hatte also, wie dieser vor den Gerichten Recht zu nehmen. Aus gleichem Grunde wurden auch die wegen der Regalien entstandenen Streitigkeiten als Justizsachen betrachtet, insoweit nämlich durch die Verleihung derselben an Unterthanen ein Privatrechtsverhältniß zwischen dem Verleiher und dem Empfänger, und überhaupt durch die Ausübung der Regalien Collisionen mit den Privatrechten einzelner Unterthanen entstanden, insoweit, mit einem Worte, nicht die *utilitas omnium*, sondern die *utilitas singularorum* in Betracht kam. Denn da, wo die erstere Rücksicht eintrat, wie z. B. bei allgemeinen Verordnungen, stand auch in Regalsachen den Landesgerichten keine Cognition zu.

Immer konnten sich jedoch die Landesunterthanen oder einzelne Klassen derselben, in den Fällen, wo ihre Beschwerden gegen reine Regierungshandlungen vor dem Landesherrn kein Gehör fanden oder auch auf den Landtagen keine Abhilfe derselben zu erwirken war, an den Kaiser, als die höchste Obrigkeit im Reiche, wenden, an welchen auch der Appellationszug in reinen Justizsachen nach althergebrachter Weise stattfand. Diese Unterordnung der Landesherren unter einen höheren Richter und eine höhere Obrigkeit konnte, da sie ununterbrochen geltend gemacht wurde, nie in Vergessenheit gerathen, sondern erhielt durch die Errichtung des Reichskammergerichtes erst ihre völlige Ausbildung und ihre gesetzliche Grundlage. Die Competenz dieses Reichsgerichtes erstreckte sich sowohl auf die eigentlichen Justizsachen als auch auf die Fälle, in welchen sich die Unterthanen durch Regierungshandlungen der Landesherren in ihren Rechten verletzt glaubten. Es trat daher jetzt die Veränderung ein, daß auch die Beschwerden der Unterthanen gegen ihre Obrigkeiten in bloßen Regierungssachen als Klagen betrachtet und im Rechtswege verhandelt und entschieden wurden. Die Landesherren waren von nun an auch als Obrigkeiten einem bestimmten Richter unterworfen, und die Unterthanen gegen den Mißbrauch der obrigkeitlichen Gewalt sogar

gerichtlich geschätzt. Zwar suchten die Landesherren als Reichsfürsten die gerichtliche Competenz in Regierungssachen zu beschränken, indem der Kaiser in der Wahlcapitulation²⁾ versprechen mußte, nicht zu gestatten, daß den Ständen in ihren Landeshoheits- und Regierungsrechten, besonders in Polizeisachen von den Reichsgerichten eingegriffen werde, und dafür zu sorgen³⁾, daß Unterthanen mit solchen Klagen nicht leichtlich gehört, sondern a limine iudicii ab und zur schuldigen Partition an ihre Landesfürsten und Herren gewiesen würden: so war es doch zweifellos, daß man solche Klagen vor die Reichsgerichte bringen konnte, und hing doch immer von dem Ermessen derselben ab, ob und in wie weit eine Klage zurückzuweisen, und ein Landesherr mit der Einrede, daß die beschwerende Verfügung des öffentlichen Wohles wegen nöthig, zu hören sei. Die Competenz der Reichsgerichte in solchen Regierungssachen beruhte auf der Untertorfigkeit der Landesherren unter Kaiser und Reich. Daher konnten Sachen dieser Art vor die Territorialgerichte nicht gebracht werden, weil diese, als von dem Landesherrn angeordnet, auch ihnen unterworfen waren, und deshalb keine Klage wegen durch Regierungshandlungen zugefügter Verletzungen annehmen durften⁴⁾. Anders verhielt es sich da, wo nach hergebrachter Weise ein privatrechtlicher Gesichtspunct eintrat; deshalb waren die Streitigkeiten in Kammerfachen sogar durch die Wahlcapitulationen vor die Landesgerichte verwiesen⁵⁾.

Zur Zeit des Reiches gab es also zwei Arten von Justizsachen, nämlich a) solche, in welchen bloß die Reichsgerichte, und b) solche, in welchen auch die Territorialgerichte competent waren. Zu jenen gehörten namentlich Rechtsstreitigkeiten, die durch Regierungshandlungen veranlaßt wurden. Man konnte sich aber in der Theorie über die Grenzlinie zwischen Justiz- und Regierungssachen weder in Bezug auf die Reichsgerichte noch in Bezug auf die Landesgerichte je verständigen⁶⁾, und viele Rechtslehrer unterschieden bei ihrer Bestimmung einer solchen nicht einmal zwischen den Reichs- und Landesgerichten. Die Ansicht Gönners⁷⁾ war jedoch diejenige, welche den meisten Anklang fand. Nach ihm sind Justizsachen solche Gegenstände, bei welchen über eine Rechtsverletzung gegen ein solches Subject Klage erhoben wird, welches einen Richter über sich anerkennt; Regierungssachen dagegen solche Angelegenheiten, welche die Ausübung

2) Art. I. §. 8.

3) B. G. Art. XV. §. 4.

4) Struben, Nebenst. Th. III. S. 63.

5) B. G. v. 1790. Art. XIX. §. 6.

6) Vergl. Cramer, obs. P. II. obs. 562. Dessen Nebenst. Th. I. Nr. 4. Mevius, P. III. dec. 145. Struben, Unterricht von Reg. und Just. Sachen, Hild. 1733. (auch als Anhang des 5. Bds. der rechtl. Bed. in Spangenberg's Ausg. Bd. III. S. 219. fg.). Dessen Nebenst. Th. 3. Nr. XIII. S. 52. fg. Schreiber de causarum politicae et earum, quae iustitiae dicuntur, conflictu et differentia. Gott. 1739. v. Neurath de cognit. et potestate iudicaria in causis, quae politicae nomine veniunt. Erl. 1780. Wetz. 1790. v. Berg, Handb. des Polizeirechtes, Th. I. Buch II. Abschn. 4. Gönnner, Handb. des Proz. Bd. II. Nr. 26. S. 1. f. Dessen Staatsr. S. 303. v. Leift, Staatsr. S. 85. u. f. w.

der verschiedenen in der Staatsgewalt begriffenen Regierungsrechte betreffen, ohne daß es dabei auf Verfolgung eines Rechtes auf gerichtlichem Wege ankommt. Es könne aber in der nämlichen Sache die Eigenschaft einer Justiz- und Regierungssache zusammen vorhanden sein, wenn dabei sowohl eine Rechtsverletzung als das öffentliche Wohl in Betracht komme. Keine Eigenschaft hebe an sich die andere auf. Hinsichtlich der Geltendmachung der durch Regierungshandlungen verursachten Rechtsverletzungen stellte man folgende Grundsätze auf. 1) Gegen solche durch die Reichsstaatsgewalt zugefügte Rechtsverletzungen findet kein Rechtsweg statt, weil dieselbe keinen Richter über sich anzuerkennen hat; ebenso kann 2) gegen den Landesherrn wegen durch wahre Regentenhandlungen entstandener Rechtsverletzungen nicht bei den Landesgerichten, weil er diesen nicht unterworfen ist, wohl aber 3) bei den Reichsgerichten geklagt werden, weil er unter diesen steht. Deshalb kann 4) in den einzelnen teutschen Territorien durch Entstehung einer Rechtsverletzung eine jede Regierungssache in eine Justizsache verwandelt werden⁷⁾. Der Streit über die Grenzlinie zwischen Justiz- und Regierungssachen hatte daher zur Zeit des Reiches im Wesentlichen keine nachtheilige practische Folgen, da soviel feststand, daß wegen einer jeden Verletzung eines wohlervorbenen Rechtes, durch welche Regierungshandlung eines Territorialherrn sie auch immer entstanden sein mochte, der Rechtsweg an die Reichsgerichte zulässig sei.

Allein dieser reichsgerichtliche Schutz gegen Mißbrauch der Territorialgewalt hörte mit der Auflösung des teutschen Reiches von selbst auf, indem die Rheinbundesacte nicht das geringste Surrogat dafür gewährte; dieß war um so bedauerlicher, als die neue Souveränität der Bundesfürsten, die man gewöhnlich noch als Unbeschränktheit in der Ausübung der Staatsgewalt auffaßte, sich in der Ausdehnung der administrativen Gewalt und in der Organisation der Verwaltungsbehörden nach französischen Principien, denen man eine zu ängstliche Beachtung der Grundsätze des Rechtes eben nicht zum Vorwurfe machen konnte, zumal in der Erweiterung der Polizeigewalt besonders geseh. Die administrativen Behörden, angeordnet von den Souveränen und ihre Gewalt in deren Namen ausübend, suchten den Grundsatz geltend zu machen, daß die Gerichte ihnen nur coordinirt, und sie in den Administrativsachen eben so selbstständig seien, wie jene in Justizsachen, und mithin die Streitigkeiten in jenen nicht vor die Gerichte, welche das in diesen Sachen allein in Betracht kommende allgemeine Wohl nicht beurtheilen könnten, gezogen werden dürften, sondern um so mehr von ihnen zu entscheiden seien, als die Rücksichten des allgemeinen Wohles, dieses höchsten allem Anderen vorgehenden Principes im Staate, sich mit dem langsamen pedantischen Rechtsgange nicht vertrügen, und die Administrativbehörden, die ja nur den Souverän zu vertreten hätten, überhaupt so wenig als dieser, von den Gerichten zur Verantwortung über ihre Handlungsweise gezogen werden dürften. Diese Ansicht fand eine gewichtige Stütze in den Theorien des allgemeinen Staatsrechtes, nach welchen bei der Clas-

7) M. f. v. Leif, Staatsr. 85. u. Gönner, Staatsr. §. 303.

sification der Rechte der Staatsgewalt die richterliche Gewalt nur als eine Art der vollziehenden aufgefaßt, wenigstens durchgehends neben diese gestellt zu werden pflegte, indem die erstere auf die Vollziehung der Rechtsgesetze beschränkt wurde, woraus natürlich von selbst folgte, daß da, wo andere Gesetze zu vollziehen sind, ihre Competenz ausgeschlossen ist. Diese anderen Gesetze bildeten nun eben den selbstständigen Kompetenzumfang der Staatsregierung in ihren verschiedenen Zweigen. Diese Ansichten fand man überdies in der französischen Gesetzgebung, die man nun ebenso, wie schon lange vorher die pariser Moden, als Muster der höchsten Weisheit bewunderte und mit pedantischer Kengstlichkeit, wobei die Ambition um die Gunst des mächtigen Protector's nicht ohne Einfluß blieb, nun auch auf die neuen teutschen Souverän- (!) Staaten herüber zu verpflanzen strebte, vollkommen begründet. Denn in Frankreich sprach schon das Gesetz vom 24. Aug. 1790 den Grundsatz aus: die Richter dürfen die Administrativbehörden in deren Thätigkeit (operations) in keinerlei Weise stören. Ein späteres Gesetz (vom 11. Sept. 1790) fing schon an, die Verwaltungsfreitigkeiten an den Staatsrath zur Entscheidung in letzter Instanz zu verweisen, bis das Gesetz vom 28. Pluviose des J. VIII. in den jeder Präfectur beigegebenen Präfecturräthen sogenannte Gerichtshöfe für Verwaltungsfreitigkeiten anordnete, von denen man an den Staatsrath appelliren konnte. Es entstand sonach für diese Verwaltungsfreitigkeiten (administrativ = contentieuse Sachen, affaires contentieuses), eine eigene Art von Justiz, die in Frankreich jurisprudence administrative hieß⁸⁾, und in Deutschland unter dem Namen Administrativ- oder Verwaltungsjustiz Eingang und weitere Ausbildung erhielt. Hatten einzelne teutsche Regierungen schon zur Zeit des Reiches manche Rechtsfreitigkeiten den Verwaltungsbehörden zugewiesen⁹⁾, so war dieß jetzt noch mehr der Fall, da solche Entscheidungen durch Verwaltungsbehörden nun als richterliche galten, und man nun deshalb glaubte, dem Rechte dadurch, daß man das Gebiet der gerichtlichen Competenz beschränkte, keinen Eintrag zu thun. Je mehr der Gesichtspunct des sog. allgemeinen Wohles überwiegend wurde, desto mehr dehnte man den Geschäftskreis der Verwaltungsbehörden aus, desto mehr trat aber auch das Recht der Einzelnen in den Hintergrund, desto weniger wurde es bei den unaufhörlich wechselnden Verwaltungs-Organisationsversuchen beachtet. Je mehr daher das Vielregieren intensiv und extensiv zunahm, je weniger die Beschwerden der Einzelnen gegen Verletzung wohlervorbener Rechte durch Administrativmaßregeln bei den Verwaltungsbehörden, die bei ihren Entscheidungen im Eifer für das Staatswohl nur zu leicht über die Rechte

8) Vergl. Merlin Repertoire de jurisprudence unter acte administratif. Mascarel de jurisprudence administrative Paris 1820, und in der Thémis tom. II. p. 255. sq. Kulenkamp, Beiträge zu der Lehre von dem Verhältnisse der Rechtspflege nach der Verfassung Frankreichs und Westphalens. Göt. 1813. — Mittermaier im Arch. Bd. 4. S. 344. fg.

9) z. B. in Bayern (s. Mittermaier, Arch. 4. S. 349. und im Großh. Hessen (s. Rüh, a. a. D. S. 130.).

der Einzelnen wegsehen, Beachtung und Abhilfe fanden, desto größer wurde die Unbehaglichkeit bei dem einem ewigen Wechsel unterworfenen Zustände der staatlichen Verhältnisse; desto mehr nahm bei immer wachsender Gefährdung der wohl erworbenen Rechte die Unzufriedenheit zu, — desto mehr stieg endlich die Sehnsucht nach den ehemaligen Reichsgerichten, so illusorisch auch die Hilfe in den letzten Zeiten des Reiches war. Allein die inneren Verhältnisse blieben auch nach der Auflösung des Rheinischen und nach der Stiftung des deutschen Bundes dieselben, indem man die Errichtung eines Bundesgerichtes für unverträglich mit der wiederholt ausgesprochenen Souveränität der Bundesglieder hielt. Die Administrativjustiz behauptete ihr altes Gebiet, insofern ihr nicht in den neuen Verfassungsurkunden begegnet oder Schranken gesetzt wurden. In der Theorie dauerte der alte Streit fort, dessen völlige Schlichtung wohl noch fern sein dürfte, da die Gegner der Administrativjustiz noch kein festes staatsrechtliches Princip aufgefunden zu haben scheinen, welches ihren Angriffen eine sichere Haltung gewähren könnte, während die Vertheidiger derselben mit weit mehr Consequenz zu Werke gehen, wobei wir jedoch von denen absehen, welche der Administrativjustiz ein das Grundprincip überschreitendes Gebiet einräumen wollen.¹⁰⁾

II.) Aus dem Bisherigen ergeben sich folgende Resultate. 1) Von jeher ward ein Unterschied zwischen Justiz- und Regierungssachen gemacht, wovon jene in die Sphäre des Privatrechts und diese in das Gebiet des öffentlichen Rechts fallen. 2) Die streitigen Justizsachen unterlagen stets der gerichtlichen Entscheidung; die streitigen (in die Privatrechte verlegend eingreifenden) Regierungssachen dagegen wurden vor der Errichtung des Reichsgerichtes nur von der höheren Regierungsbehörde (der höheren Obrigkeit) nach administrativen Grundsätzen und Rücksichten geschlichtet, ohne daß man jedoch die Entscheidungen als richterliche betrachtete oder den entscheidenden Behörden deshalb den Character einer Justizbehörde beigelegt hätte; nach der Errichtung des Kammergerichtes aber als Justizsachen von diesem behandelt und entschieden. 3) Dadurch wurde der bisherige Begriff von Justizsachen erweitert und auf alle streitige Territorial- und Regierungssachen ausgedehnt, obwohl in Bezug auf die Landesgerichte der alte Begriff stehen blieb. Nach der Auflösung des Reiches entspann sich der Streit, ob die ehedem vor die Reichsgerichte gehörig gewesenen Regierungssachen nun wieder von den Regierungsbehörden oder als Justizsachen von den Landesgerichten zu entscheiden seien. Die Vertheidiger der ersteren Ansicht wollten jedoch die Entscheidung gleichwohl als eine richterliche betrachten, und deshalb den Regierungsbehörden in Bezug hierauf zugleich einen richterlichen Character, nämlich den von Administrativjustizbehörden beilegen. Nach der ersteren Meinung würden also die Administrativjustizbehörden die Stelle der Reichsgerichte in Bezug auf die streitigen Regierungssachen

10) z. B. Gönner im angef. Entw. Bd. II. S. 54. Desterlei, Handbuch des Samdverschen Prozesses (3 Bände, Göttingen 1819 u. 20.) I. B. S. 91. fg.

vertreten, während nach der letzteren Meinung diese reichsgerichtliche Competenz nun den Landesgerichten zustehen soll.

III.) Wir haben nun den richtigen Standpunct gewonnen, von welchem aus der Gegenstand des Streites, so wie die Richtung der Meinungen aufzufassen und zu beurtheilen ist. Darüber, daß die Ausübung der Staatsgewalt in ihren verschiedenen Zweigen, zum Zwecke der Begründung, Erhaltung und Förderung der utilitas omnium (gewöhnlich salus publica genannt) den Umfang der Regierungsfachen bilde, so wie darüber, daß die richterliche Thätigkeit die utilitas singulorum (gewöhnlich Rechtssicherheit oder Rechtsschutz genannt) zum nächsten Zwecke habe, und die zu ihrem Umfange gehörigen Sachen Justizsachen seien, und endlich darüber, daß die Criminalsachen, obwohl an sich zum öffentlichen Rechte und insofern zu den Regierungsfachen gehörig, ebenfalls als Justizsachen zu betrachten seien, waltet kein eigentlicher Streit ob. Denn der Umstand, daß man den Umfang der Regierungsfachen bald auf das Unterthanenverhältniß¹¹⁾, bald auf das öffentliche Recht¹²⁾, bald auf die politische Gesetzgebung¹³⁾, und bald auf den Gesichtspunct der Zweckmäßigkeit für das allgemeine Wohl¹⁴⁾ gründet, bildet keine eigentliche Meinungsverschiedenheit, sondern es wird hierbei dieselbe Sache nur von verschiedenen Gesichtspuncten aufgefaßt, und darum auch verschieden bezeichnet. Auch ist man darüber einig, daß die, in das Privatrecht einschlägige Gesetzgebung, die ja gleichfalls die utilitas omnium bezweckt¹⁵⁾, zu den Regierungsfachen gehöre, deren Umfang mithin die ganze Thätigkeit der Staatsgewalt, mit Ausschluß der richterlichen Function im eigentlichen Sinne, bildet. Nicht minder ist man darüber einverstanden, daß die privatrechtlichen Handlungen der Staatsgewalt, so wie die im Besitze der Privaten befindlichen Hoheitsrechtsrechte (Regalien) zum Umfange der eigentlichen Justizsachen zu rechnen sind, sobald nämlich hierüber ein Rechtsstreit entsteht¹⁶⁾. Der Streit betrifft eigentlich bloß die Rechtsverletzungen, welche einzelnen Unterthanen oder ganzen Classen derselben durch Regierungshandlungen zugefügt werden. Die Vertheidiger der Administrativjustiz verweisen diese durch Regierungshandlungen veranlaßten Rechtsstreitigkeiten vorzüglich aus zwei Gründen vor die Regierungsbehörden selbst, weil nämlich 1) diese Handlungen vom Regenten ausgehen, dieser aber seinen eigenen Gerichten nicht unterworfen sei, und weil 2) diese Handlungen nicht aus dem Gesichtspuncte des Rechtes, sondern aus dem Gesichtspuncte der Politik, des Staatswohles zu beurtheilen seien, mithin außerhalb der auf Rechtsfragen

11) z. B. v. Pffizer in den a. Schriften.

12) z. B. v. Weiler, a. a. D. (auf das nichtstreitige Privat- und das öffentl. Recht).

13) z. B. v. Rotteck in v. Armin's const. Staatsr. Bd. II. S. 226. fg. u. im Lehrb. des Vernunftrechtes, Bd. 3. S. 194. fg. (S. 6.)

14) z. B. Pfeiffer, pract. Ausf. Bd. 3. S. 182. fg.

15) Iura non in singulas personas, sed generaliter constituentur. (fr. 3. de leg.).

16) S. z. B. v. Weiler a. a. D. S. 25.

beschränkten Competenz der Gerichte liegen. Diese Ansicht ist a) nach dem geschichtlichen Entwicklungsgange insofern richtig, als Regierungsfachen niemals der Cognition der Gerichte unterworfen waren, sondern nur auf dem Wege der Beschwerde von den Regierungsbehörden geschlichtet wurden. Selbst die Periode des Reiches begründet a) in Bezug auf die Reichsregierungshandlungen keine Ausnahme, sondern β) bloß in Bezug auf die Territorialregierungshandlungen eine solche, indem die dadurch veranlaßten Streitigkeiten jeder Art vor die Reichsgerichte, denen die Landesherren als Landesoberigkeiten unterworfen waren, nicht aber vor die Landesgerichte gebracht werden konnten, weil dieselben unter diesen nicht standen, wie aus dem Obigen erhellet; ja selbst die Reichsgerichte durften die Regierungshandlung nicht hinsichtlich der Zweckmäßigkeit oder Nothwendigkeit derselben in Bezug auf das Staatswohl, sondern nur von deren rechtlicher Seite in Bezug auf die klagenden Unterthanen zc. beurtheilen. Der Grund dieser reichsgerichtlichen Befugniß lag nach allgemeiner Anerkennung bloß in der Subjection der Territorialherren unter die Reichsjustiz. Mit der Auflösung des Reiches fiel dieser Grund hinweg, indem nun auch die landesherrlichen Regierungen in dieselbe Stellung kamen, in welcher sich zuvor die Reichsregierung befand, gegen deren Handlungen keine Klage Platz greifen konnte, weil sie unter keinem Richter stand. Dagegen veränderte sich die Stellung der Landesgerichte im Verhältnisse zu den Territorialherren durch die Auflösung des Reichsverbandes ebensowenig, als der Umfang der Competenz derselben. Die Behauptung ¹⁷⁾, daß die reichsgerichtliche Jurisdiction auf die Landesgerichte übergegangen sei, läßt sich daher, so scharfsinnig sie auch durchgeführt wurde, nach Rechtsgrundsätzen nicht vertheidigen. Die Reichsjustiz hatte ihr rechtliches Fundament lediglich in der Reichsverfassung, bildete einen wesentlichen Theil derselben, und hörte daher auf zu sein. Für einen solchen Uebergang kann man weder ein Erbrecht, noch eine Cession, noch eine Devolution, noch einen anderen gültigen Rechtstitel anführen, den aber allgemeine Argumentationen nicht zu ersetzen vermögen. Mit dem Reiche sind überhaupt alle mit der Verfassung desselben wesentlich verbunden gewesene Verpflichtungen der Reichsstände erloschen, welche auch noch überdies der Kaiser ausdrücklich von denselben entbunden hat ¹⁸⁾. Die Ansicht der Vertheidiger der Administrativjustiz verließ jedoch insofern den historischen Boden, als dieselben zugaben, daß die durch die Regierungshandlungen veranlaßten Rechtsverletzungen Justizsachen seien. Dieß geben sie nämlich gerade durch die Aufstellung der Administrativjustiz selbst indirect zu, indem die vor diese Justizbehörden gehörigen Streitsachen, von ihnen selbst Administrativjustizsachen genannt, nun wieder Justizsachen sein können, die sich von den eigentlichen Justizsachen, die nämlich nach ihrer Meinung allein vor die Gerichte gehören, bloß dadurch unterscheiden, daß

17) C. z. B. Pfeiffer, pract. Ausf. Bd. I. S. 224. fg.

18) Kais. Erklär. v. 6. Aug. 1806. in v. Meyer, Corp. iuris etc. I. Bd. S. 90. fg.

1) jene durch die Staatsregierung, diese durch Privaten (mit Einbegriff der Staatsregierung, insofern sie als Privatperson handelt), also jene durch Staatshandlungen, diese durch Privathandlungen veranlaßt werden, und daß 2) bei jenen der Staat einer Privatperson und bei diesen eine Privatperson einer anderen als Partei gegenübersteht. Dadurch ist jeder innere materielle Unterschied zwischen jenen und diesen aufgehoben, indem dort wie hier a) eine Rechtsverletzung und zwar b) die Verletzung eines Privatrechts, d. i. des Rechtes eines Unterthans, also eine Justizsache vorhanden ist. Der bloß äußere und darum zufällige Unterschied, welcher von dem verlegenden Subjecte (Staatsregierung oder Privatperson) hergenommen ist, kann die innere (wesentliche) Beschaffenheit der Sache nicht verändern. Die Vertheidiger der Administrativjustiz haben daher, ohne es zu wollen, die Administrativjustizsachen wirklich zu dem gemacht, als was sie, nach dem im Eingange angegebenen Begriffe, vermöge der Wortbedeutung aufgefaßt werden können: zu Justizsachen nämlich, welche den Grund ihrer Entstehung in der Staatsverwaltung haben. Sind also diese Administrativrechtsstreitigkeiten selbst nach der Ansicht der Vertheidiger der Administrativjustiz in Wahrheit Justizsachen, die sich von den eigentlichen Justizsachen innerlich (dem Wesen nach) gar nicht unterscheiden¹⁸⁾, so liegt auch kein hinreichender Grund vor, sie von der Competenz der Gerichte auszuschließen. Denn der Umstand, daß die Rechtsverletzung hier durch eine Regierungshandlung herbeigeführt wurde, rechtfertigt es nicht, eine solche Rechtsverletzung anders zu behandeln, und sie der Behörde, welche allein die technische Behörde über Rechtsverletzungen ist, zu entziehen, zumal wenn man einmal — wie man auch nicht anders kann — zugegeben hat, daß die über Privatrechte entstandenen Rechtsstreitigkeiten zur Competenz der Gerichte gehören, und man ferner mit Fug nicht in Abrede zu stellen vermag, daß auch bei den Administrativjustizsachen das Privatrecht der Verletzten in Frage steht, welches zu verletzen die Staatsgewalt, deren ganze Thätigkeit eben auf den Schuß der Privatrechte gerichtet sein soll, am wenigsten ein Recht haben kann; man müßte denn behaupten wollen, daß der Anspruch auf den Schuß der Privatrechte und auf eine, im Verhältnisse zu anderen Unterthanen gleiche Behandlung in Bezug auf die öffentlichen Pflichten nicht zum Umfange des Privatrechtes gehöre, oder daß die Verletzung des Privatrechtes je ein Mittel sein könne, die Staatswohlfaht, die doch nur in der Wohlfaht aller einzelnen Theile des Staates bestehen kann, in Wahrheit zu fördern, überhaupt daß das Recht der Politik nachzustehen habe, also das Mittel dem Zwecke vorgehe. Der Umstand ferner, daß die Regierungshandlungen vom Regenten ausgehen, dieser aber seinen Gerichten nicht unterworfen sei, daß es mithin für die sogen. Administrativjustizsachen an einem competenten Richter fehle, begründet bloß die Nothwendigkeit, für diese Justizsachen entweder eigene Gerichtsbehörden einzuführen, oder die Competenz der bestehenden auf dieselben auszudehnen, kann es aber nicht

18) C. z. B. v. Weiler, a. a. D. S. 31. sub lit. b).

rechtfertigen, diese anerkannten Rechtsfachen anders zu behandeln und Behörden zur Entscheidung zuzuweisen, die keine Gerichtsbehörden sind, denen also die technische Sachkunde zur Beurtheilung von Rechtsfragen gänzlich abgeht. Der Grund, daß hier zugleich Administrativfragen, die sich auf das allgemeine Interesse beziehen, zur Sprache kommen, führt blos zur Nothwendigkeit, beide Arten von Fragen zu trennen, und jene (die Rechtsfragen) an die Gerichte, diese hingegen an die Regierungsbehörden zu verweisen; rechtfertigt es aber nicht, diesen Behörden auch die Entscheidung der Rechtsfrage einzuräumen, oder gar die Rechtsfrage der Administrativfrage unterzuordnen, jene als Neben- und diese als Hauptsache zu behandeln, und auf diese Weise das Recht der Politik nachzusetzen, und jenes in dieser auf- oder untergehen zu lassen. Die Benennung: Administrativjustiz, worin zwei formell und materiell wohl zu unterscheidende (wenn auch nicht, wie behauptet worden, einander entgegengesetzte) Dinge vereint erscheinen, hat auch vorzugsweise die ganze Verwirrung herbeigeführt. Denn besteht das Rechtsprechen in einer Technik, die nur den Gerichten eigen ist, so kann es auch nur durch die Gerichte geschehen. Ein Rechtsprechen durch Regierungs- (Verwaltungs-) Behörden kann daher nur als ein Eingriff in ein fremdes, einer anderen Technik angehöriges Gebiet, als eine Rechtspfüscherei erscheinen, und ist eben so unstatthaft, als eine Justizregierung sein würde, wenn nämlich die Gerichte Regierungshandlungen vornehmen wollten. Diese Benennung war auch offenbar daran Schuld, daß man eine Menge Civilrechtsfachen den Gerichten entzogen und der Verwaltungsjustiz zugewiesen hat. Den darüber entstandenen Klagen glaubte man dadurch begegnen zu können, daß man erklärte, die Verwaltungsjustiz gewähre ja ebenfalls, wie die Gerichte, einen Rechtsschutz¹⁹⁾. Denn wer sollte über die administrative Willkür und Bedrückung oder über Verweigerung der Rechtshülfe gegen die Regierungsgewalt mit Grund Klage führen, da die Administration selbst so gefällig ist, eine Art von Richtermantel umzuwerfen, um nun als Richterin über die von ihr selbst zugefügten Rechtsverletzungen zu entscheiden? Schon der Grund, aus welchem man die Administrativjustiz vorzugsweise für ersprießlich hielt, nämlich die Berücksichtigung des allgemeinen Wohles, welches bei solchen Sachen mit bethelligt sei, und die administrativen Rücksichten überhaupt, beweist, daß man bei dieser Justiz die Sache ganz verkenne, und sich blos mit dem Scheine, dem Namen begnüge, da es gerade zum Wesen der Rechtspflege gehört, das Recht allein und ausschließlich in's Auge zu fassen, und eine Justiz, welche dem Rechte nur Ein — vielleicht halbgeöffnetes — Auge zuwendet, das andere aber auf fremde Dinge — sei es auch das allgemeine Wohl — richtet, den Namen einer Justiz nicht ansprechen kann. Darum konnte auch diese, von Frankreich eingewanderte, Themis mit halbverbundenen Augen und administrativen Gewichten auf der einen Waagschale sich in Deutschland keine Popularität erwerben. Man gab etwas für Justiz

19) s. Mittermaier im Arch. Bd. XII. S. 395.

aus, was keine war, keine sein konnte, weil außer dem Gesagten bei derselben auch der erste Grundsatz aller Rechtspflege: Niemand kann Richter in eigener Sache sein, unbeachtet blieb. Diese Zwitternatur der Administrativjustiz, die in Wahrheit weder Administration noch Justiz mehr ist, hat ihr auch so viele Gegner²⁰⁾ zugezogen, welche die Unstathhaftigkeit der Administrativjustiz darzuthun suchten, jedoch meistens mehr in einzelnen Fällen die Entscheidbarkeit der sogen. Administrativjustizsachen durch die Gerichte nachwiesen, als von einem von allen Seiten unantastbaren, Grundprincip ausgingen, hier und da auch unhaltbare Sätze aufstellten, und meistens nicht gehörig nachwiesen, wie die Verwaltung mit der Justiz in Einklang zu bringen sei. Am wenigsten dachten sie darauf, die gewöhnliche Theorie des allgemeinen Staatsrechtes, welche nothwendig zur Administrativjustiz führt, zu bekämpfen. Denn die Ansicht der Vertheidiger der Administrativjustiz ist b) auch nach dieser gewöhnlichen Theorie des allgemeinen Staatsrechtes richtig, auf welche schon oben hingewiesen wurde. Diese Theorie betrachtet nämlich die richterliche Gewalt als eine Unterart der vollziehenden im weiteren Sinne, und stellt dieser die vollziehende Gewalt im engeren Sinne als die andere Unterart gegenüber²¹⁾. Jener wird hiernach die Vollziehung der Rechtsgesetze, und dieser die Vollziehung anderer Gesetze zugewiesen. Da nun zu den Rechtsgesetzen im strengen Sinne nur die das Civil- und Criminalrecht betreffenden gerechnet werden, so folgt hieraus von selbst, daß die richterliche Function nur auf das Civil- und Criminalrecht beschränkt ist, und daher die anderen Gesetze, welche nämlich das Civil- und Criminalrecht nicht betreffen, sondern sich auf die Staatsverwaltung in ihren verschiedenen Zweigen beziehen, von ihrer Competenz ausgeschlossen sind, daß mithin auch die Streitigkeiten, die über oder durch die Anwendung dieser Gesetze entstehen, von der vollziehenden Gewalt im engeren Sinne, d. i. von der Verwaltung, die ja eben diese Gesetze allein und ausschließlich zu vollziehen hat, selbst entschieden werden müssen, da sie unentschieden nicht bleiben können. Wäre also diese Theorie nicht richtig, so würde auch die Administrativjustiz als eine Nothwendigkeit erscheinen, ja man müßte der Verwaltung noch dafür dankbar sein, daß sie auch auf ihrem Gebiete noch ein Recht, eine Justiz wenigstens anerkennt und zu gewähren verspricht, da nach der gedachten Staatsrechtstheorie alle Verwaltungsgesetze den Rechtsgesetzen gegenübergestellt, mithin als Nichtrechts- oder Willkürgesetze auf-

20) M. s. vorz. Wittermaier, in der Hall'schen Lit. Z. v. 1816. Nr. 124. u. im Arch. in den a. a. DD. Rudhard üb. die Verwaltung der Justiz durch die administrativen Behörden, Würzb. 1817. v. Spaun, polit. und literar. Phantasien, Germ. 1817. Nr. IV. W. G. Puchta, Beitr. zur Gesegg. u. Prax. etc. (I. Bd. Erl. 1822.) Nr. VII. Siebenpfeiffer, über die Frage unserer Zeit in Beziehung auf Gerechtigkeitspflege (Heidelb. 1823.) S. 104. fg. Feuerbach, Betrachtungen üb. die Öffentlichkeit u. Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege (2 Bde. Gieß. 1821 u. 1825) II. Bd. S. 3. fg. Pfeiffer, aa. DD. u. s. w.

21) Statt Alex. s. Zachariá, vierzig Bücher vom Staate I. Bd. S.

136. fg.

gefaßt werden, von der Verwaltung also das einer anderen Sphäre angehörige Recht gar nicht berücksichtigt zu werden brauchte; wie es denn auch nichts Seltenes ist, selbst von Rechtsgelehrten zu hören, daß es bei der Verwaltung, namentlich auch bei der Polizei, auf Beachtung der Rechtsgrundsätze eben nicht ankomme, und selbst Pfeiffer²²⁾ unterscheidet die Justiz von der Verwaltung wesentlich dadurch, daß jene bloß auf Gesetzmäßigkeit und diese bloß auf Zweckmäßigkeit zu sehen habe; woraus consequent gefolgert werden könnte, daß die Verwaltung auf Gesetzmäßigkeit gar keine Rücksicht zu nehmen habe, da sich doch in Wahrheit die Zweckmäßigkeit nur auf die Art der Vollführung des Gesetzmäßigen beschränken darf. Nach dieser Theorie kann demnach die Entscheidung der sogen. Administrativjustizsachen nur durch eine Inconsequenz, durch eine Ueberschreitung des der richterlichen Gewalt zustehenden Gebietes, den Gerichten eingeräumt werden. Durch sie ist dieser Streit zwischen Justiz und Administrativjustiz, und insbesondere auch die Verwirrung in der Lehre von den Gegenständen des bürgerlichen Processes entstanden, wie denn immer Verwirrung entstehen muß, wenn man im Grundprincipe eine Scheidewand errichtet und in der Anwendung des Principis dieselbe nachher wieder einreißt. So lange man also diese Theorie, die nothwendig zu einer objectiven Sonderung der Justiz- und Regierungssachen führt, anerkennt, muß jede Bekämpfung der Administrativjustiz scheitern. Denn jeder andere, das allgemeinstaatsrechtliche Grundprincip selbst nicht zerstörende Angriff gegen dieselbe kann nie zum Ziele führen, sondern, da er die staatsrechtliche Wurzel dieser Justiz unangetastet läßt, nur die äußere Form betreffen (wie sie denn auch schon in dieser Hinsicht als ein Unding, als sogenannte, als nicht rechte und willkürliche Justiz bezeichnet worden ist), dadurch die Parteien des Kampfes nur erhitzen, Leidenschaftlichkeit aufregen und so die Verwirrung noch mehr — verwirren. Ueberdies muß sich jeder Staatsmann bald von der Unmöglichkeit überzeugen, alle, die Einzelnen betreffenden, Streitigkeiten durch die eigentlichen Gerichte entscheiden zu lassen; was bei der Langwierigkeit und Kostspieligkeit der Prozesse auch für die Unterthanen keine Wohlthat wäre, und auf der anderen Seite die Verwaltungsbeförden, wenn sie bei jeder Handlung einen Rechtsstreit zu besorgen hätten, nicht nur in ihrer Wirksamkeit hemmen, sondern ihnen auch das zu dieser erforderliche Ansehen untergraben würde. Das Ausschneiden einzelner Fälle, womit sich die Gegner der Administrativjustiz vorzüglich beschäftigen, kann nicht ausreichen, sobald man nicht ein Grundprincip aufstellt, unter welches die aufgestellten — jedoch nie zu erschöpfenden — Fälle subsumirt werden können, und welches bei Kompetenzconflicten eine Entscheidungsnorm gewährt. Dieß ist allerdings schwierig, aber darum nicht unmöglich, sobald man nur auf die berührte, traditionell freilich tief eingewurzelte Theorie des allgemeinen Staatsrechtes verzichten will, eine Theorie, die schon um deshalb unhaltbar sein dürfte, weil sie durch die objective Sonderung der Gesetze und der diese handhabenden Behörden eine Spaltung in das Staatsleben

22) Pract. Ausf. III. Bd. S. 189. fg.

bringt; welche durch die gesetzgebende Gewalt so wenig ausgeglichen werden kann, daß vielmehr jene Spaltung diese selbst in dem Gegensatze der Gesetze durchdringt; weil sie dadurch die innere Einheit des Staatslebens aufhebt, die Gerichte der Verwaltung als Gegensatz gegenüberstellt, jene außerhalb der Sphäre der regierenden Gewalt in eine von dieser unabhängige Stellung, und diese außerhalb der Sphäre des Rechts in einen Zustand der Willkür versetzt; weil sie sich mithin, da sich im wirklichen Staatsleben die Gerichte der regierenden Gewalt nicht entgegen können, und die Verwaltung die Rechtsprincipien nicht von sich weisen darf, da mit Einem Worte der Staat eine innere Einheit bilden muß; wenn er bestehen soll, nicht consequent durchführen läßt, und deshalb sich als irrig erweist, da richtige Principien sich vorzugsweise durch ihre consequente Durchführbarkeit im Leben als solche bewähren müssen, und endlich durch die Inconsequenzen nur zur Verwirrung und zu Streitigkeiten führen kann.

V) Aus dem Bisherigen ist wohl zur Genüge klar, daß man hier auf eine Zusammenstellung gemeingiltiger oder auch nur theoretisch allgemein angenommener Grundsätze und Ansichten verzichtet müsse, und daß es unmöglich sei, auf dem bisher betretenen Wege zu einer Ausgleichung des Streites zu gelangen. Die Administrativjustiz scheint selbst nur eine, durch das Rechtsgefühl hervorgerufene Abweichung von der oft erwähnten Staatsrechtstheorie zu sein, indem man es sich doch nicht abgewinnen konnte, offen auszusprechen, daß man auf dem Gebiete der Verwaltung nur die Politik, mit Ausschluß aller Rechtsgrundsätze, selbst den Einzelnen und ihren Rechten gegenüber, zu beachten habe, wie aus jenen, die Rechts- und politischen Gesetze als Gegensätze scheidenden Theorie mit Nothwendigkeit folgen würde. Man suchte daher, um dem Rechte zu genügen, auch auf dieser politischen Hemisphäre eine Art von Richterstuhl unter dem Namen der Administrativjustiz zu errichten. Man überseh aber die Eadschung, welcher man sich hierbei hingab. Denn diese Justiz kann nur entweder mit der eigentlichen Justiz in der andern Hemisphäre identisch oder von dieser wesentlich verschieden sein; im ersten Falle ist sie aber eben wegen ihrer Identität von der eigentlichen Justiz durchaus nicht trennbar, und dürfen daher auch die dahin gezählten Fälle nicht anders als die übrigen Rechtsfachen behandelt, also nicht vor Administrativbehörden gezogen werden; denn sie ist mit Einem Worte keine Administrativ-, sondern eine Justiz; im zweiten Falle dagegen hört sie auf Justiz zu sein; weil der Gattungsbegriff wegen der wesentlichen Verschiedenheit nicht mehr auf sie paßt, und kann sie daher mit der Justiz nichts Andres gemein haben, als den leeren Namen, den Schein; sie ist mit Einem Worte nur Administration. In diesem Dilemma muß deshalb auch jeder Versuch scheitern; der Administrativjustiz einen festen Boden in der Wissenschaft zu verschaffen. W i s s e n s c h a f t l i c h ist und bleibt sie ein Zwitwergeschoß, das weder Justiz, noch Verwaltung ist; eben weil sie Beides zugleich sein will. Was aber einer wissenschaftlichen Würdigung entbehrt, kann sich auch im Leben für die Dauer und mit gebühlichem Erfolge nicht geltend machen. Wie man aber dennoch

zu dieser Administrativjustiz kommen und sie mit dem reinsten Willen vertheidigen konnte, ist aus der obigen geschichtlichen Entwicklung ersichtlich. Frankreich spendete die gleißende Frucht, welche die, den Gerichten von jeher nicht besonders holden, Verwaltungsmänner begierig als ein Mittel ergriffen, um sich von den Ansinnungen und Eingriffen der Gerichte zu befreien, ohne dabei, im Uebermaße der Freude, den Kern der Frucht zu prüfen, oder gar deren innere Gehaltlosigkeit zu bemerken. Man brauchte nun, da die Verwaltung jetzt selbst in ihrem Kreise zu Gericht sitzen konnte, die Gerichte, denen ja — nach anerkannter Staatsrechtstheorie — ohnehin nur die Vollziehung der Rechtsgesetze zusteht, nicht mehr in das Gebiet der Administration, der auch die Gerichte keinen Eingriff in ihren Gebietsumfang gestatten, herübergreifen zu lassen. Und sollten die Administrativbedämten, an Würdigkeit und Sachkunde, sowie an äußerer Stellung den Richtern gleichstehend, nicht im Stande sein, eben so die Anwendung der politischen oder Verwaltungsgesetze, wie die Richter die Anwendung der Rechtsgesetze, zu beurtheilen, und hierbei dasselbe Vertrauen, wie diese, verdienen und in Anspruch nehmen können? Hierzu kam noch, daß mit dem Reiche die für streitige Regierungssachen allein competenten Gerichte (die Reichsgerichte) wegfielen, und man daher, da man eine Unterwerfung der Landesherren unter ihre eigenen Gerichte, welche schon zur Zeit des Reiches nach den allgemein anerkannten Staatsrechtsgrundsätzen nie angenommen wurde, jetzt aber noch mehr für unvereinbarlich mit der neu erlangten Souveränität derselben hielt und positiv eine solche auch nicht begründet fand, auf ein Mittel sinnen mußte, diese Streitigkeiten zu entscheiden. Diese als reine Regierungssachen, wie vor der Zeit der Reichsgerichte, zu behandeln, ging um so weniger an, als man sie schon seit so langer Zeit als Reichsjustizsachen theoretisch betrachtet und practisch behandelt hatte. Dieser doppelten Verlegenheit, dem Mangel eines competenten Gerichtes und der Nothwendigkeit, diese Sachen als Rechtsachen zu behandeln, schien nun eben wieder die Administrativjustiz vollständig zu begegnen und abzuhefen. War diese neue Justiz einmal im Gange und einerseits den Staatsmännern erwünscht, andernseits aber auch nach ihrem Urtheile ein geeignetes Mittel, einem durch die politischen Veränderungen herbeigeführten Bedürfnisse abzuhefen, so konnte es nicht fehlen, daß man sie auch wissenschaftlich zu begründen, aber auf der anderen Seite sie auch dazu zu benützen suchte, um durch Ausdehnung derselben auf eigentliche Rechtsachen die Verwaltung zu erweitern und ungenirt zu machen.

Zu leugnen ist auf der anderen Seite nicht, daß auch die Gerichte durch das Bestreben, ihre eigene Competenz immer weiter auszudehnen und durch die Behauptung einer, von der regierenden Gewalt völlig unabhängigen, gleichsam souveränen Stellung zu dem Zwiste zwischen ihnen und der Staatsverwaltung und so mittelbar auch zur Entstehung und Erweiterung der Administrativjustiz das Ihrige beigetragen haben. Man vergaß bei den Gerichten die doppelte, in Deutschland einft, wie oben bemerkt wurde, auch subjectiv getrennte Eigenschaft, die obrigkeitliche Gewalt, und die Urtheilsfindung, zu unterscheiden, und machte deshalb die Unabhängigkeit, welche der Urtheilsfindung (dem *ius dicere* oder senten-

tiam ferre), als einem logischen und technischen Acte, allein gebührt, auch für die obrigkeitliche Gewalt in abstracto geltend. Durch diese Verwechselung oder Identificirung der richterlichen Function mit den Gerichten, vor welcher ein richtiger practischer Tact unsere Vorfahren schützte, vergaß man allmählig ganz, daß die Gerichte in ihrer obrigkeitlichen Eigenschaft selbst nur administrative Staatsbehörden sind; wie andere Verwaltungsbehörden nur befehlende Gewalt ausüben; selbst, wie diese, ungehorsamen oder ungebührlich sich benehmenden Parteien oder Zeugen Strafen androhen und gegen sie selbst dann verhängen, wenn sie die Beleidigten sind; bei diesen Strafen also, wie die Administrativbehörden, nicht auf das strenge Recht sehen; die Polizei im Gerichte handhaben, eine höhere Obrigkeit und eine höchste im Regenten anzuerkennen haben, und daher, wie andere Staatsbehörden, in dieser ihrer Eigenschaft von der höchsten Obrigkeit im Staate, dem Regenten, abhängig sind. Daß die Gerichte bei der Prozeßleitung im einzelnen Falle ihrem eigenen Ermessen folgen dürfen, davon liegt der Grund nicht in einer vorgeblichen Unabhängigkeit, sondern darin, daß sie als technische Behörden allein im Stande sind, die Thatfachen in einer für die Urtheilsfällung erforderlichen Weise festzustellen, daß mithin diese Feststellung der Thatfachen ebenso eine Vorbedingung zur rechtlichen Urtheilsfällung ist, wie z. B. die durch Aerzte vorzunehmende Section — die Herstellung des Thatbefundes — Vorbedingung zum ärztlichen Gutachten. Diese Unabhängigkeit ist, ja muß auch jeder Administrativbehörde zum Behufe der Ausübung ihrer Technik eigen sein. Daß übrigens die Thätigkeit der Gerichte bei der Prozeßleitung und Vollziehung der Urtheile eine administrative sei, kann nicht in Abrede gestellt werden, da das Befehlen kein Urtheilen, und Auflagen (Mandate etc.) keine Erkenntnisse sind, und bei dieser Thätigkeit theils andere, gar nicht zum Streitgegenstand gehörige Verhältnisse der Parteien mit zu berücksichtigen sind, theils mehr auf die Zweckmäßigkeit, als auf das strenge Recht gesehen werden muß; wie denn auch gegen solche obrigkeitliche Verfügungen nur der (administrative) Weg der Beschwerde bei der höheren Obrigkeit zulässig ist, wovon die Rechtsmittel gegen die Producte der eigentlichen richterlichen Function, d. i. gegen Urtheile, bekanntlich wesentlich verschieden sind. Daß bei dieser obrigkeitlichen Thätigkeit auch Eingriffe in die Privatrechte Einzelner vorkommen, wegen welcher kein Rechtsweg, sondern nur der gedachte Weg der Beschwerde statthaft ist, bedarf kaum bemerkt zu werden. Man denke z. B. nur an die Geld-, Gefängniß- und anderen Strafen wegen Ungehorsams oder ungebührlichen Benehmens, an den Zwang zum Zeugnisse oder zur Herausgabe von Urkunden, an Hausdurchsuchung, an die Haft während einer Criminaluntersuchung, an die Ungehorsamsstrafen im Criminalverfahren etc., und man wird sich überzeugen, daß alle diese Verfügungen wesentlich die Privatrechte verletzen, ohne daß sie in Folge richterlicher Urtheile erlassen worden, oder wegen der Verletzungen durch dieselben gerichtliche Klagen als Regel zulässig sind, für welche auch, da aus jeder Prozeßleitung hierüber wieder neue Klagen ähnlicher Art entstehen könnten, keine unparteiischen, d. h. wegen der verlegenden

Befürwägungen an der Sache nicht betheiligten, Gerichte aufzufinden oder möglicher Weise einzurichten wären.

Hätte man diese obrigkeitliche Eigenschaft der Gerichte niemals aus dem Auge gelassen, so würde einerseits die Behauptung der Unabhängigkeit der Gerichte in der ungemessenen Ausdehnung unterblieben, und auch niemals eine so feindliche Spannung zwischen den Gerichten und Administrativbehörden entstanden sein, und würden andernseits die Gegner der Administrativjustiz aus der obrigkeitlichen Thätigkeit der Gerichte die Ueberzeugung gewonnen haben, daß es schlechthin unmöglich sei, für jeden verletzenden Eingriff in die Privatrechte den eigentlichen Rechtsweg zu gestatten, da sonst auch gegen jede obrigkeitliche Verfügung der Gerichte im Civil- oder Criminalprozeße, durch welche sich Jemand in seinem Rechte verletzt glaubt, eine gerichtliche Klage zulässig sein müßte, und daß demnach die Vertheidiger der Administrativjustiz nicht in der Sache, sondern bloß in der Bezeichnung und Ausdehnung derselben irren.

Zu der berührten Verwechslung oder Identificirung der doppelten Eigenschaft der Gerichte mußte abermals die osterwähnte staatsrechtliche Theorie nothwendig dadurch führen, daß sie das Wesen der richterlichen Function in die Vollziehung setzte, die doch gar nicht zur richterlichen Thätigkeit gehört, indem diese vielmehr bloß die Vollziehung da, wo diese wegen eines Streites über das zu Vollziehende nicht geschehen kann, möglich machen soll²³⁾, wenn gleich die dadurch möglich gemachte Vollziehung auch den Gerichtsbehörden, obwohl nicht nothwendig, aus Gründen administrativer Zweckmäßigkeit übertragen werden kann, und bei uns wirklich übertragen ist. Durch diese Auffassung der richterlichen Function als einer vollziehenden mußte man nämlich nothwendig die eigentliche richterliche Function, das Urtheilen, aus dem Auge lassen, und die Unabhängigkeit, welche bloß der Urtheilsfindung gebührt, den Gerichten, als vollziehenden Behörden, vindiciren, sowie, um diese vollziehenden Behörden von den übrigen vollziehenden Behörden im Staate zu unterscheiden, jene auf die Vollziehung der Rechtsgesetze beschränken, und so zu der oben erwähnten objectiven Sonderung der vollziehenden Behörden gelangen. Dadurch ging zugleich der objectiv allgemeine Character der richterlichen Function verloren, welchen man doch wieder im Kampfe gegen die Administrativjustiz geltend machen will; was man aber bei der Anerkennung dieser Theorie nur mit Inconsequenz thun kann.

VI. Es mag genügen, den wahren Standpunct der Sache, damit die Nothwendigkeit, den bisher zur Ausgleichung des Streites befolgten Weg zu verlassen und einen anderen zu betreten, und diesen selbst angedeutet zu haben. Weiter zu gehen ist hier der Ort nicht. Nur sei uns am Schlusse noch Folgendes zu bemerken erlaubt. Geht man davon aus, daß das Staatsleben, der in der Erscheinung divergirenden Richtungen im Privat- und öffentlichen Leben ungeachtet, eine innere, durch die

²³⁾ M. f. S. Jordan, Versuche über allgem. St. R. (Marb. 1828) S. 230. ff.

Staatsregierung vermittelte, Einheit bildet, so kann es auch keinen inneren oder Principgegensatz zwischen den verschiedenen Gesetzen des Staates geben, sondern es muß allen dasselbe Princip der Gerechtigkeit zum Grunde liegen, so verschieden sie auch ihrer Richtung, ihrem nächsten Zwecke und ihrem Gegenstande nach sein mögen. Es läßt sich daher auch zwischen den sogenannten Rechts- und politischen Gesetzen kein innerer oder wesentlicher Unterschied feststellen, da auch die Letzteren auf Gerechtigkeit beruhen sollen; ihre Hauptunterscheidung ist vielmehr darin zu suchen, daß jene die Privatrechte, deren Wesen in der freien Verfügung des Berechtigten besteht, diese aber das öffentliche Recht, in welchem die freie Verfügung des Einzelnen ausgeschlossen ist, zum Gegenstande haben. Die Strafgesetze, insofern man von Privatstrafen absteht, gehören an sich dem öffentlichen Rechte an. Aus demselben Grunde der inneren Staatseinheit läßt sich auch zwischen den verschiedenen Behörden, so verschieden sich auch ihre Thätigkeit in gegenseitiger Vergleichung äußerlich darstellen mag und muß, kein innerer Gegensatz auffinden, indem eben durch ihre vereinte Gesamthätigkeit und Wechselwirkung die Einheit des Ganzen erzielt und lebendig erhalten werden soll. Es kann daher auch keine von der Staatsgewalt unabhängige Behörde im Staate geben, da vielmehr alle ihre obrigkeitliche (befehlende, leitende, zwingende etc.) Gewalt nur von jener erhalten haben können. Dagegen ist auch jede Behörde innerhalb der ihr eigenthümlichen Technik oder Sachkunde wieder vor der Staatsgewalt, in welcher als solcher gar keine specielle Technik enthalten ist, unabhängig und selbstständig, weil sich jede Technik wesentlich nach den ihr eigenthümlichen Wissenschaftsprincipien oder Kunstregeln zu richten hat und daher keine fremdartige Einwirkung zuläßt. In dieser durch die Mannigfaltigkeit der Staatsgeschäfte begründeten Verschiedenheit der Technik (im allgemeinsten Sinne des Wortes) und in der durch sie bedingten Modification der obrigkeitlichen Gewalt besteht, wenn man von der hierarchischen Unterordnung der Behörden derselben Technik (Branche) absteht, der eigentliche, äußere Unterschied der Staatsbehörden verschiedener Geschäftszweige, und somit auch das allein zulässige und zugleich sichere Princip für die Bestimmung und Abgrenzung der Competenz derselben. Hiernach sind die Gerichte, wenn man — wie man auch wirklich thun muß — ihre eigenthümliche Function, das Urtheilen, in's Auge faßt, diejenigen Staatsbehörden, deren Technik im Rechtssprechen besteht, und deren obrigkeitliche Gewalt eben durch diese Technik modificirt und beschränkt wird. Wo daher immer ein Rechtssprechen in diesem technischen Sinne nothwendig ist, da muß auch die Thätigkeit der Gerichte eintreten, weil diese Technik ihnen allein und ausschließlich eigen ist. Muß man nun zugeben, daß die wohl erworbenen Rechte Einzelner auch durch Handlungen der Staatsgewalt, die ja nur durch Menschen ausgeübt wird, verletzt werden können, so leuchtet von selbst ein, daß, wenn der Rechtsschutz der Unterthanen vollständig sein soll, auch die durch die Regierungshandlungen veranlaßten Rechtsverletzungen durch die Gerichte zu entscheiden seien, weil rechtliche Entscheidungen nur durch diese erfolgen können, ohne sie also eine rechtliche Entscheidung dieser Rechtsverle-

gungen nicht möglich ist. Will daher die Staatsregierung die Grundsätze der Gerechtigkeit ihren Unterthanen gegenüber achten und befolgen, oder, was auf Eines hinausläuft, die wohlverordneten Rechte der Letzteren, wie sie gewiß soll, als heilig respectiren, so muß sie auch die durch ihre Handlungen veranlaßten Rechtsfragen der richterlichen Entscheidung unterwerfen. Die Einwendung, daß die Staatsregierung ihren eigenen Gerichten nicht unterworfen sei, zerfällt von selbst, wenn man erwägt, daß diese vorgebliche Unterwerfung in Wahrheit nichts Anderes ist, als eine Anerkennung des technischen Gutachtens der Behörden, welche die Staatsgewalt selbst zur Ausübung dieser Technik autorisirt und mit der hierzu nöthigen obrigkeitlichen Gewalt versehen hat. Es wäre in der That eine wunderliche Inconsequenz, wenn die Staatsregierung die Gutachten (Urtheile) der Behörden, welche als die technischen Behörden anzuerkennen doch alle Unterthanen von ihr selbst verpflichtet worden sind, nicht eben so gern sich anerkennen wollte, wie sie dieselben für sich, z. B. bei verhängenden Strafurtheilen, anerkennt; wenn sie demnach durch die That erklären wollte, daß die Gutachten nur dann, wenn sie nicht gegen sie entschieden, sachrichtig seien. Die Staatsregierung muß ja in gleichem Maße die Gutachten der übrigen technischen Behörden, z. B. der Medicinal-, Bau- u. Behörden anerkennen, ohne daß man deshalb in solchen Fällen eine Unterwerfung derselben unter diese behauptet hätte. Dabei darf nicht übersehen werden, daß die Staatsregierungen von jeher in Criminalsachen, in welchen sie nach anerkannter Doctrin als anklagende Parteien erscheinen, kein Bedenken getragen haben, die Rechtsprüche der Gerichte auch gegen sich, wie bei losprechenden Urtheilen und Verurtheilung des Staates in die Kosten u., anzuerkennen. Auch sind in allen Staaten, wenigstens in den constitutionellen, Beamte vorhanden, welche für die Regierungshandlungen auch die rechtliche Verantwortung zu übernehmen haben. Nur durch eine solche vollständige Anerkennung der richterlichen Technik auch in Bezug auf die eigenen Handlungen schützt sich die Staatsregierung vor der Gefahr der eigenen Verletzung der Rechte, deren rechtlicher Schutz ihr als erste und heiligste Pflicht obliegt, und wird es ihr sohin möglich, die Gerechtigkeit zum wahren Grundpfeiler des Staates zu erheben. Es versteht sich hierbei von selbst, daß die richterliche Technik auch bei den Regierungshandlungen lediglich auf die Rechtsfragen zu beschränkt ist, auf deren genaue Abgrenzung Alles ankommt. Jedoch soll der Rechtsweg nicht geklattet werden, bevor nicht der administrative Weg der Remonstration und Beschwerde, gleichsam als Mahnung, vergeblich versucht worden ist, und die Suspensivwirkung da, wo eine solche überhaupt eintreten kann, in Folge der Klagestellung erst dann stattfinden, wenn dieselbe nach der Erklärung der betreffenden Behörde keine dem öffentlichen Interesse nachtheilige Wirkung herbeiführt. Wenn man außer der genauen Bestimmung des Umfanges der richterlichen Technik auch das Prozeßverfahren nach Beschaffenheit der Fälle gehörig regulirt, so werden die Gründe, welche man für die Administrativjustiz anführt, von selbst wegfallen, und dieses Institut auch in Deutschland, wie z. B. in England, als völlig entbehrlich erscheinen; die Staatsregierungen aber,

durch unumwundene Anerkennung der richterlichen Sachheit ebenso an Ansehen und Achtung, als durch ihre Haltung innerhalb der Grenzen der Gerechtigkeit an Energie in ihren eigenthümlichen Thätigkeitsphären gewinnen.
E. Jordan.

Adoptio (Annahme an Kindesstatt) heißt die unter Mitwirkung des praetor oder des populus Romanus vollbrachte Handlung, wodurch eine freie Person von einem Manne, in dessen väterlicher Gewalt sie vorher nicht gestanden hat, an eines ehelichen Kindes oder Enkels Statt angenommen wird. Die Form der Adoption ist verschieden, je nachdem die zu adoptirende Person selbstständig (*sui iuris*), oder einer fremden Gewalt unterworfen ist (*alieni iuris*). In jenem Falle heißt sie *adoptio* im engeren Sinne (*adoptio*, bei den Neueren *adoptio in speciem dicta*) im zweiten Falle heißt sie *adrogatio*. Im ersten Falle, wenn ein Haussohn (*filiusfamilias*) in Adoption gegeben wurde, bedurfte es zweier dreimaligen Mancipation von Seiten seines leiblichen Vaters, von denen die erste und zweite mit einer *manumissio* verbunden wurde. Nach der dritten Mancipation wurde der Haussohn gewöhnlich an seinen leiblichen Vater von demjenigen, welchem er mancipirt worden war, zurückmancipirt, und dieser übertrug nun seine Gewalt an den Adoptivvater durch einen vor dem Prator oder jedem magistratus, bei welchem eine *legis actio* vorgenommen werden konnte, vorzunehmende in *jure cessio* seines Sohnes¹⁾: Bei Töchtern und Enkeln, welche in der väterlichen und respective väterlichen Gewalt standen, bedurfte es wohl nur einer einzigen *mancipatio*, auf welche sofort die in *jure cessio* folgte. Mithin bedurfte es hier wohl nicht einmal der *manumissio*. Im Justinianischen Rechte ist diese Adoptionsform abgekommen, und die *actorum solemnitas* an deren Stelle getreten, d. h. es wird vor dem magistratus die Einwilligung der Interessenten zur Adoption formlos erklärt, und darüber ein Protocol aufgenommen²⁾. Vorausgesetzt wird indess dabei, daß der Adoptirende, der zu Adoptirende und dessen leiblicher Vater anwesend seien, und daß der Magistrat, vor dem die Adoption geschieht, *competens* sei, d. h. die *legis actio* habe³⁾. Im Falle der *adrogatio*, welche nur dann stattfinden kann, wenn die zu adoptirende Person *sui iuris* ist, bedurfte es im älteren Rechte einer *lex curiata*, d. h. eines in *comitia variata* abgefaßten Volksschlusses. Der Magistrat, welcher die *comitia* zusammenberufen hatte, fragte⁴⁾ zuerst den, welcher adrogiren wollte, ob er wollte, daß der zu Adrogirende sein *inatus filius* sei; hierauf wurde auch dieser um seine Einwilligung befragt, und endlich wurde an das in den Comitien versammelte Volk die Frage gerichtet, ob es dieß genehmige. Darauf folgte die Abstimmung, wie bei der Rogation der *leges*. Daher auch der Name *adrogatio*. Auch die *pontifices* wurden dabei zu Rathe gezogen;

1) Gellius Noct. Att. 5. 19. Cuius inst. 1. §. 184.

2) L. 11. C. de adopt. (8. 48.)

3) Buchholz, juristische Abhandlungen S. 120.

4) Gellius Noct. Att. 5. 19.

5) Cuius inst. 1. §. 99.

ferner wurde namentlich darauf gesehen, daß das Vermögen des zu Adrogirenden durch die Adrogation keine Verringerung erleide; auch zog man es in Betrachtung, ob der Adrogirende nicht in einem Alter stehe, wo er noch die Fähigkeit besitze, eheliche Kinder zu erzeugen; endlich wird auch noch ein vom Adoptirenden zu Schwörender, vom Pontifer Quintus Mucius Scaevola geförmelter Eid erwähnt⁶⁾. Unmündige (pupilli) und Frauen (feminae) konnten in den älteren Zeiten gar nicht adrogirt werden⁷⁾; jene deshalb nicht, weil sie unfähig waren, gültig ihre Einwilligung zur Adrogation zu erklären, und auch von ihren tutores in dieser Rücksicht nicht vertreten werden konnten; diese wahrscheinlich deshalb nicht, weil sie an den comitia curiata keinen Theil nehmen durften. Doch ist die Adrogation der pupilli späterhin durch eine Constitution des Antoninus Pius⁸⁾ erlaubt worden; freilich nur unter folgenden, für den Adoptivvater ziemlich drückenden Bedingungen: a) daß der tutor, in dessen Gewalt der Unmündige steht, ausdrücklich dazu seine Einwilligung gebe⁹⁾; b) daß die nächsten Verwandten des Unmündigen ihr Gutachten über die Adrogation abgeben¹⁰⁾; c) daß der magistratus eine Untersuchung (causae cognitio) darüber einleite, ob die Adrogation dem Unmündigen nütze, und ob ein anständiger Grund für die Vornahme der Adrogation vorhanden sei¹¹⁾. Dabei soll namentlich in Betracht gezogen werden, wie groß das Vermögen des Unmündigen und das des Adoptivvaters sei; was der Adoptivvater früherhin für einen Lebenswandel geführt habe; auch soll man darauf sehen, ob es nicht besser sei, daß der Letztere sich Kinder aus einer rechtmäßigen Ehe, als durch die Adrogation zu verschaffen suche¹²⁾. d) daß der Adoptivvater Caution dafür bestelle, daß er die Güter des pupillus an diejenigen, welche ihn beerbt haben würden, wenn er in seiner früheren Lage verblieben wäre, zurückerstatten werde, wenn der pupillus vor Erreichung der pubertas versterben sollte¹³⁾. Dies Versprechen wird an personae publicae vom Adoptivvater abgegeben. Im älteren Rechte waren es wohl die servi publici, welchen diese Caution zu Gunsten des pupillus geleistet wurde; in den späteren Zeiten scheinen es freie Menschen gewesen zu sein, welche die acta zu besorgen hatten¹⁴⁾. Es versteht sich wohl von selbst, daß diese Caution nicht allein zu Gunsten der wirklichen Intestaterben, sondern auch derer, welche dem pupillus pupillariter substituirt waren, geleistet wurde¹⁵⁾. Aus der Caution entsprang für die, welche nach dem Tode des pupillus dessen Güter beanspruchen konnten, eine utilis actio gegen

6) Gellius noct. Att. 5. 19.

7) Gellius 5. 19. Caius 1. §. 101.

8) Ulp. Fragm. tit. 8. §. 5.

9) L. 5. C. de auctoritate praestanda. (5. 59.)

10) L. 2. C. de adopt. (8. 48.)

11) §. 3. J. de adoptionibus. (1. 11.)

12) L. 17. §. 2. D. de adoptionibus. (1. 7.)

13) L. 18. D. 1. 7. §. 3. J. 1. 11.

14) L. 3. C. de tabulariis. (10. 69.)

15) L. 40. D. de vulgari et pup. subst. (28. 6.)

den Adoptivvater des Letzteren¹⁶⁾, eine Klage, die auch dann zugelassen wurde, wenn er gar keine Caution bestellt hatte¹⁷⁾. Die Caution selbst ist eine *satisfactio*¹⁸⁾, und bedarf also wohl der Stellung von Bürgen¹⁹⁾. e) Daß der Adoptivvater, wenn er den adrogirten Unmündigen aus seiner Gewalt ohne eine von der Obrigkeit durch *causae cognitio* gebilligte Ursache durch Emancipation entlasse oder ihn im Testamente enterbe, dem Unmündigen nicht allein sein ganzes Vermögen und Alles, was er dem Ersteren erworben hat, wieder herausgeben, sondern daß ihm auch der vierte Theil des eigenen Vermögens des Adrogator ausgehändigt werden werde²⁰⁾. Dieser Theil heißt in der Kunsstsprache der neueren Juristen *Quarta Divi Pii*. Diese Quart mußte dem adrogirten Unmündigen gewöhnlich im Testamente hinterlassen werden²¹⁾. Fragt man nun weiter, ob der Unmündige im Falle der Emancipation sofort diese Quart habe verlangen können, so scheint dies verneint werden zu müssen; denn das Recht, die Quart zu verlangen, kann der Emancipirte erst nach dem Tode seines früheren Adoptivvaters geltend machen²²⁾. Die Klage, welche er deshalb gegen die Erben des Letzteren anstellen kann, wird in den Quellen nicht weiter bezeichnet; nur so viel wird gesagt, sie sei eine persönliche Klage²³⁾, und gehe auch auf die Erben des Unmündigen über. Diese Quart wird nach der Vermögensmasse, welche der Adoptivvater zur Todeszeit hatte, berechnet²⁴⁾, nachdem im voraus alle Güter, die der Erblasser durch das Adoptivkind erhalten hat, in Abzug gebracht worden sind²⁵⁾. In Bezug auf die Erbschaft des Adoptivvaters gilt dieser Pflichttheil des Adoptivkindes als Erbschaftsschuld (*aes alienum*)²⁶⁾, und kann demselben selbst dann nicht entzogen werden, wenn er das Testament des Adoptivvaters mit der *querela inofficiosi testamenti* vergeblich angefochten hat. Sollte der Adoptivvater, um diesen Pflichttheil zu schmälern, Veräußerungen vorgenommen haben, so kann der Pflichttheilsberechtigte dieselben mit der *actio Faviana* und *Calvisiana* anfechten, in wie weit sie seine Quart verringern²⁷⁾. Der Unterschied zwischen beiden Klagen beruht auf der Verschiedenheit der Testaments- und Intestaterbfolge. Im ersten Falle steht die *Faviana actio* zu, im zweiten die *Calvisiana*²⁸⁾. In den Kaiserzeiten ist die Form der Adrogation durch das Abkommen der *comi-*

16) L. 40. D. 28. 6.

17) L. 19. D. 1. 7.

18) L. 20. D. 1. 7.

19) L. 2. C. 8. 48.

20) §. 3. J. 1. 11. L. 13. D. si quid in fraudem patroni. (38. 5.) L. 2. C. 8. 48.

21) L. 2. C. 8. 48.

22) L. 1. §. 21. D. de collat. (37. 6.) Vergl. Franke, Notherbenrecht

S. 479.

23) *Personalis actio* in L. 1. §. 21. D. a. a. D.

24) L. 13. D. 38. 5.

25) §. 3. J. 1. 11.

26) L. 8. §. 15. D. de inoff. test. (5. 2.)

27) L. 13. D. 38. 5.

28) L. 3. §. 3. D. 38. 5. Vergl. Franke, Notherbenrecht S. 490.

ria verändert worden; denn an die Stelle des *populus Romanus* trat schon zu den Zeiten Diocletians, und vielleicht noch früher²⁹⁾, der Kaiser, dessen Einwilligung zur Abrogation durch ein *rescriptum* erklärt werden mußte³⁰⁾. Ein solches Rescript nennt man in der Kunstsprache *Arrogationsrescript*. Auch in den Pandecten finden sich Spuren einer Abrogation durch *rescriptum principis*³¹⁾; doch sind diese Stellen wohl von den Pandectencompilatoren interpolirt worden. Auch die Abrogation der Frauen ist in Justinian's Pandecten erlaubt worden³²⁾. Die Wirkung der geschenehen Adoption ist die, daß das adoptirte Kind den Namen und Stand des Adoptivvaters annimmt, ihm und dessen *agnati agnatus* wird³³⁾, und in des Ersteren elterliche Gewalt übergeht, ausgenommen, wenn ein Kind, welches in der väterlichen Gewalt steht, von Jemand adoptirt wird, welcher nicht ein leiblicher Abcendent des Adoptivkindes von väterlicher oder mütterlicher Seite her ist. Denn in diesem Falle erlangt zwar das Adoptivkind das Recht, den Adoptivvater, wenn er ohne Testament verstirbt, zu beerben; aber es geht nicht in dessen elterliche Gewalt über, sondern es verbleibt in der Gewalt seines leiblichen Vaters, an dessen Gütern es auch zugleich alle ihm zustehende Erbrechte fortbekält. Diese Beschränkung der Wirkung der *adoptio* im engeren Sinne röhrt vom Kaiser Justinian³⁴⁾ her, und scheint dadurch veranlaßt worden zu sein, daß die Adoptivktern öfters ihre Rechte über das Adoptivkind benutzten, um dessen Lage zu verschlechtern. Diesem Uebel zu steuern, traf nun Justinian eine Verfügung, welche die Rechte des Adoptivvaters dahin beschränkte, daß er den Zustand seines Adoptivkindes wohl verbessern, nicht aber verschlechtern könnte. Den leiblichen Abcendenten des Kindes hingegen traute der Kaiser nicht die Absicht zu, daß sie die ihnen durch die Adoption übertragenen Rechte zur Verschlechterung der Lage des Adoptivkindes mißbrauchen würden, und deshalb ließ er für diesen Fall die Wirkungen der *adoptio* des älteren Rechtes vollständig fortbestehen. Die neueren Juristen theilen nun, gestügt auf diese Verordnung Justinian's, die *adoptio* im engeren Sinne in *adoptio plena*, eine Adoption mit vollen Wirkungen, d. h. eine solche, welche ein leiblicher Abcendent des Adoptivkindes mit demselben vornimmt, und *adoptio minus plena*, eine Adoption mit nicht ganz vollen Wirkungen, d. h. eine solche, welche von einem extraneus vorgenommen wird. Bei der *Arrogation* hingegen ist es stets beim Alten geblieben. Die *Arrogation* hat noch die eigenthümliche Wirkung, daß der Adoptivvater *successor universalis* des Adoptivkindes wird, mithin in dessen Rechte und Verbind-

29) *Vopisci Aurelianus* cap. 14. Vergl. *Cramer's* kleine Schriften S. 214.

30) L. 2. C. 8. 48. L. 8. C. *ibidem*.

31) L. 21. D. 1. 7. L. 20. D. *ibid*.

32) L. 20. §. 1. D. 1. 7. L. 21. D. *ibid*.

33) L. 23. D. 1. 7. L. 4. §. 10. D. de *gradibus*. (33. 10.) §. 2. J. de *legit. agn. succ.* (3. 2.)

34) L. 10. C. 8. 48. §. 2. J. 1. 11. §. 14. J. de *haereditatibus, quae ab intestato*. (3. 1.)

lichkeiten von selbst eintritt. In Bezug auf den leiblichen Vater stellt das römische Recht den Grundsatz auf, daß, so lange die Adoption in ihren Wirkungen besteht (*quamdiu sunt in adoptiva familia*), die adoptirten Personen so behandelt werden, als ob sie mit ihrem leiblichen Vater gar nicht verwandt wären (*extraneorum numero habentur*³⁵). Werden sie aber durch Emancipation aus der elterlichen Gewalt des Adoptivvaters entlassen, so werden sie in Bezug auf den leiblichen Vater gerade so angesehen, als ob sie von diesem emancipirt worden wären. Die Wirkung dieser Ansicht ist nun die, daß die Adoptivkinder, so lange die Adoption besteht, von ihrem leiblichen Vater weder zu Erben eingesetzt, noch enterbt werden müssen, und daß sie nach der Emancipation gerade so von demselben zu Erben eingesetzt oder enterbt werden müssen, wie wenn sie von ihm selbst emancipirt worden wären. Dieser durch die *Doctrin* eingeführte Rechtsatz³⁶) verdankt seinen Ursprung wohl der Ansicht, daß es unbillig sei, der Willkür des Adoptivvaters es zu überlassen, zu bestimmen, wer die Erbschaft des leiblichen Vaters des Adoptivkindes haben solle³⁷). In Bezug auf den Adoptivvater hingegen gilt der Grundsatz, daß die Wirkungen der Adoption nur so lange bestehen, als derselbe das Adoptivkind nicht emancipirt. Daher werden die emancipirten Adoptivkinder nach der Emancipation als mit ihm gar nicht verwandt angesehen (*extraneorum loco habentur*)³⁸); ~~müssen~~ verlieren sie das Erbrecht in dessen Güter, und hören auf seine *agnati* und *cognati* zu sein, wenn die Cognation nur auf dem Wege der Adoption entstanden war³⁹). — Das Detail der Lehre von der Adoption beruht auf folgenden drei Hauptsätzen: I) *adoptio naturam imitatur*. Die Stellen, in welchen dieser Grundsatz vorkommt⁴⁰), deuten darauf hin, daß durch Adoption nur solche Personen in die väterliche Gewalt des Adoptivvaters kommen können, welche er seinem Alter und seinem Zustande nach aus rechtmäßiger Ehe hätte zeugen und in seine väterliche Gewalt bringen können. Dieser Grundsatz scheint ehemals eine weitere Ausdehnung gehabt zu haben; wenigstens erklärt sich daraus recht gut, warum man Niemand an Bruders Stelle adoptiren könne⁴¹). Daß man ~~indes~~ bei der Anwendung dieses Satzes auf einzelne aus der Adoption entstehende Rechtsverhältnisse behutsam sein müsse, zeigt der Satz, daß man auch, wenn man keinen Sohn hat, Jemand an Enkels Statt adoptiren kann⁴²). II) Die Adoption ist ein subsidiares Mittel, um Kinder zu erwerben, d. h. sie ist nur für den Fall erlaubt, wenn der Adoptierende keine Hoffnung mehr hat, Kinder durch Zeugung zu erwerben⁴³). Eine Anwendung dieses Rechtsatzes findet sich bei der Arro-

35) §. 4. J. de exhaeredatione liberorum. (3. 13.) §. 10. J. 3. 1.

36) §. 10. J. 3. 1. placuit.

37) Schrader zu Justinian's Institutionen §. 419.

38) §. 11. J. 3. 1.

39) L. 3. D. unde cognati. (38. 8.)

40) L. 4. J. 1. 11. L. 16. D. 1. 7.

41) L. 7. C. de heredibus instituendis. (6. 24.)

42) §. 5. J. 1. 11.

43) Theoph. paraphr. 1. 11. pr. ed. Reitz tom. I. p. 109.

gation des pupillus⁴⁴); denn hier soll namentlich darauf gesehen werden, daß der Adoptivvater keine leiblichen Kinder habe. Hat er bereits leibliche Kinder, so darf ihm die Adoption nicht erlaubt werden, theils deshalb, damit den Rechten der leiblichen Kinder des Adoptivvaters nicht geschadet werde, theils deshalb, damit auch der Adoptivsohn dabei nicht zu kurz komme. Manche Rechtsgelehrte⁴⁵) geben diesem Grundsatz eine zu große Ausdehnung, wogegen freilich das Zeugniß von Theophilus selbst spricht. III) Die Adoption darf weder dem zu adoptirenden Kinde, noch irgend einem Dritten zum Nachtheile gereichen. Ein Rechtsatz, welcher sich namentlich bei der Arrogation der pupilli zeigt⁴⁶), und auch im späteren Rechte Veranlassung zur Einführung der adoptio plena und minus plena gegeben haben mag. — Fragt man nun: wer kann adoptiren?, so antwortet man wohl am besten, daß Alle diese Fähigkeit haben, welchen sie nicht ausdrücklich durch das Gesetz oder durch die Grundlagen des Institutes entzogen worden ist. Unfähig, Kinder zu adoptiren, sind 1) Verschnittene (castrati)⁴⁷), weil sie für immer zur Zeugung unfähig sind. Adoptiren können aber die spadones, d. h. Personen, welche durch einen Naturfehler der Zeugungsfähigkeit beraubt sind⁴⁸); vielleicht deshalb, weil man die Hoffnung noch nicht aufgab, daß sie die Zeugungsfähigkeit einmal erhalten könnten. 2) Personen, welche jünger sind, können ältere nicht adoptiren⁴⁹), weil es gegen die Natur der Dinge sein würde, eine ältere Person zum Kinde zu haben. Ja es ist sogar festgesetzt worden, daß der Adoptivvater wenigstens 18 Jahr älter sein müsse, als der Adoptivsohn⁵⁰), ein Alter, welches in den Gesetzen mit dem Namen plena pubertas bezeichnet wird. Für den Fall, daß Jemand den Anderen an Enkels Statt adoptiren will, ist nichts Besonderes im römischen Rechte bestimmt. Doch nimmt die Praxis hier an, daß der Adoptivgroßvater wenigstens 36 Jahr älter sein müsse, als der Adoptivenkel⁵¹). 3) Weiber können eigentlich Niemanden adoptiren, weil sie keine Gewalt über ihre Kinder haben; doch wird es ihnen zum Erfas für leibliche Kinder, die sie durch den Tod verloren haben, gestattet, Andere durch kaiserliches Rescript an Kindesstatt anzunehmen⁵²). Dennoch erhalten sie auch dadurch keine elterliche Gewalt über ihre Adoptivkinder. 4) Niemand kann einen Anderen aus einem den Moralgesetzen nach unerlaubten Grunde abrogiren⁵³). Deshalb wird der Richter angewiesen, so viel wie möglich durch eigene Untersuchung sich davon zu überzeugen, daß ein solcher Grund im concreten Falle nicht vorliege. 5) Den Vormündern, seien sie tutores oder curatores, ist es untersagt,

44) L. 17. §. 3. D. 1. 7.

45) Glü c, Erläuterung der Pandecten Th. 2. S. 355.

46) L. 17. §. 3. D. 1. 7.

47) §. 9. J. 1. 11.

48) §. 9. J. 1. 11. L. 2. §. 1. D. 1. 7.

49) §. 4. J. 1. 11.

50) §. 4. J. 1. 11. L. 40. §. 1. D. 1. 7.

51) Vergl. Glü c, Erläuterung der Pandecten Th. 2. S. 355.

52) §. 10. J. 1. 11. L. 5. C. 8. 48. L. 29. §. 3. D. de inoff. test. (5. 2.)

53) L. 17. pr. D. 1. 7.

ihren Mündel; so lange er das 25. Jahr noch nicht überschritten hat, zu adrogiren ⁵⁴⁾. Dieß deshalb, weil zu befürchten stand, daß die Vormünder eine solche Erlaubniß benutzen würden, um sich der Verpflichtung, Rechnung über die von ihnen geführte Vormundschaft abzulegen, zu entziehen. 6) Wer das 60. Jahr noch nicht überschritten hat, darf in der Regel keine Adrogation vornehmen, weil er noch Hoffnung hat, sich selbst Kinder aus rechtmäßiger Ehe zu erzeugen ⁵⁵⁾. Nur wenn ein gerechter Grund angegeben und erwiesen wurde, konnte die Adrogation Personen jüngeren Alters gestattet werden. Man rechnet zu diesen Gründen z. B. folgende Fälle: wenn man durch Krankheit oder sonstiges körperliches Uebelbefinden von der Erfüllung der ehelichen Pflicht abgehalten wird, oder wenn eine Verwandtschaft zwischen dem Adoptirenden und dem zu Adoptirenden nachgewiesen werden kann. 7) Niemand darf Mehrere zugleich oder nach einander adrogiren, wenn er nicht einen gerechten Grund zu erweisen im Stande ist ⁵⁶⁾. 8) Ein Armer kann keinen Reichen adoptiren, außer wenn sein Lebenswandel unsträflich, und seine Zuneigung zum letzteren bekannt ist und auf einem achtungswerthen Grunde beruht. — Fragt man weiter: wer kann adoptirt werden? so ist wohl zu antworten: Jeder, welcher in die älterliche Gewalt kommen kann, und nicht ausdrücklich durch ein specielles Gesetz verhindert wird, sich adoptiren zu lassen. Ausgenommen sind: 1) alle Concubinenkinder (*naturales liberi*) in Bezug auf ihren natürlichen Vater. Zwar erlaubte Kaiser Anastasius ihre Adrogation ⁵⁷⁾, allein Justinian verbot dieselbe als unanständig ⁵⁸⁾. 2) Der Adoptivsohn kann, wenn er später emancipirt oder von neuem zur Adoption gegeben worden ist, von dem früheren Adoptivvater nicht wieder adoptirt werden ⁵⁹⁾. Dagegen bleibt es dem leiblichen Vater oder Großvater unverwehrt, von ihm emancipirte Kinder wieder zu adoptiren ⁶⁰⁾. 3) Niemand kann gegen seinen ausdrücklich erklärten Willen adoptirt werden ⁶¹⁾. In der Adrogation bedarf es zu diesem Zwecke der ausdrücklichen Einwilligung des Adoptivsohnes; in der Adoption im engeren Sinne reicht es schon zu, wenn der zu Adoptirende nicht ausdrücklich der Handlung widerspricht. 4) Personen, welche unter der *cura* stehen, können nicht ohne ausdrückliche Einwilligung ihres Curators adrogirt werden ⁶²⁾. Dieser Rechtsatz ist von dem Kaiser Claudius eingeführt worden. 5) Die Adrogation der Freigelassenen ist in gewisser Rücksicht beschränkt. Denn eigene Freigelassene des Adoptivvaters können nur durch kaiserliche Vergünstigung adrogirt werden ⁶³⁾,

54) L. 17. pr. D. 1. 7.

55) L. 15. §. 2. D. 1. 7.

56) L. 15. §. 3. D. 1. 7.

57) L. 6. C. de naturalibus liberis. (5. 27.)

58) Nov. 74. cap. 3. Nov. 89. cap. 11.

59) L. 37. §. 1. D. 1. 7.

60) L. 12. D. 1. 7. L. 41. D. *ibid.*

61) L. 5. D. 1. 7.

62) L. 8. D. 1. 7.

63) L. 46. D. 1. 7.

und zwar unter Angabe eines triftigen Grundes ⁶⁴). Fremde Freigelassene hingegen können gar nicht abrogirt werden ⁶⁵). — Specielle Regeln, welche sich in Bezug auf die Adoption im römisch-Justinianischen Rechte noch vorfinden, sind folgende. 1) Keine Adoption kann vom Anfang an auf eine gewisse Zeit beschränkt werden ⁶⁶). Sollte eine Beschränkung dieser Art hinzugefügt sein, so wird angenommen, daß die Adoption ohne Beschränkung eingegangen sei. 2) Wenn Jemand, welcher einen leiblichen Sohn in seiner väterlichen Gewalt hat, einen Andern an Enkels Statt adoptiren will, so bedarf es zu dieser Adoption in der Regel der ausdrücklichen Einwilligung des in der väterlichen Gewalt stehenden Sohnes. Denn sonst würde demselben gegen seinen Willen ein suus heres agnasciren. Ein Satz, welcher gegen das ius civile verstößt ⁶⁷). Ist aber die Einwilligung des Sohnes nicht vorhanden, so besteht die Adoption ⁶⁸) an Enkels Statt in der Person des Adoptivvaters fort, freilich nur vermöge der Annahme, daß der Enkel dem Adoptivgroßvater von einem incertus filius geboren sei ⁶⁹). Als Folge dieser Annahme ist es zu betrachten, daß der Adoptivvater im letzteren Falle nach dem Ableben des Adoptivgroßvaters keineswegs in die väterliche Gewalt des von dem letzteren hinterlassenen Sohnes kommt. 3) Durch ein SC. Sabinianum ist der Rechtsatz eingeführt worden, daß, wenn Jemand einen von 3 Söhnen, welche zusammen in der Gewalt des nämlichen Vaters stehen, adoptirt (si quis de tribus maribus adoptatur), er ihm ein Viertel seines ganzen Vermögens hinterlassen müsse ⁷⁰). Thut er dieß nicht, so wird dem adoptirten Kinde nach dem Tode des Adoptivvaters eine Klage gegen die Erben des letzteren gestattet, womit es dieselben zwingt, ihm den vierten Theil des Vermögens des Erblassers anzuzahlen. Dieses Viertel nennen die neueren Rechtsgelahrten quarta Sabiniana. Wahrscheinlich hängt die Vorschrift des SC. mit den Berechtigungen zusammen, welche man mit dem Namen ius liberorum zu bezeichnen pflegt, und war gewiß auch nicht die einzige in ihrer Art, da die tres mares auch noch in anderer Beziehung begünstigt werden ⁷¹). Im Justinianischen Rechte besteht diese Vorschrift des SC. Sabinianum wohl noch als geltendes Recht fort, da wenigstens Theophilus ⁷²), Justinian's Institutionen ⁷³) und die L. 10. §. 3. C. de adoptionibus (8. 48.) die Verfügung desselben als an noch geltendes Recht erwähnen. Freilich ist es dabei sehr auffallend, daß gerade in dem Pandectentitel, welcher specielle die Lehre von der Adoption behandelt, dieß SC. ganz und gar

64) L. 3. C. 8. 48.

65) L. 15. §. 3. D. 1. 7.

66) L. 34. D. 1. 7.

67) §. 7. J. 1. 11. L. 6. D. 1. 7.

68) L. 10. u. 11. D. 1. 7.

69) Schrader zu Justinian's Institutionen. S. 81.

70) Theoph. inst. §. 1. §. 14. ed. Reitz tom. 1. p. 529. L. 10. §. 3. C. 8. 48.

71) L. 132. Theod. C. de decur. (12. 1.)

72) Theoph. ed. Reitz tom. 1. p. 530. seq.

73) §. 14. J. 3. 1.

übergangen worden ist. — *Adoptio per testamentum* heißt die Erbeinsetzung einer bestimmten Person im Testamente unter der Bedingung, daß sie den Namen des Erblassers führe. Für diese Meinung sprechen namentlich folgende Gründe: daß der Ausdruck *adoptare per testamentum* oder *testamento* bei den juristischen Classikern gar nicht vorkommt; daß die Ausdrücke *servus adoptatus* und *filius nominatus* als gleichbedeutend gebraucht werden⁷⁴); daß die Annahme des Namens des Erblassers von Seiten des Erben als der wesentliche Character dieser Adoptionsform hervorgehoben wird⁷⁵); und daß endlich die Erbeinsetzung als ein wesentlicher Bestandtheil dieser Adoptionsform angesehen wird⁷⁶). Daß übrigens diese Adoption von den röm. Juristen als eine eigentliche Adoption niemals anerkannt worden ist, ergibt sich theils daraus, daß dieselben die *adoptio per Praetorem* oder *per populum Romanum* allein als gültig anerkennen⁷⁷), theils daraus, daß sie die Lehre von der *adoptio per testamentum* in den Erörterungen über das Erbrecht vortragen⁷⁸). Es scheint demnach der Ausdruck *adoptio*, *adoptare testamento* in einer uneigentlichen, von der juristischen Kunstsprache ganz verschiedenen Bedeutung genommen zu sein.

S. auch d. Art. väterliche Gewalt. Heimboh.

Adstipulatio heißt der Act, wodurch eine Person neben einer anderen sich dieselbe Sache von demselben versprechen läßt. Sie setzt a) Gleichartigkeit des Objectes der Stipulation, b) Identität des Schuldners voraus, erfordert c) zwei verschiedene Personen, welche durch die stipulatio Gläubiger werden, d) zwei verschiedene Stipulationen, welche jeder der Gläubiger getrennt vom anderen vornimmt¹). *Adstipulari* heißt sich etwas neben einem Anderen von demselben Schuldner versprechen lassen. Daher heißt *adstipulator* derjenige, welcher als Nebenmann des Gläubigers in der *adstipulatio* auftritt. Ihrer Natur nach ist die *Adstipulation* eine Stipulation, deren Inhalt und Bestehen ganz von der Gültigkeit der Hauptstipulation, zu der sie hinzutritt, abhängt²). Daher kann der *adstipulator* sich nicht mehr vom Schuldner versprechen lassen, als derselbe dem Hauptgläubiger versprochen hat³); deshalb kann der *Adstipulator* sich nichts pure versprechen lassen, was dem Hauptgläubiger unter einer Resolutiobedingung versprochen worden ist; deshalb kann endlich der *Adstipulator* keinen früheren Zahlungstermin für sich ausmachen, als der Hauptgläubiger⁴).

74) §. 12. J. de adoptionibus. (1. 11.)

75) Plinius hist. nat. 35. 2. Vergl. Dirksen, Versuche zur Critik und Auslegung der D. des R. R. S. 83.

76) S u e t. Tiber. cap. 6.

77) Caius inst. 1. §. 98. Ulp. fragm. tit. 8. §. 2.

78) Caius lib. 2. de fideicommissis in. L. 63. §. 10. D. ad SC. Trebell. (36. 1.)

1) Caius inst. 3. §. 110—112.

2) Caius inst. 3. §. 126.

3) Caius inst. 3. §. 113.

4) Caius a. a. D.

Die Wirkungen der Adstipulation sind die, daß a) der adstipulator über das Obligationsverhältniß gültig disponiren kann. Denn er kann das Object der Adstipulation einklagen⁵⁾, die Obligation durch acceptilatio quittiren⁶⁾ und wahrscheinlich auch durch novatio in eine andere Obligation verwandeln. Kinder, welche in der väterlichen Gewalt sind, können als adstipulatores nur in Person über die Obligation disponiren; doch können sie die Obligation nicht eher einklagen, als bis sie ohne capitis deminutio aus der väterlichen Gewalt befreit sind. b) Der adstipulator hat das Recht, die Zahlung aus der Obligation gültiger Weise anzunehmen⁷⁾. Dieß ist nach den Rechtsregeln zu beurtheilen, welche vom adiectus solutionis causa gelten. Was aber das Verhältniß des adstipulator zum Hauptgläubiger betrifft, so wird dasselbe nach den Regeln des Mandates beurtheilt; denn der adstipulator wird als Bevollmächtigter des Hauptgläubigers angesehen, und kann von demselben mit der actio mandati directa verklagt werden, wenn er die versprochene Summe vom Schuldner eingeklagt, oder die Obligation durch Acceptilation quittirt hat⁸⁾. Außerdem steht dem Hauptgläubiger noch die actio legis Aquiliae gegen ihn zu, wenn er zum Schaden des ersteren die Obligation durch Acceptilation quittirt hat⁹⁾. Dieser Fall war im zweiten Capitel der lex Aquilia enthalten, und wurde ganz nach den Regeln des damnum injuria datum beurtheilt, so daß, im Fall der Beklagte die Klage grundlos leugnete, dieselbe von selbst auf den doppelten Erfaß des Schadens erhöht wurde (lis inficiendo in duplum crescit). Unfähig zur Vornahme der adstipulatio sind Sklaven und nach der späterhin herrschend gewordenen Meinung auch Personen, welche sich im mancipium befinden¹⁰⁾. Die letzteren deshalb, weil sie den Sklaven factisch gleich stehen (quoniam servorum loco sunt). Die Wirkung der adstipulatio erlischt: 1) durch den Tod des adstipulator¹¹⁾, 2) durch jede capitis deminutio von Seiten des adstipulator¹²⁾, 3) durch Aufhebung der Hauptverbindlichkeit, von welcher die adstipulatio ein Theil ist, und 4) durch eine über das Object der Stipulation zwischen dem Hauptgläubiger und dem Schuldner eingegangene litis contestatio. Dieß wenigstens nach Analogie des adiectus solutionis gratia und der adpromissores. Die Adstipulation ist offenbar zum Nutzen des Stipulator eingeführt, und namentlich dann von Wichtigkeit, wenn die Stipulation lautet: post mortem meam dari¹³⁾. Denn obschon die Stipulation in diesem Falle deshalb nichtig (inutilis)¹⁴⁾ war, weil

5) Caius 3. §. 110.

6) Caius 3. §. 215.

7) Caius 3. §. 111.

8) Caius 3. §. 111. u. §. 216.

9) Caius 3. §. 215.

10) Caius 3. §. 113.

11) Caius 3. §. 113., IV. §. 113.

12) Caius 3. §. 114.

13) Caius 3. §. 117.

14) Caius 3. §. 99. u. 117.

man es für inconsequent hielt, den Anfang einer Obligation auf die Person des Erben zu verschieben, so wurde sie doch in der Person des adstipulator aufrecht erhalten, und dieser konnte, wenn er die versprochene Summe vom Schuldner eingehoben hatte, vom Erben des Stipulator auf Rückgabe des Erhobenen mit der *mandati actio* belangt werden. Im Justinianischen Rechte kommt die *adstipulatio* gar nicht mehr vor, und es wird deshalb ausdrücklich berichtet, daß das 2te Capitel der *lex Aquilia* nicht mehr im Gebrauche sei ¹⁵⁾. Heimbach.

Advocat ¹⁾, Fürsprecher, ist diejenige vom Staate dazu eingesetzte Gerichtsperson, welche die Parteien, auf deren Verlangen oder von richterlichem Amte wegen dazu bestellt, vor Gericht vertritt und deren Rechte ausführt.

Das Recht, welches der Staat verwaltet, ist nicht das ewige unwandelbare, von der ewigen Wahrheit unzertrennliche Recht, auf welchem das Universum ruht, sondern nur eine Form des Rechtes, von den Gesetzen dargeboten ²⁾, dessen Erlangung nicht minder an Bedingungen geknüpft ist, die ihrerseits ebenfalls eine besondere Form des Rechtes bilden, welche unter dem Namen *Prozeß* begriffen werden. Beide Formen, die des Rechtes und dessen Erlangung, bilden die Grundlagen des Staates und eben dadurch auch die Bedingungen dessen Daseins und Dauer.

Dadurch ist die Kenntniß von dem, was der Staat als Recht anerkennt, und die Art und Weise, wie in einzelnen Fällen es zur Anerkennung gebracht wird, schon seit den ältesten Zeiten der Menge entrückt, und je höher der Culturzustand in einzelnen Staaten gestiegen, jemehr Kunst

15) §. 12. J. de lege Aquilia. (4. 3.)

1) Hauptschriften: Lib. Hoffmann de postulatoribus, advocatis et his, qui notantur infamia. Jen. 1591. Thoenniker advocatus prudens in foro civili. Frkf. 1718. ejusd. advocatus prudens in foro criminali. Frkf. 1703. S. G. (Gruppen) Abhandlung von denen Advocatis und denen in den römischen Rechten und den Reichsgesetzen verbotenen pactis der Advocaten mit ihrer Partei. Lemgo 1765. Kirchhof, Abhandl. von den Advocaten und ihren Pflichten. Bügow 1768. Hofacker de advocatis. Tüb. 1788. v. Rambohr, von der Organisation des Advocatenstandes. Hannover 1801. Wangerheim genannt von Wangerstein, der Advocatenstand. Göt. 1811. v. Kettenadler, Betrachtungen über die Mängel des Advocatenstandes. Freib. 1818. S. J. Gans, von dem Amte der Fürsprecher vor Gericht. Hannover 1820 u. 1830. Mittermaier, Anleitung zur Vertheidigungskunst im dreifachen Criminalprozesse. Landshut 1814. 3. Aufl. 1828. Gerstäcker, Anweisung zur zweckmäßigen Abfassung der gerichtl. Vertheidigungsschriften. Leipz. 1821 u. 1822. Werthvoll sind noch der dreifache Artikel: Advocat, historisch (Siebenkees), juristisch und politisch (Mittermaier), in der allgemeinen Encyclopädie von Ersch und Grüber, Th. I. S. 463 u. f. und der Artikel: Advocat, im Kottek u. Welcker'schen Staatslexikon, Th. I. S. 363 u. f. sowie die Ausführungen in mehreren Lehrbüchern des Prozesses, namentlich in Linde's Lehrbuche des Civilprozesses, Bonn 1828. §. 125. u. f. und Müller's Lehrbuche des Criminalprozesses. Braunschweig 1837. §. 165 u. f. Aböllig werthlos ist Stevoigt der deutsche Advocat, oder so ist der Schlandrian in den Gerichtshöfen, Jena 1803. 2 Theile.

2) Montesquieu *Esprit des Loix*. T. I. Chap. 1. livre 1.

und Wissenschaft und alles was die Menschheit verebelt, in die Höhe gekommen, selbst zu einer nur Wenigen zugänglichen Wissenschaft erhoben worden, der Rechtswissenschaft.

Daher die Nothwendigkeit des Advocatenstandes an sich und dessen innere Begründung durch die Vertretung der Rechte der Unkundigen, d. h. durch die Kenntniß des Rechtes³⁾. Wir finden denn auch den Advocatenstand seit den ältesten Zeiten, bei allen Völkern, welche Aufrechterhaltung des Rechtes durch Geseze erstrebten, unter welchem Namen er auch aufstreten mag, und selbst da fehlen dessen Spuren nicht, wo es sich nur darum handeln konnte, den Schwachen und Unfähigen gegen den Mächtigen zu vertheidigen. Mit Recht nennt daher der Kanzler d'Aguessau in seinem discours sur l'indépendance de l'avocat. Oeuvres. T. I. pag. 3 den Advocatenstand „einen Stand, so alt wie das Richteramt, so edel wie die Tugend, so nothwendig wie die Gerechtigkeit.“⁴⁾

Den eigentlichen Namen *Advocat*, Herbeigerufener, hat der Fürsprecher aus den Zeiten des römischen Staates herübergebracht, in welchem der Advocatenstand den höchsten Glanzpunct seines Daseins erreicht hatte, *togatorum consortium*, insofern, soweit unsere Nachrichten reichen und wir einen Blick in das innere Getriebe der römischen Rechtsverwaltung zu werfen vermögen⁵⁾, er diesen nur der Rechtspflege allein und der unausgesetzten Wachsamkeit auf dieselbe verbandte. Das Ansehen, welches die Advocaten auch jetzt noch in Frankreich und Britanien und in den nordamerikanischen Freistaaten genießen, ist zwar sehr groß und ihr Einfluß in den beiden letztgenannten Staaten auf die öffentlichen Angelegenheiten vielleicht größer, als er jemals in Rom gewesen⁶⁾, allein sie verdanken diesen Einfluß nicht blos der Rechtsvertheidigung, sondern anderen mit der Rechtspflege selbst nicht unmittelbar zusammenhängenden Verhältnissen, die zum Theil in der Verfassung dieser Länder, zum Theil aber auch in dem noch sehr zurückstehenden allgemeinen Culturzustande der großen Volksmassen ihren Grund haben.

Da wo die Advocaten unter anderen Benennungen, z. B. Justizcommissarien, Justizräthe, Kriegsräthe u. s. w. vorkommen, zeigt dieses schon von einem Verfall des Advocatenstandes an sich, besonders wenn Titel der Art als besondere Vergünstigung gesucht und ertheilt werden, denn es ist ein Beweis davon, daß der Advocatenstand als solcher kein Ansehen zu verleihen vermag. Es ist dieses nur in Deutschland und in einigen angrenzenden unter dessen unmittelbaren, sei es politischen oder geistigen Einflusse stehenden Ländern der Fall. In Deutschland ist aber auch seit Jahrhunderten durch Einführung des Inquisitionsprozesses im Civil-

3) L. 2. §. ult. D. de origine juris. (1. 2.)

4) Un ordre aussi ancien que la magistrature, aussi noble que la vertu, aussi necessaire que la justice.

5) Francis c. Poletus. *Historia fori romani*. Lib. II.

6) Sehr ausführlich in dem v. Rotteck u. Welker'schen *Staatslexikon* a. a. D.

und Criminaverfahren, durch heimliche Rechtspflege, durch Schriftenwechsel und Actenhäufung, durch die Macht der Richter, und durch eine Masse von unvernünftigen und zweckwidrigen Gesetzen Alles geschehen, um den Advocatenstand herabzudrücken, ihn in die Fesseln der Disciplin von der einen und den Gunstbezeugungen von der anderen Seite zu schmieden, und ihn desjenigen Ansehens und derjenigen Ehre zu berauben, welche das Lebenselement seiner ächten Stellung im Staate sind. Die große Masse des Volkes aber, stets der Macht huldigend und die Macht scheuend, hat ihren Spott und Muthwillen dahin getragen, wo ungestraft er hingeschleudert werden konnte, auf die Advocaten, und gleichsam in selbstmörderischer Unvernunft dazu wesentlich mitgewirkt, durch Herabsetzung seiner Vertreter und Vertheidiger, deren Wirksamkeit bis fast zur Vernichtung zu schmälern. Unzählig sind die Spottnamen, welche den Advocaten gegeben worden sind, und eine Zeitlang war es so arg, daß eine Masse teutscher Pedanten in übermüthiger Weisheit die Frage sogar zur öffentlichen Discussion brachten, ob überhaupt Advocaten in einem wohlgeordneten Staate (dem heiligen römischen Reiche) zu dulden seien?).

In neueren Zeiten sind jedoch hierunter große Veränderungen und höchst wesentliche Verbesserungen eingetreten, besonders in Ländern, wo noch das gemeine Recht seine volle Giltigkeit hat. Der Advocatenstand hat sich hier für die kurze Zeit auf eine erstaunliche Weise emporgehoben, und an Ansehen nicht bloß bei den Gerichtshöfen und Staatsbehörden, sondern auch im Volke selbst wesentlich gewonnen. Er verdankt dieses keineswegs durchaus, wie man hin und wieder wohl angenommen zu haben scheint, den in einem Theile der teutschen Bundesstaaten eingeführten Formen repräsentativer Verfassungen und dem Umstande, daß hier und da Advocaten zu Deputirten in den Ständeversammlungen erwählt worden sind, sondern der immer mehr zunehmenden Einsicht von der Bedeutung und dem Werthe des Standes, dem immer mehr und mehr sich verbreitenden Gefühle von der wahren, von der Gunst unabhängigen Ehre des Berufes und einem im höchst erfreulichen Fortschreiten begriffenen Bestreben nach wissenschaftlicher Ergründung des Rechtes und Bildung überhaupt, sowie in einer beiden würdigen Ausübung der Berufsarbeiten. Nicht weniger haben teutsche Regierungen und Gerichtshöfe sich rühmlich bestrebt, das was früher durch sie verschuldet wurde, wieder gut zu machen, und zweckmäßige Anordnungen mancher Art, wohin auch das Bestreben, die s. g. „teutschen Advocaten oder Casusmacher,“ die Pest des Advocatenstandes, zu unterdrücken, gehört, haben wesentlich zur Hebung des Advocatenstandes beigetragen.

Vor allen anderen leuchtet in dieser Hinsicht die Regierung des Königreichs Hannover hervor, welche durch die Landesverordnungen vom

7) *Cramer disquisitio an advocati in rebus publicis tolerandi sint, oder ob die Advocaten in der Republik zu dulden sind?* Lips. 1736. *Johann Bernh. Friesse de advocatorum inhabilitate.* Jenae 1776. *Holtermann de nequitia advocatorum.* Marb. 1679. *Wiensensee de foeditate eorum, qui advocatorum munere funguntur.* Ultr. 1712. *Erörterung der Frage: ob die Abschaffung der Advocaten dem gemeinen Leben nützlich oder schädlich sei?* Berlin 1780.

4. April 1831 über die Prüfung und Anstellung der Avvocaten, und vom 31. Januar 1833 das Regulativ für die zu berufenden Deputationen der Avvocaten betreffend⁸⁾, nicht allein für die innere, sondern auch durch Herstellung eines großen Theiles seiner Unabhängigkeit von den Gerichtshöfen und durch Autorisation von Avvocatendeputationen, nach dem Muster der französischen Avvocatenkammern, für die äußere Hebung des Avvocatenstandes sehr wesentlich gesorgt hat.

Doch hauptsächlich von dem Avvocatenstande selbst ist dasjenige bisher ausgegangen, was zu seinem so erfreulichen Emporkommen geführt hat, und muß auch von demselben ausgehen, wenn es Bestand haben und Wurzel fassen soll. So hat denn auch der Avvocatenstand der Residenzstadt Hannover, der schon vor den genannten Verordnungen in einen noch blühenden Verein zusammengetreten war, und dessen über jedes Lob erhabene Thätigkeit in der Vertheidigung Hilfsbedürftiger und für die Verbreitung und Fortbildung des vaterländischen Rechtes und dessen Pflege durch die jetzt vorliegenden sechs Hefte der Annalen dieses Vereines beurkundet wird⁹⁾, hauptsächlich auf die Entschliessungen der Regierung gewirkt. In einem dem Avvocatenstande gewidmeten Artikel durfte dieses nicht übergangen werden, denn es ist dadurch ein ruhmwürdiges und nachahmungswerthes Beispiel für ganz Teutschland gegeben, ein Beispiel, von welchem man bereit ist die äußere Anerkennung des wahren Werthes und des von demselben unzertrennlichen wahren Wesens des Avvocatenstandes datiren wird. Der ein ist, d. h. wenn erst öffentliche und mündliche Rechtspflege allenthalben eingeführt, und dem Avvocaten, nach Jahrhunderten, das eigentliche Feld wieder gegeben worden sein wird, auf welchem er seine ganze Thätigkeit entfalten und mit lebensvoller Kraft seinen Beruf erfüllen kann. Erst dann wird der teutsche Avvocatenstand sein ganzes ihm gebührendes Ansehen erlangen, erst dann zu der Höhe sich emporheben können, auf welcher derselbe in Frankreich stehet, wenn er auch gewiß nie den, von ganz anderen Ursachen abhängigen und in der Verfassung jener Staaten eigenthümlich begründeten Einfluß auf die öffentlichen Angelegenheiten erlangen wird, den der Avvocatenstand in Nordamerika ausübt. Wer aber wollte mit Zuversicht behaupten können, daß dieses ein Uebel für Teutschland sei? Doch Deffentlichkeit und Mündlichkeit der Rechtspflege, diese in allen und jeden Beziehungen größte Segnung, welche einem Volke zu Theil werden kann, und an welcher die Völker, die ihrer sich zu erfreuen haben, fest und unbeugsam als einem unerschütterlichen Fels der Rechtsicherheit und des Wohlselns halten; dieses Gut, welches das Eigenthum der teutschen Nation war¹⁰⁾, und durch den von der spanischen Inquisition herübergebrachten Inquisitionsprozeß im Civil- wie im Strafverfahren ihr entzogen worden ist; im Laufe der Zeit wird es

8) Gesetzsammlung für das Königreich Hannover vom Jahre 1831. Erste Abtheil. Nr. 13. u. v. Jahre 1833. Erste Abth. Nr. 5.

9) Annalen des Avvocatenvereines zu Hannover. 1832—1836.

10) Maurer, Geschichte des altgermanischen Gerichtsverfahrens, dessen Vortheile, Nachtheile u. Untergang. Heidelberg 1824.

auch Teutschland wieder gegeben werden und Oeffentlichkeit und Mündlichkeit unaufhaltsam die Grundlage des Rechtsverfahrens bilden, wenn auch Ungleichheit und Vorurtheile selbst von sonst erleuchteten Personen getheilt ¹¹⁾, und selbst böser andere Zwecke verfolgender Wille ¹²⁾ diesen glücklichen Zeitpunkt noch auf längere Zeit hinauschieben mögen.

Die Grundlage des Advocatenstandes, des Fürsprecheramtes, ist Kenntniß des Rechtes, und zwar durchaus diejenige Kenntniß des Rechtes, deren auch der Richter bedarf, um seinen Beruf erfüllen zu können. Früher hat man auch in Teutschland nicht daran gezweifelt, denn noch der Schwäbenspiegel enthält S. 74. §. 1. die schönen Worte: „Und alles was wir haben gesagt, daß an den Richtern soll sein, das soll auch an den Fürsprechern sein als an den Richtern,“ und selbst bei den Fehmgerichten konnte nur ein Wissen der, d. h. ein die Kenntniß des Fehmrechtes mit dem Richter Theilender, das Amt eines Advocaten für den Angeklagten verwalten ¹³⁾. Später ist es aber vielfach verkannt worden, und wie dieses wesentlich zum Verfall des Advocatenstandes in Teutschland beigetragen hat, so hat auch das, wiewohl erst späte Zurückkommen von diesem Irrthume seinen Einfluß auf dessen Emporblühen nicht verfehlt.

Der Advocat muß also ein Rechtsgelahrter sein, *peritia iuris instructus* ¹⁴⁾, worunter in Teutschland verstanden wird, daß er auf übliche Weise sein Facultätsstudium gemacht hat. In den meisten Staaten ist daneben auch noch eine besondere Prüfung und Vorbereitungszeit, oder die Erlangung eines Magister- oder Doctorgrades erforderlich. Nicht alle Rechtsgelahrten sind aber zum Advocatenstande zulässig; ausgeschlossen davon sind, außer denjenigen, welche das Alter von 17 Jahren noch nicht vollendet haben, was in einigen Staaten auf die ganze Zeit der Minderjährigkeit ausgedehnt wird, ferner den Frauenpersonen ¹⁵⁾ und den physisch Behinderten, wie völlig Tauben und Blin-

11) W. S. Puchta u. Kinde zc. Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß. 10. B. 1. Heft, Gießen 1836.

12) Mit großer Wahrheit sagt Grävell in seiner neuesten Schrift: die Geschichte meines Austrittes aus dem Staatsdienste. Jena 1837. Th. 1. S. 102: „die Oeffentlichkeit, die Vermittelung der Verständigung und Vereinigung denkender Wesen über Alles, was sie angeht, eben aber auch eine „unwiderstehliche Macht gegen Alles, was die Menschheit trennt, auflöst und sondert, ist es ein Wunder, daß sie von Allen denen gehaft und verschrien wird, deren ganzes Streben in Sonderung, Bevorzugung und Beherrschung „aufgeht?“ und es gilt dieses auch vollkommen von der Frage über Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Rechtspflege.

13) Berk, Geschichte der westphälischen Fehmgerichte. S. 167. 168.

14) L. 11. §. 1. C. de adv. divers. judic. (2. 7.)

15) Wie Adam den Menschen das Paradies, so hat die in dem Gesetze L. 1. §. 3. D. de postulando (3. 1.), genannt Carfania, nach dem Ausbruche des Sächsenpiegels, B. II. X. 63. „den Weibern es verwirkt, daß sie nicht postuliren dürfen.“ Das Gesetz sagt, diese Carfania sei eine *improbissima foemina* gewesen, *quae in verecunde postulans et magistratum inquietans causam dedit edicto.* Camill. Borell de Ed. Magistr. Lib. I. cap. 7. Nr. 47. legt das anders aus, indem er andeutet, *quod iudex mulieris venustate vel facundia amore capi posset*, und das läßt sich viel besser hören.

den, 1) ordinirte Geistliche¹⁶⁾, 2) Excommunicirte, 3) Keger, was in Teutschland hier ausnahmsweise noch auf Juden bezogen wird, 4) übermächtige Personen, 6) ehrlose, d. h. durch infamia iuris et facti besleckte Personen, 5) ein Jeder, welcher ein Richteramt bekleidet. Außer den beiden letzten Ausnahmen haben die übrigen ihr practisches Interesse verloren; gegen die letzte wichtige Ausnahme, obwohl dieselbe in der Natur der Sache und der Vernunft gegründet und durch klare gesetzliche Vorschriften sanctionirt ist¹⁷⁾, wird vielfach gefahlt, namentlich in Beziehung auf Patrimonialrichter und städtische Gerichtspersonen. Zulässig im allgemeinen zum Amte des Fürsprechers selbst, aber ausgeschlossen in einzelnen Sachen sind 1) Notare in Sachen, wo eine von ihnen gefertigte Urkunde in Frage steht, 2) der Anwalt des Fiscus in Sachen gegen den Fiscus, selbst wenn er aus dem Dienste getreten ist, 3) der Lehnsmann in Sachen gegen seinen Lehns Herrn, was aber nicht immer so genau genommen und auf Sachen gegen die fürstlichen Domänen nicht bezogen wird.

Die Rechte und Pflichten des Advocaten theilen sich in Rechte und Pflichten gegen das Gericht und Rechte und Pflichten gegen die Partei, welche er vor Gericht vertritt.

Gegen das Gericht ist der Advocat zur Achtung und Ehrerbietung verpflichtet, selbst dann, wenn er gegen das Gericht selbst sprechen muß, denn die heiligste aller menschlichen Einrichtungen sind die Gerichtshöfe. Unter dieser Achtung und Ehrerbietung ist aber nicht zu verstehen eine sclawische Unterwürfigkeit und jenes unterthänige Bitten und Flehen um Verwaltung der Gerechtigkeit, welches so lange in Teutschland üblich gewesen und hier und da als Zeichen der Unterwürfigkeit sogar gefordert worden ist, sondern eine, der Würde des Gerichtshofes als solchem entsprechende Schicklichkeit und Anständigkeit in allen seinen Handlungen, eine gründliche, dem Rechte wie der Wissenschaft geziemende Erfüllung seiner Berufspflichten, ein männliches, aber stets anstandvolles Benehmen gegen die Gegenpartei, hauptsächlich aber das innige Bestreben, den Gerichtshof nicht zum Tummelplatz der Leidenschaften und der Convicien herabzuwürdigen und denselben nicht mit Forderungen und Ansprüchen zu behelligen, welche dem Rechte, den Gesetzen und der Redlichkeit entgegenstehen, nicht in ihm gleichsam einen Lotteriesaal zu sehen, in welchem der Erfolg der Bestrebungen nur vom Glücke abhängig ist.

Dagegen ist der Advocat berechtigt, auch von dem Gerichte diejenige Achtung und Anerkennung seiner Bestrebungen zu verlangen, ohne welche er immer unfähig sein wird, seinen Beruf in seiner ganzen Ausdehnung zu erfüllen; er ist berechtigt zu verlangen, daß ihm in Ausübung dieser seiner Berufspflichten keine Hindernisse irgend einer Art entgegen-

16) Cum Sacerdotis sit officium nulli nocere, omnibus autem velle prodesse — nisi pro se ipso vel Ecclesia etc. sagt das Gesetz nicht ohne Wig cap. 3. X. de postulando. (1. 37.)

17) L. 6. C. de postulando. (2. 6.) L. 14. C. de assessoribus. (1. 51.)

gesetzt werden, und daß der Richter ihm hinsichtlich der Art und Weise, wie er die ihm anvertraute Rechtsache behandelt, keine Fesseln anlege. Steht es aber in der Gewalt des Richters, den Advocaten zu strafen, weil er eine Sache so und nicht anders behandelt, weil er diesen und nicht jenen Weg eingeschlagen, weil er da zu kurz, dort zu weitläufig gewesen, weil er Rechtsmittel zur Hand genommen, die nach der Ansicht des Richters keinen günstigen Erfolg haben konnten, weil er für seine Partei Hilfe in höheren Instanzen gesucht, welche dazu da sind, um solche Hilfe zu leisten; dann ist auch die Freiheit der Bertheidigung, die Freiheit des Advocatenstandes vernichtet. Das aber ist eben der wunde Fleck, vor dessen Heilung eine wahrhafte Erhebung oder vielmehr Wiederherstellung des Advocatenstandes nicht möglich sein wird, denn auf solche Weise hat durch die Praxis das Verhältniß zwischen dem Advocaten und den Gerichtshöfen sich gestaltet. Erst mit Einführung der öffentlichen Gerichtspflege wird diese Wunde ganz geheilt werden können, denn beide, sowohl Richter als Advocaten, stehen dann unter der mächtigen Controle der Oeffentlichkeit.

Die Rechte und Pflichten des Advocaten gegen seine Partei sind in dem begründet, worauf das ganze Wesen und der Zweck des Amtes selbst beruht: Redlichkeit und Kenntniß des Rechtes. Beide müssen seine steten Begleiter sein und jedwede seiner Amtshandlungen leiten.

Aus jener, der Redlichkeit, folgt die Verpflichtung des Advocaten, seiner Partei ohne Rückhalt die rechtliche Lage ihrer Sache vor Augen zu legen; denn der, welcher einen ihm aufgetragenen Rechtsstreit gegen seine Ueberzeugung von der Gerechtigkeit der Sache, nur durch seine Kunst verfehlt, der tritt aus dem ehrenvollen Amte eines Advocaten hinaus; dagegen hat der Advocat das Recht zu verlangen, daß auch die Partei die Wahrheit sage, und keine Umstände der Sache ihm verhehle. Freilich für seine redliche und gewissenhaft abgegebene Meinung, sobald solche nicht gegen durchaus klare Gesetze oder schon rechtskräftig abgegebene Entscheidungen anstößt, hat der Advocat seiner Partei nicht einzustehen, denn der Erfolg liegt nicht in seiner Gewalt, am wenigsten in Staaten, wo das gemeine Recht annoch in seinem ganzen Umfange seine Giltigkeit behalten hat, tagtäglich neue Forschungen den bisherigen Rechtszustand aufhellen, verdunkeln und anders gestalten, und neue Ansichten und Erfahrungen, vielleicht allzuleicht, Eingang in die Gerichtshöfe finden; allein er ist immer verantwortlich dafür, daß das, was er als seine Ansicht ausgesprochen, auch seine wahre Meinung sei. Es folgt ferner daraus die Verpflichtung zur Treue und zwar einer Treue, die nicht bloß darin besteht, daß man nicht untreu ist, sondern eine solche, die sich wahrhaft thätig in dem ganzen Verlaufe und der ganzen Ausdehnung der Rechtsache beweist. Positive Untreue, wie heimliche Begünstigung der Gegenpartei, Verrath der Geheimnisse der Partei an den Gegner, begründet ein besonderes Verbrechen, das der Praevariation, ein schon in so alten Zeiten besonders ausgezeichnetes Verbrechen, daß man schon unter den Römern über den Ursprung

dessen Benennung zweifelhaft war ¹⁸). Dieses Verbrechen kann sowohl durch Handlungen als Unterlassungen, committendo et omittendo, verübt werden; in jenem Falle durch Rathgebung an die Gegenpartei, Führung deren Sache, Verrath der Geheimnisse der Partei, in diesem durch absichtliche Vernachlässigung; immer aber muß Beides in bösslicher Absicht geschehen sein. Auch noch nach Auflösung des Verhältnisses des Advocaten zu der Partei, d. h. nachdem jener die Sache abgegeben oder solche ihm abgenommen worden, ist der Advocat von der Verpflichtung zur Treue in Beziehung auf die ihm anvertraut gewesene Sache nicht entbunden, und er darf daher niemals ihm anvertraut gewesene Geheimnisse verrathen oder zu der Gegenpartei übergehen, ohne sich jenes Verbrechens schuldig zu machen. Die Verhältnisse, in denen der Advocat zu seiner Partei steht, sind der zartesten Natur, und wiewohl die römischen Gesetze auch hier, wie immer, den feinsten Tact beweisen, hat doch die teutsche Praxis, und bloß von Cathedralen ausgegangene Aftergelehrsamkeit, über diesen Gegenstand eine solche Verwirrung im Einzelnen verbreitet, daß es fast keine Meinung gibt, die nicht ihren Vertheidiger gefunden hat, und die Mehrheit der Stimmen nur die größten Handlungen des Verrathes und der Untreue zur Prävarication zählen und überhaupt zur gerichtlichen Ahndung überweisen. Die sorgfältigste Beachtung der eigenen Ehre und der Ehre des Standes, die punctuellste Rechtlichkeit und die kein Opfer scheuende Zurückweisung Alles dessen, was auch nur möglicher Weise einen Verdacht rege machen oder zu einer zweideutigen Beurtheilung Anlaß geben kann, ist hier des Advocaten Pflicht, wenn er seinen Beruf begriffen und ihn ernstlich zu erfüllen den Willen hat. Einzelne Regeln lassen sich darüber so wenig geben, als aus Schriften der Civilisten und Criminalisten holen; der Ehre und dem Gewissen des Anwaltes muß hier das Hauptsächlichste überlassen bleiben.

Es folgt ferner aus jener Verpflichtung zur Redlichkeit die Verpflichtung zur Thätigkeit für die Partei, so wie zum Schadenersatz, insofern der Advocat diese seine Pflicht vernachlässigt oder verletzt, so daß man unbedingt die Regel annehmen kann, daß in allen Fällen, wo Jemand wegen fehlerhafter Amtsführung zum Ersatz des Schadens verpflichtet wird, auch der Advocat die Verpflichtung zum Schadenersatz auf sich ladet. Aber weiter kann man auch nicht gehen, denn sobald es der Advocat an Thätigkeit nach seinem besten Wissen nicht hat mangeln lassen, kann für den Ausgang der Sache und selbst für mangelhafte Rechtskunde ihm eine Verpflichtung zur Schadloshaltung nicht aufliegen, eben so wenig wie der Richter für den Irrthum seiner Entscheidungen verantwortlich ist.

Wegen Irrthums in Ansehung von dem Advocaten vorgetragener Thatsachen, wozu auch der Irrthum hinsichtlich eines besonderen Rechtes oder einer besonderen Befreiung gehört, bestimmen die Gesetze, daß ein Irrthum der Art zu jeder Zeit, und so lange noch kein rechtskräftiges Er-

18) L. 1. D. de praevaricatione. (47. 15.) Plinius Hist. Lib. 18. cap. 19.

kenntniß im Wege stehet, verbessert werden kann ¹⁹⁾, auch selbst ein in der Partei Gegenwart vorgetragener Irrthum der Art kann ohne Nachtheil für diese binnen drei Tagen widerrufen werden ²⁰⁾, so daß in diesen Beziehungen von einer Entschädigungspflicht des Advocaten gegen seine Partei, sobald nicht wirkliche Vernachlässigung eintritt, nicht die Rede sein kann.

Das klagbare Recht, welches der Advocat gegen seine Partei in Anspruch nehmen kann, ist das auf Belohnung für seine Mühwaltung, sowie, was sich von selbst versteht, Erstattung der Auslagen.

Im alten Rom war der Patron zur Vertheidigung seines Klienten wegen des Patronatsverhältnisses verpflichtet, und mannigfaltig waren die Bande, welche den Klienten an ihn knüpften und dadurch belohneten. Demungeachtet wurde es im Laufe der Zeit zum Herkommen, daß der Patron sich für den gerichtlichen Beistand und zwar sehr hoch bezahlen ließ. Daher erwirkte im Jahre 550 der Stadt der Tribun **Marcus Cincius Alimentus** ein Gesetz, die berühmte *Lex Cincia*, daß Niemand für die Vertheidigung einer Rechtsache Bezahlung oder Geschenke annehmen solle. Das Gesetz blieb aber ohne Erfolg, weil es auf die Uebertretung keine Strafe verfügte. Unter **Augustus** wurde das Gesetz erneuert, und als Strafbestimmung der Ersatz des Vierfachen hinzugefügt, aber mit eben so wenigem Erfolge, so daß unter **Claudius** der Senat auf dessen Erneuerung antrug, statt dessen aber die Belohnung auf ein Maximum von 10000 Sestertien (ungefähr 250 Ducaten jetzigen Geldes) festgesetzt wurde. Zwar wurde unter **Nero** das Cincische Gesetz wieder hergestellt und das Claudianische aufgehoben, allein nach dem Berichte **Sueton's** schon von ihm selbst wieder abgeändert, und unter **Trajan** das Claudianische Gesetz förmlich wiederhergestellt mit der Erklärung, daß das bestimmte Maximum nur für Führung der ganzen Sache gelte, nicht für einzelne Handlungen, für welche Rechtsbeistände es sich hätten bezahlen lassen ²¹⁾. Seit dieser Zeit ist das Recht der Advocaten, Belohnung für ihre Mühwaltung verlangen zu können, nicht mehr bestritten und gesetzlich denselben gesichert worden, was auch unter den ganz veränderten Verhältnissen, da der Advocat diesem Berufe sein ganzes Leben widmen muß und derselbe seine einzige Erwerbsquelle ist, der Natur der Sache nach sich schon von selbst verstehen muß.

Was die römischen Gesetze über das Verhältniß der Belohnung für einzelne Handlungen enthalten, ist antiquirt, da in den teutschen Bundesstaaten dasselbe durch Taxordnungen sehr speciell geregelt ist, so daß dem Advocaten bei größerer oder geringerer Strafe verboten ist, diese Taxen zu überschreiten, wenn es auch keineswegs unerlaubt und unter gewissen Umständen auch sogar gesetzlich gestattet ist, eine außerordentliche

19) L. 7. C. de juris et facti ignorantia. (1. 18.) Tit. 6. de erroribus advocatorum. (2. 10.)

20) L. 3. C. de errorib. advoc. (2. 10.)

21) **Brummer** Comment. ad L. Cinciam, ed. **G. Beier**. Lip. 1716. v. **Savigny** über die *Lex Cincia de donis et muneribus*. Zeitschr. für geschichtl. Rechtswissenschaft B. 4. Heft 1. Nr. 1.

Belohnung anzunehmen oder sich zu bebingen ²²⁾. Zu den gänzlich verbotenen Verträgen der Art zwischen Advocaten und ihren Parteien gehört aber der Vertrag über einen Theil des in Streit befangenen Gegenstandes, pactum de quota litis, und unter gewissen Bedingungen der über eine besonders bestimmte Belohnung im Falle des glücklichen Ausgangs des Rechtsstreites, palmarium; beide Verträge sind gesetzlich für nichtig erklärt, wenn dadurch das gesetzliche Maximum überfliegen wird ²³⁾, und sie müssen daher auch jetzt noch als nichtig betrachtet werden, sobald dieselben die Taxordnungen überschreiten. Dieses Recht auf Belohnung stehet dem Advocaten aber nur dann zu, wenn seine Partei des Vermögens ist, ihm eine solche Belohnung zu geben, der armen Partei ist er unentgeltlichen Beistand schuldig; dagegen kann er auch in eigner Sache, gleichsam als sein eigener Advocat, die gewöhnlichen Taxgebühren für seine Mühwaltung verlangen, wenn die Gegenpartei in die Kosten verurtheilt ist. Ist eine vertragsmäßige Belohnung für das ganze Geschäft festgesetzt, so kann diese erst nach Beendigung des Geschäftes, oder wenn durch Schuld der Partei dessen Erledigung verhindert oder die Sache durch Vergleich geschlichtet ist, gefordert werden. Besteht die Belohnung in einem Jahrgehalte und stirbt der Advocat vor Ablauf des Jahres, so kann nur eine verhältnismäßige Zahlung gefordert werden, und nur die Anwälte des Fiscus haben das Vorrecht, daß von deren Erben der Betrag des vollen Sterbejahrs verlangt werden kann. Ist dem Advocaten das Honorar vorausbezahlt worden und er ist ohne sein Zuthun verhindert, das Geschäft auszuführen, oder er verstirbt vor dieser Zeit, so kann das Vorausgezahlte nicht zurückgezahlt werden, wie klare Gesetze solches bestimmen ²⁴⁾. Eine ausführliche Erläuterung aller dieser besonderen Verhältnisse findet man in Stück ausführl. Erläuterung der Pandecten Th. V. §. 369. u. f.

Taxordnungen, welche die Gebühren der Advocaten entweder im allgemeinen für das Ganze eines Rechtsverfahrens oder für den Umfang der Arbeit bestimmen, werden niemals ihrem Zwecke entsprechen, und die gerechten Ansprüche der Advocaten einer- und die Interessen der Parteien andererseits befriedigen, und nur eine nach dem Werthe des Streitgegenstandes eingerichtete Taxe, wie solche in Frankreich gesetzlich besteht, und nach welcher in den meisten teutschen Bundesstaaten jetzt auch die Gerichtsgebühren im allgemeinen erhoben werden, würde diesen Ansprüchen und Interessen am nächsten kommen, zugleich aber würde eine solche Taxe zur Ermunderung und Beförderung reblicher, geschickter und fleißiger Advocaten dienen, denen dann durch Uebertragung wichtiger Sachen die Aussicht auf ein ihren Verdiensten angemessenere Auskommen eröffnet werden würde.

Auf die großen Honorare, deren sich die Advocaten in Frankreich, Britanien und Nordamerika zu erfreuen haben, und die zuweilen das

22) A b U l m e n s t e i n opusc. jurid. Hannov. 1781. Nr. 5.

23) L. 5. b. c. de postulando. (3. 6.)

24) L. 38. §. 1. D. locati. (19. 2.) L. 11. C. eand. ob caus. (4. 6.)

Einkommen der höchsten Staatsbeamten übertreffen, werden die Advocaten Deutschlands wohl schwerlich jemals einen Anspruch machen können, sie dürften vielmehr gerne damit zufrieden sein, wenn ihnen nur die gesetzlichen Taxen, die kaum Groschen gewähren, wo in jenen Ländern Thaler und Guineen zugewilligt werden, ungeschmälert blieben. Aber auch hier ist der teutsche Advocat den Bestimmungen s. g. Moderaturen von Seiten des Richters unterworfen, der nicht allein das zu hoch Angesezte bis auf die Taxe herabsetzt, sondern auch das Taxmäßige unter dieselbe herabsetzen, und sogar den ganzen Verdienst des Advocaten streichen kann. Wäre nur das Erstere der Fall und würde das Letztere nach bestimmten Normen und nur da angewendet, wo Mißbrauch des Amtes und böser Wille offen vorliegen, so würde, so lange der Advocat nicht unter der Conrole der Deffentlichkeit steht, dagegen nichts einzuwenden sein. In den meisten Bundesstaaten Deutschlands ist der Advocat hierunter aber der reinen Willkür des Richters untergeben, der, den Richter gar oft mit dem Recensenten verwechselnd, nachdem die Vorträge des Advocaten seinen Beifall finden oder nicht, und uneingedenk des eignen täglichen Irrthums in Auffassung der Thatfachen und Anwendung des Rechtes, den Irrthum des Advocaten durch Herabsetzung oder Entziehung seiner Belohnung bestraft und seinen Unwillen an ihm ausläßt. Es ist dieses durch Eigenmacht teutscher Gerichtshöfe eingeführte, den Gesetzen widerstreitende Verfahren eine der Ursachen des tiefen Verfalles des Advocatenstandes gewesen, an sich sowohl, indem es den Advocaten auch in seinem Erwerbe abhängig vom Richter gemacht hat, als dadurch, daß Erlangung der Gunst des Richters das höchste Bestreben des Advocaten werden mußte, ein Bestreben, welches mit der rücksichtslosen, reblichen Ausübung der Berufspflichten nur zu oft im Widerspruche steht. Auch diese Wunde wird erst durch Deffentlichkeit und Mündlichkeit des Verfahrens ganz geheilt werden können.

Was der Advocat durch seine Wissenschaft erworben, wird nach gemeinem Rechte dem Solde der Militärpersonen, *peculium castrense*, gleich geachtet, eines Vorzugsrechtes in Concursen aber haben seine Forderungen gesetzlich sich nicht zu erfreuen, obwohl die Praxis und Particulargesetze es demselben hier und da zusprechen. Dagegen hat der Advocat für seine Forderungen ein Retentionsrecht an den Acten und den zu denselben ihm eingehändigten Documenten und sonstigen Gegenständen, welches, als ein rein particulares Recht, obwohl das Gegentheil früher fast allgemein angenommen war, nach richtigerer und bei den Gerichtshöfen Eingang gefunden habender Meinung auch in Concursen den Advocaten nicht entzogen werden kann.

Die zwischen dem Advocaten und seiner Partei entstandenen Verhältnisse erreichen ihre Endschafft: 1) durch den Tod des Fürsprechers, nicht aber sofort auch durch den Tod der Partei, 2) durch Entsetzung des Advocaten von seinem Amte, 3) durch wechselseitige Aufkündigung, welche aber dem Advocaten vor Erledigung der Sache wider Willen der Partei nicht immer und nicht ohne hinreichende Ursachen freisteht, zu welchem hauptsächlich die Ueberzeugung von der Undurchführbarkeit der

der Sache und die vergebliche Ausklagung des Honorars zu zählen sind ²⁵⁾.

Die römischen Gesetze enthalten viele Verordnungen über die Vorrechte der Advocaten und die denselben gebührenden Auszeichnungen, es kann davon aber auch jetzt nur das wiederholt werden, was Elaproth schon vor sechszig Jahren geschrieben hat: „Was von den Freiheiten und Vorrechten der Advocaten hier und da in den Gesetzen vorkommt, wird heutigen Tages nicht mehr beobachtet ²⁶⁾.“ Sans.

Aedilis heißt ursprünglich der Beamte, welchem die Sorge für öffentliche und Privatgebäude übertragen ist ¹⁾. Späterhin wurde der Name auch auf öffentliche Staatsbeamte übertragen. Die Würde derselben heißt aedilatus, ein Wort, welches noch Analogie von magistratus, pontificatus gebildet ist. Bei den Griechen heißen sie ἀγαράνομοι. Die weitere Untersuchung muß in zwei Theile zerfallen. Zuerst soll von den Aedilen in Rom, dann von den Aedilen in den Municipien gesprochen werden. Was die Aedilen in Rom anbetrifft, so finden sich die ersten Spuren derselben bei Errichtung des Volkstribunates vor. Sie werden da als Magistrate bezeichnet, welche den tribuni plebis Gehorsam schuldig sind, welchen die Sorge für die dem Staate zugehörigen Orte und die der Gottheit geweihten Tempel und für die Getreidezufuhr übertragen ist. Zugleich wird ausdrücklich bemerkt, daß sie in den ältesten Zeiten iudices (δικασται) hießen ²⁾. Sie wurden aus der Plebs alljährlich gewählt ³⁾, und sollen der Zahl nach zwei gewesen sein. Theophilus bezeichnet sie als die oberste Gerichtsbehörde der Plebejer, und setzt sie in dieser Beziehung den Consuln entgegen, welche die Gerichtsbehörde für die Patricier gewesen sein sollen ⁴⁾. Späterhin wurden zu gleicher Zeit, als die Prätur eingerichtet ward, auch die aediles curules eingeführt. Dieß fällt in das Jahr 399. der Stadt ⁵⁾. Den Namen haben sie jedenfalls von der sella curulis ⁶⁾, dem Abzeichen aller magistratus populi Romani ⁷⁾. Die sella curulis war ein auf gewundenen Füßen ruhender Sitz, welcher seinen Namen daher erhalten hat, weil er auf dem Wagen (currus) gefahren zu werden pflegte ⁸⁾. Der aediles curules gab es vom Anfange an bloß zwei, welche nur aus den Patriciern gewählt wurden; späterhin wurde der Magistrat auch Plebejern zugänglich, so daß im ganzen vier Aediles neben einander alljährlich gewählt wurden. Den Geschäftskreis der aediles curules betreffend, so scheint aus einer Stelle

25) L. 13. §. 9. L. 14. C. de judiciis. (3.)

26) Einleitung in den ordentl. bürgert. Prozeß. §. 79.

1) Festus ed. Tac. p. 13. Varro de lingua Latina lib. 4. c. 14.

2) Dionys. Halic. 6. 90. p. 1249. ed Reiske.

3) Pomponius in L. 1. §. 21. D. de origine iuris. (1. 2.)

4) Theoph. paraph. inst. l. 2. 27. tom. 1. p. 37.

5) Liv. hist. 6. cap. 42., 7. cap. 1: Vergleiche Schilling rechtsgeschichtliche Bemerkungen S. 92.

6) Theoph. a. a. O. l. 2. §. 7. tom 1. p. 37.

7) Theoph. l. 2. §. 7. tom. 1. p. 33.

8) Gell. N. A. III. cap. 18.

von Cicero, wo er von seiner Ernennung zum Aedilis redet ⁹⁾, soviel mit Gewissheit hervorzugehen, daß ihnen die Besorgung gewisser, einzelnen Göttern geweihter Spiele oblag, daß sie die Aufsicht über die Tempel und andere heilige Gebäude hatten, und daß die Sicherheit der Stadt ihnen anvertraut war (mihi totam urbem tuendam esse commissum). Für das römische Recht ist namentlich der Zweig ihrer Amtsthätigkeit von Wichtigkeit, welcher die die Marktpolizei betreffende Gerichtsbarkeit umfaßt. In dieser Beziehung haben sie auch Edicte bekannt gemacht, in welchen sie die Vorschriften zusammenstellten, welche sie bei der Ausübung der ihnen zustehenden Gerichtsbarkeit zu befolgen gedachten. Ihr Edict gilt nicht allein in Rom, sondern auch in den Provinzen, wo die Quästoren darnach Recht sprechen ¹⁰⁾. Bei der Theilung der Provinzen in provinciae populi und Caesaris kam der Grundsatz auf, daß keine Quästoren in die provinciae Caesaris geschickt würden; mithin fiel die Anwendbarkeit des Edictes der Aedilen in diesen Provinzen weg. Dieß Edict heißt in der Kunstsprache edictum aedilitium, und scheint im Namen beider aediles curules abgefaßt worden zu sein, da der gewöhnliche Kunstaussdruck edictum aedilium curulium auf eine Mehrzahl von Verfassern schließen läßt ¹¹⁾ und dieß auch durch andere Stellen, welche von den Verfassern des Edictes in der Mehrzahl reden, bestätigt wird ¹²⁾. Daß die aediles plebis ebenfalls edictet haben, scheint unerweislich, und wird auch durch das Zeugniß des Cajus ¹³⁾ und Theophilus ¹⁴⁾ widerlegt, welche das Recht, durch Edicte neue Rechtsregeln einzuführen, als ein Reservatrecht der magistratus populi Romani bezeichnen. Dazu kommt, daß Commentare römischer Juristen zum Edicte der aediles curules oftmals erwähnt werden ¹⁵⁾, nirgends aber zu dem der aediles plebi. Im edictum perpetuum, das Julianus unter Beihülfe des Cornelius Servius unter Hadrian anfertigte, war auch das ädilische Edict mit aufgenommen ¹⁶⁾, und es stand daselbst als Schluß des Ganzen hinter dem Edicte des praetor urbanus und des praetor peregrinus. An diese Recension des Edictes scheinen sich auch alle späteren Commentatoren desselben angeschlossen zu haben. Die Klagen, welche durch das Edict der aediles curules eingeführt sind, betreffen nur bestimmte Zweige des römischen Obligationenrechtes ¹⁷⁾. Nämlich den Kauf, vornämlich den von Sklaven und Lastthieren; das Halten gefährlicher Thiere auf öffentlichen Straßen ¹⁸⁾; die

9) Cic. in Verr. 2. 5. 14.

10) Caius inst. 1. §. 6.

11) Vergleiche Zimmermann Geschichte des röm. Rechtes bis auf Justinian. Th. 1. S. 121.

12) Aediles volunt L. 25. pr. D. de aedilicio edicto. (21. 1.) Vergleiche Zimmermann a. a. D. Note 17.

13) Caius inst. 1. §. 6.

14) Theoph. par. 1. 2. §. 7. tom. 1. p. 33.

15) L. 37. pr. D. 21. 1.

16) Justiniani const. Omnem reipublicae. §. 4., Theoph. paraphr. 1. 2. §. 7. tom. 1. p. 38.

17) §. 7. Inst. 1. 2.

18) L. 40. §. 1. D. 21. 1. L. 41. u. 42. D. ibid.

Verstümmelung junger Slaven durch Castration¹⁹⁾. Auf die Miethe hingegen hat sich das Adilische Edict nie erstreckt²⁰⁾, eben so wenig, als auf die Schenkung²¹⁾. — Neben den aediles curules und plebi wurden in Rom seit den Zeiten des Julius Cäsar noch zwei andere Aedilen erwählt, welchen die Sorge für die Getraidezufuhr anvertraut war. Sie heißen aediles cereales²²⁾. Sie wurden aus der plebs gewählt, und standen somit wohl den aediles plebi dem Range nach gleich²³⁾. Von ihnen ist es völlig ungewiß, ob sie edicirt haben. Auch scheinen sie gar keinen Einfluß auf die Bildungsgeschichte des römischen Rechtes gehabt zu haben. — Was aber das Aedilat in den Municipien und Colonien anbetrifft, so scheint das häufige Vorkommen derselben auf Steinen²⁴⁾ und bei Schriftstellern, welche zur Zeit der Republik und unter den Kaisern²⁵⁾ lebten, darauf schließen zu lassen, daß es eine in den italischen Republiken sehr gewöhnliche Magistratur war. Daß sie auch in den Provinzialstädten vorkamen, kann nach ausdrücklichen Zeugnissen nicht bezweifelt werden²⁶⁾. Im Album von Canusium werden sie von den übrigen Municipalmagistraten, den duoviri, den quinquennales und den quaestores ausdrücklich unterschieden²⁷⁾. In manchen Städten kommen sogar quatuorviri aediliciae potestatis vor²⁸⁾. Dieß und der verwandte Ausdruck praefectus aediliciae potestatis²⁹⁾ läßt sich wohl am leichtesten durch die Vermuthung erklären, daß in manchen Städten der Geschäftskreis und die Abzeichen der Aedilen für einige Zeit den quatuorviri oder praefecti iure dicundo übertragen worden seien. Ueber den Geschäftskreis der Municipaläbilen läßt sich wegen Mangels an bestimmten Zeugnissen nicht viel Gewisses sagen. Persius berichtet, daß sie über Maaß und Gewicht die Aufsicht führten³⁰⁾, Petronius schreibt ihnen die Sorge für die Verproviantirung der Municipalstädte zu³¹⁾; Appuleius³²⁾ endlich scheint anzudeuten, daß sie eine Art von imperium hatten. Man nimmt gewöhnlich an, daß die Municipaläbilen einen ähnlichen Wirkungskreis in ihren Städten hatten, wie die aediles curules und plebi zu Rom. *Seimbach.*

Aequitas kommt im römischen Rechte in mehreren ganz verschiedenen Bedeutungen vor: 1) versteht man darunter die Beurtheilung

19) L. 27. §. 28. D. ad legem Aquiliam. (9. 2.)

20) L. 63. D. 21. 1.

21) L. 62. D. ibid.

22) L. 2. §. 32. D. 1. 2.

23) Dio Cass. histor. lib. 43. cap. 51. p. 378.

24) Aedil. colon. Puteolanorum bei Grat. inscript. p. 195. Vergl. Otto de aedilibus coloniarum S. 64. u. folg.

25) Spart. Hadr. c. 19. Pers. satyr. I. vs. 129.

26) Fabrelli inscr. cap. II. p. 91. Cic. ad Attic. II. 1.

27) Fabr. inscript. cap. 9. nr. 9.

28) Fabr. cap. 6. nr. 160., cap. 5. n. 297., Reinesii inscr. class. 6. nr. 21.

29) Gruter. inscr. p. 482. et 455.

30) Pers. satyr. 1. vs. 129.

31) Petr. satyr. cap. 44.

32) Metamorph. lib. I. ad fin.

gleicher Verhältnisse nach gleichen Grundsätzen ¹⁾; 2) die Uebereinstimmung eines Falles, eines Verhältnisses mit dem Geiste des natürlichen oder bürgerlichen Rechtes ²⁾; 3) die Uebereinstimmung positiver Rechtsbestimmungen mit dem ideellen Rechte ³⁾; in diesem Sinne kommt namentlich der Ausdruck *naturalis aequitas* vor ⁴⁾; 4) Billigkeit im engeren Sinne d. h. die Ausgleichung der Folgen des strengen Rechtes mit dem natürlichen Gerechtigkeitsgeföhle ⁵⁾. In dieser Beziehung wird der Ausdruck *aequitas* fast immer dem *ius* (strenges Recht) entgegen gesetzt ⁶⁾. Schon zeitig ist die *aequitas* im Gegensatz der Edicte der Magistrate, und des Gewohnheitsrechtes zum *ius civile* gerechnet worden ⁷⁾, und namentlich das *ius honorarium* ⁸⁾ scheint dazu bestimmt gewesen zu sein, die aus derselben sich ergebenden Grundsätze in das Leben zu übertragen ⁹⁾. Auch spätere Juristen haben die Nothwendigkeit, dieselbe zu berücksichtigen, anerkannt ¹⁰⁾, und die späteren Kaiser sind ihrem Beispiele gefolgt ¹¹⁾. Siehe d. Art. Gesetze, deren Auslegung.

Aerarium hieß zu den Zeiten des römischen Freistaates die Volkscasse, welche nach dem Zeugnisse des Plutarch ¹⁾, zuerst von Valerius Publicola in dem Tempel des Saturnus eingerichtet worden ist. Die Einkünfte, welche demselben angewiesen waren, bestanden theils aus dem *tributum*, welches nach dem census bestimmt wurde, theils in der Beute, welche die Feldherren aus den eroberten Ländern zurückbrachten, theils in dem Kaufpreise, welcher aus dem Verkaufe der Staatsländereien gelöst wurde, theils in den Pachtgelbern, welche die Pächter des *ager publicus* oder der *vectigalia* abgeben mußten. Eine besondere schon früh erwähnte Abtheilung des *aerarium* ist das sogenannte *sanctius aerarium*, in welchem bestimmte Geldsummen für unvorhergesehene Fälle aufbewahrt wurden ²⁾. Namentlich wurde darin das *aurum vicesimarium* d. h. die Geldsummen, die aus der *vicesima manumissio-*

1) Cic. Top. cap. 4. L. 20. D. de re indicata (42. 1.) L. 3. C. pro socio. (4. 37.) L. 6. C. de iniuriis. (9. 35.) Vergl. Schilling Institutionen S. 37.

2) L. 31. §. 1. D. depositi vel contra. (16. 3.) L. 1. §. 1. D. si is, qui testamento liber. (47. 4.)

3) L. 1. pr. D. quod quisque iuris in alterum. (2. 2.) L. 1. pr. D. de collat. (37. 6.)

4) L. 19. pr. D. de captivis. (49. 15.) L. 1. pr. D. de pactis. (2. 14.)

5) L. 7. pr. D. de in integr. rest. (4. 1.) L. 183. D. de regulis iuris antiqui. (50. 17.)

6) L. 32. pr. D. de pecul. (15. 1.) L. 2. §. 5. D. de aqua et aquae pluviae. (39. 3.) Vergl. Schilling a. a. D. S. 39.

7) Cic. Top. cap. 5.

8) L. 7. §. 1. D. de iustitia et iure. (1. 1.)

9) L. 1. pr. D. de pactis. (2. 14.) L. 1. pr. D. de collation. (37. 6.) L. 1. pr. D. quod quisque iuris. (2. 2.)

10) L. 90. D. 50. 17. (Paulus.)

11) L. 8. C. de iudiciis. (3. 1.)

1) Vita Publicolae cap. 12. Vergleiche Frankenstein de aerario in *synagm. diss.* ed. Graevius. p. 626.

2) Liv. hist. 27. cap. 12. Cjc. ad Att. 7. epist. 20.

num gesammelt wurden, aufbewahrt ³⁾. Auch leidet es keinen begründeten Zweifel, daß im aerarium die leges und SC. zum ewigen Gedächtniß aufbewahrt wurden ⁴⁾. Selbst die Rechnungen, welche die Provinzialmagistrate beim Abgange von ihrer Magistratur ablegen mußten, wurden im aerarium behalten. Daher der Ausdruck rationes ad aerarium deferre ⁵⁾. Auch die signa der Legionen wurden im aerarium aufbewahrt ⁶⁾, und alle fremden Gesandten, welche Rom betraten, mußten sich beim aerarium melden, und ihre Namen von den praefecti aerarii verzeichnen lassen ⁷⁾. Unter den Kaisern wurde das aerarium als Volkscasse beibehalten ⁸⁾, und obschon noch andere Cassen, wie das aerarium militare und der fiscus errichtet wurden ⁹⁾, so bestand doch das aerarium wenigstens als eine von demselben getrennte Casse fort, wie namentlich der in den ersten Jahrhunderten nach Christus oft wiederkehrende Gegensatz zwischen aerarium und fiscus schlagend beweist ¹⁰⁾. Wie lange dieser Unterschied zwischen aerarium und fiscus in der Kaiserzeit sich erhalten habe, läßt sich nicht mit Bestimmtheit sagen. Eine Stelle des Dio Cassius ¹¹⁾ und ein wahrscheinlich unverdorbenes Zeugniß des Paullus ¹²⁾ lassen vermuthen, daß er bis in das dritte Jahrhundert nach Christus bestanden habe. Unter Augustus wurde dem Aerarium der Ertrag der caduca und ereptoria überwiesen ¹³⁾, was indeß schon Caracalla zu Gunsten des fiscus, wenigstens bei den caduca abgeändert zu haben scheint ¹⁴⁾. Das Recht über das aerarium zu verfügen hatte seit Augustus der Senat ¹⁵⁾; indeß scheint auch hier der Kaiser, wenn er wollte, eingegriffen zu haben. Die materielle Verwaltung der Volkscasse stand vom Anfang unter den quaestores ¹⁶⁾, die urbani genannt wurden. Julius Cäsar übergab dieß Amt den Aedilen ¹⁷⁾, Augustus hingegen übertrug es an zwei besonders gewählte Praefecten, die zuerst aus den abgehenden Prätoeren, späterhin aus den wirklichen Prätoeren ernannt wurden ¹⁸⁾, bis Claudius die Verwaltung der Volkscasse wiederum den Quaestoren zurückgab ¹⁹⁾. Nero überließ diese Verwaltung denen, welche die Prätur

3) Liv. hist. 7. cap. 16., 27. cap. 12.

4) Suet. in Julio cap. 28. in Octav. cap. 94., Tac. Annal. 3. cap. 51.

5) Cic. ad fam. 5. 20.

6) Liv. hist. 4. cap. 22., 7. c. 23.

7) Plut. quaest. Rom. cap. 43.

8) Dio Cassius hist. 53. cap. 16. u. 22.

9) Suet. Octav. 49. Dio Cass. 55. p. 565. Vergleiche Heineccius comm. ad legem Juliam et Papiam lib. 3. cap. 1. p. 361.

10) Tacit. Ann. 2. cap. 47., 6. cap. 2., Plin. panegy. cap. 36. 42. Walter röm. Staats- und Rechtsgeschichte. Bb. 1. S. 283.

11) Lib. 53. p. 511.

12) Sentent. Rec. 5. 12.

13) Tac. ann. 3. 25. Vergl. Heineccius a. a. D. S. 360.

14) Ulp. fragm. 17. §. 2.

15) Dio Cass. 53. 16, 22.

16) Plut. in vita Public. cap. 12.

17) Dio Cass. 43. cap. 48.

18) Dio Cass. 53. 2, 32. Tac. Annal. 13. 29. Suet. Octav. cap. 89.

Vergl. Walter a. a. D. S. 297.

19) Tac. Annal. 18. 29. Suet. Claud. 24.

verwaltet hatten. Späterhin scheint sie an wirkliche Prätores gekommen zu sein (praetores aerarii²⁰). Unter Trajanus werden praefecti aerarii erwähnt²¹), und diese scheinen längere Zeit hindurch die Verwaltung des aerarium gehabt zu haben, da sie noch bei den Pandectenjuristen vorkommen²²). Was die Jurisdiction in Sachen des aerarium anbelangt, so stand sie wahrscheinlich den praefecti aerarii zu²³), während für die fiscalischen Prozesse seit Nerva und Traianus ein besonderer Prätor ernannt wurde²⁴). — Außer dem aerarium populi Romani bestand seit Kaiser Augustus noch eine besondere Armeecasse (aerarium militare), deren Verwaltung den praefecti aerarii militaris übertragen war²⁵). In diese Casse flossen außer den Abgaben der provinciae Caesaris noch besondere, erst von Augustus eingerichtete Abgaben, namentlich die vicesima hereditatum²⁶), die ducentesima rerum venalium u. s. w. — Unter den späteren Kaisern verlor sich der Unterschied zwischen den genannten drei Cassen, und aus ihrer Verschmelzung entstand eine einzige, welche man mit dem allgemeinen Namen fiscus zu bezeichnen pflegte (Dig. 49. 14., Cod. 10. 1. const. un. §. 12. C. de caducis tollendis 6. 51.) Darnach sind die Fragmente der Pandectenjuristen, welche von den Vorrechten des aerarium reden, unter den Titel de iure fisci gestellt worden; und vom Standpuncte der Justinianischen Befestigung aus muß man alle Stellen der älteren Juristen, welche vom aerarium reden, auf den fiscus beziehen.

Heimbach.

Aes et libra ist ein Kunstausdruck des vorjustinianischen Rechts, um Alles dasjenige zu bezeichnen, wobei die Mancipationsform angewendet wird. Aes deutet auf das as, libra auf die eiserne Wage, welche bei der Mancipation angewendet wurde. So sagte man testamentum, quod per aes et libram dicitur¹), um das alte testamentum iuris civilis, welches in der familiae mancipatio bestand, zu bezeichnen; so sagte man per assem et libram emptum adoptare, weil bei der Adoption im engeren Sinne die Mancipationsform angewendet wurde²); endlich brauchte man den Ausdruck id, quod per aes et libram geritur, um Alles zu bezeichnen, was unter die Kategorie des nexum gehört³). Nexum ist aber nach der Meinung des Manlius, dem auch Aelius Gallus beistimmt, die allgemeine Bezeichnung für

20) Tac. Annal. 13. 29, Histor. 4. 9.

21) Plin. panegy. cap. 92.

22) L. 13. §. 1. D. de iure fisci. (49. 14.), fr. 15. §. 4. u. 6. D. ibid. L. 8. §. 19. D. de transactionibus. (2. 15.) — Ulp. L. 12. D. de his, quae ut indignis. (34. 9.)

23) L. 12. D. 34. 9. fr. 13. §. 1. D. 49. 14. fr. 15. §. 4. u. 6. D. ibid.

24) L. 2. §. 32. D. de origine iuris. (1. 2.)

25) Suet. Octav. c. 49. Dio Cass. 55. 25. Vergl. Heineccius a. a. D. §. 362.

26) Dio Cassius 55. cap. 25.

1) Caius inst. 2. §. 101. u. 103., pr. J. de testamentis ordinatis. (2. 10.)

2) Suet. Aug. cap. 64.

3) Festus de V. S. v. Nexum. Varro de L. L. VI. p. 58.

Alles, was unter Beobachtung der Mancipationsform vollbracht wird; nach der Meinung des Mucius Scaevola hingegen ist der Begriff nur auf die Fälle zu beschränken, in welchen außer der Mancipationshandlung noch etwas vorkam, damit eine Obligation daraus entstehe⁴⁾. Darauf deutet auch schon der Name nexum hin; denn bei der einfachen Mancipation geht das Eigenthum der Sache sofort an den Empfänger über, und es ist hier von einer Verpflichtung (necti) nicht die Rede. Genau ist von nexum (i) nexus (us) zu unterscheiden, ein Wort, mit welchem man die Mancipationshandlung selbst bezeichnet⁵⁾. So erklärt sich auch der Ausdruck traditio nexu, welches die Mancipation verbunden mit der Tradition im Gegensatz der in iure cessio bezeichnet⁶⁾. Die Idee, welche allen Obligationen, die durch Mancipation eingegangen werden, zu Grunde liegt, ist die, daß der einseitig erklärte Wille dessen, welcher eine Sache dem Anderen mancipirt, wenn sie als Nebenbestimmung der Mancipation angesehen werden muß, gültig sei, mithin den Empfänger der Sache dazu verpflichte, daß er dieselbe in Obacht nehme. Die Obligationen, welche in den juristischen Quellen als Nebenbestimmungen der Mancipation von Sachen vorkommen, sind das depositum und das pignus⁷⁾. Wahrscheinlich konnte auch das mutuum in diese Form gekleidet werden. Nach der Meinung des Mucius Scaevola würde Folgendes vom Begriffe nexum auszuschließen sein: 1) die Errichtung eines Testamentes unter Beobachtung der Mancipationsform, 2) die imaginaria solutio per aes et libram⁸⁾. Man versteht darunter eine in Gegenwart von fünf Zeugen und unter Zuziehung eines libripens abzugebende Quittung über eine rechtskräftig zuerkannte, oder aus dem nexum entstandene Schuld⁹⁾. Dabei mußte derjenige, welcher sich frei machte, gewisse feierliche, bei Gajus nur zum Theile lesbare Worte sagen; dann berührte er mit dem as die eiserne Wage, und gab dasselbe dem, dessen Schuldner er war, an Zahlungsstatt hin. Auch auf die Obligation, welche durch das legatum per damnationem entsteht, ist die solutio per aes et libram angewendet worden¹⁰⁾, nämlich unter zwei Voraussetzungen, a) daß der Gegenstand des Legates in Sachen besteht, welche zugewogen und gezählt werden (res, quae pondere, numero constant). Manche dehnten dies auch auf Sachen aus, welche zugemessen werden (res, quae mensura constant). b) Daß der Gegenstand des Legates ein certum war, d. h. eine ihrem Gattungsbegriffe, ihrer Qualität und Quantität nach bestimmte Sache¹¹⁾. Ob die nexi liberatio, welche Festus¹²⁾ nach dem Zeugnisse des Aelius

4) Vergl. Puchta, Lehrbuch für Institutionenvorlesungen, Vorrede S. 30.

5) Cic. paradox. 6., pro Murena cap. 2., ad Div. 7, 30; Vergl. G. B. C. Heimbach de Aelio Gallo (Leipzig 1823) p. 52.

6) Cic. Top. cap. 5.

7) Caius inst. 2. §. 59. u. 60.

8) Inst. 3. §. 173.

9) Caius a. a. D. 3. §. 173. 174. Liv. hist. 6. 14.

10) Caius a. a. D. 3. §. 175. Cic. de legibus. 2. 20.

11) L. 6. D. de rebus creditis. (12. 1.)

12) X. a. D. Verb. Nexum.

Gallus unter den Geschäften, welche zum nexum gehörten, anführt, mit der solutio per aes et libram identisch war, ist nicht ganz gewiß. Doch sprechen, wie es scheint, treffende Gründe für die Identität. Im Justinianischen Rechte, wo die Mancipation ganz außer Gebrauch gekommen ist, ist von dem nexum nicht mehr die Rede. Auch der Ausdruck nexus (us), scheint in den Justinianischen Pandecten ein jedes Obligationsverhältniß zu bezeichnen ¹³⁾.

Heimbach.

Album heißt nach dem Zeugnisse der alten Steintafeln eine weiße Tafel, auf welcher etwas mit schwarzen Buchstaben geschrieben wird ¹⁾. So gebraucht den Ausdruck die lex Servilia ²⁾, und die tabula Heraclensis ³⁾. Zeugnisse, welche jedenfalls glaubwürdiger erscheinen, als das des Theophilus ⁴⁾, welcher behauptet, daß man mit dem Namen album das Edict deshalb bezeichnet habe, weil es mit weißen Buchstaben geschrieben worden sei. Bei den Griechen heißt album λεύκωμα. Manche halten das album für eine weiße Wand, auf welcher das Edict mit schwarzen Buchstaben geschrieben wurde ⁵⁾, was auch durch die Beispiele von Mauerchrift, welche sich in Pompeji noch jetzt vorfinden, vollkommen bestätigt wird. Der Gebrauch des album findet sich bei den Alten sehr verbreitet. Es diente zum Verzeichnisse der Namen der einzelnen Senatoren (album senatus) und der einzelnen Decurionen in den Municipialstädten (album curiae), zur Bekanntmachung kaiserlicher Constitutionen und des prätorischen Edictes. Daher das letztere in den Justinianischen Pandecten κατ' ἐξοχήν album heißt, z. B. in der actio albi corrupti. Zwar behauptet Heineccius, daß auch der Prätor verschiedene alba gehabt habe ⁶⁾: Eins, auf welchem er das edictum perpetuum bekannt gemacht; ein anderes, auf welchem er die formulae actionum zur öffentlichen Kenntniß gebracht habe. Dem scheint indeß das Zeugniß des Theophilus entgegenzustehen, welcher das prätorische album gerade zu für identisch mit dem prätorischen Edicte erklärt ⁷⁾, und auch die Zeugnisse des Labeo ⁸⁾ und des Kaisers Alexander ⁹⁾ sprechen eher gegen als für diese Meinung. Wenn Jemand es wagte, das auf dem album ausgeschriebene Edict bösslicher Weise zu verlegen, so konnte er mit der actio albi corrupti auf Bezahlung einer Privatstrafe, deren Betrag die Justinianischen Pandecten auf 500 solidi angeben ¹⁰⁾, belangt werden. Diese aus dem prätorischen Edicte stammende Klage ist eine actio popu-

13) L. 1. D. de acceptilatione. (46. 4.)

1) Vergl. Reitz zum Theophilus tom. II. p. 801.

2) Bei Brissonius de formulis p. 138.

3) Bei Conradi parerga lib. III. p. 364. u. f.

4) Paraph. inst. 4. 6. §. 12. p. 801.

5) Arg. Plauti Pers. 1. 2. vs. 21. Geradezu Cuidas ed. Gaisford tom. II. p. 2298. λεύκωμα τοίχος γύψω ἀλημιμένος πρὸς γραφήν πολιτικών πραγμάτων ἐπιτήδειος.

6) Historia edictorum in den opp. postum. p. 94.

7) Paraphr. 4. 6. §. 12. p. 801.

8) L. 1. §. 1. D. de edendo. (2. 13.)

9) L. 1. C. de interdictis. (8. 1.)

10) L. 7. pr. D. de iurisdictione. (2. 1.)

laris, und entsteht nur aus der Verletzung derjenigen Ansehung, welche perpetuae iurisdictionis causa gemacht worden sind ¹¹⁾. Gesah die Verletzung vor der öffentlichen Bekanntmachung oder während derselben, so konnte die Klage nach den Worten des Edictes nicht stattfinden, doch ist sie mit ihren Wirkungen auch auf diesen Fall durch die Vermittelung der römischen Juristen erstreckt worden ¹²⁾. Wahrscheinlich rechnete man schon zeitig bösslicher Weise vorgenommene Verletzungen des *alumni* zu den Delicten, weil man darin eine Verletzung der Achtung, die man dem Prätor schuldig war, erblickte ¹³⁾. Wenigstens zeigt sich auch bei der *actio albi corrupti* das bei allen Delictsklagen wiederkehrende Phänomen, daß, wenn mehrere Theilnehmer bei der Haupthandlung concurriren, jeder auf das Ganze verbindlich wird ¹⁴⁾. Im Justinianischen Rechte besteht die Klage annoch fort, und dieß ihr Fortbestehen scheint zugleich ein haltbarer Beweis für die Behauptung zu sein, daß die Magistrate auch nach der Anfertigung des *edictum perpetuum* unter Hadrian niemals ganz aufgehört haben zu ediciren ¹⁵⁾.

Heimbach.

Alieni iuris. Man versteht unter dem Ausdrucke *hi, qui alieni iuris sunt*, alle diejenigen, welche der Botmäßigkeit eines Anderen unterworfen sind. *Alieni iuris esse* ist die Negative von *sui iuris esse*. Zu den Personen, welche *alieni iuris* sind, rechnet man alle Sklaven, die der herrschaftlichen Gewalt (*dominica potestas*) unterworfen sind; alle Freigebornen, welche in der elterlichen Gewalt (*parentum potestas*) stehen; alle Frauen, welche in der *manus* des Ehemannes oder eines Fremden sind; alle Freigebornen, welche von ihrem leiblichen Ascendenten; in dessen elterlicher Gewalt sie standen, Anderen *mancipirt* worden sind (*hi, qui in mancipio sunt*). Im Justinianischen Rechte, wo die *manus* und das *mancipium* verschwunden sind, kommen nur die beiden zuerst genannten Fälle des *alieni iuris esse* noch vor.

Alimenta (Unterhalt) nennen die Römer nur dasjenige, was zur Leibes Nahrung und Nothdurft gehört, und rechnen dahin namentlich Essen und Trinken (*cibaria*), Kleidung (*vestitus*) und Obdach (*habitatione*) ¹⁾. Alles andere schließen sie vom Begriffe der *Alimenta* aus, namentlich die Kosten des Unterrichtes ²⁾ (Studirkosten) und die Prozeßkosten. Nur in gewissen Beziehungen werden die Kosten des Unterrichtes den *Alimenten* gleichgesetzt. Es sind folgende Beziehungen: a) sie werden zu den nothwendigen Auslagen gerechnet ³⁾; b) demjenigen, welcher die *bona missio ex edicto Carboniano* erlangt hat, wird es erlaubt, aus den Gütern außer den *Alimenten* auch die Unterrichtskosten nach Ver-

11) L. 7. pr. D. ibidem.

12) L. 7. §. 2. D. 2. 1.

13) L. 9. D. 2. 1.

14) L. 7. D. 2. 1.

15) Vergl. Hugo's Rechtsgeschichte, (11. Auflage) S. 803.

1) L. 6. D. 2. de alimentis vel cibariis legatis. (34. 1.)

2) L. 6. D. 34. 1. L. 6. §. 5. D. de Carboniano edicto. (37. 10.) L. 4. D. ubi pupillus educari. (27. 2.)

3) L. 6. §. 5. D. 37. 10.

hältniß der Größe des Vermögens zu entnehmen ⁴⁾; c) wenn der Vormund eines Unmündigen dessen Schwester aus dem Vermögen seines Mündels ohne Decret der Obrigkeit Alimente und Unterrichtskosten verabreicht, so kann er nach beendigter Vormundschaft nicht auf Ersatz derselben vom Mündel belangt werden; vorausgesetzt indeß, daß die Schwester des Mündels kein Vermögen, auch keine anderen Hilfsquellen hatte, um den notwendigen Aufwand zu bestreiten ⁵⁾. Ganz verschieden vom Begriffe der Alimente ist der Begriff victus; denn dieser umfaßt außer den Alimenten auch noch die Kosten der Verpflegung im Falle der Krankheit ⁶⁾; und in der Uebernahme der Verbindlichkeit, Jemand zu erziehen, liegt zugleich die Verpflichtung, nicht allein die Alimente, sondern auch Alles, was zum victus gehört, der zu erziehenden Person zu gewähren ⁷⁾. Die neueren Practiker theilen die Alimente in naturalia (nothdürftiger Unterhalt) und civilia (standesmäßiger Unterhalt). Doch scheint diese Eintheilung schon deshalb nicht richtig zu sein, weil sie im röm. Rechte nicht anerkannt wird, und der Begriff alimenta stets auf den nothdürftigen Unterhalt bezogen wird. Indesß ist der oben angegebene Begriff der alimenta civilia in die teutsche Praxis übergegangen. Zu denselben werden die Kosten des Unterrichtes, der Prozesse und der Verpflegung im Falle der Krankheit gerechnet. Die allgemeinen Grundsätze, welche von den Alimenten gelten, lassen sich auf folgende Punkte zurückführen. 1) Das Quantum der Alimentationsgelder bestimmt im Zweifel der Richter nach dem Bedürfnisse des zu Ernährenden und dem Vermögen des, welcher zur Alimentation verpflichtet ist ⁸⁾. Im Fall sie der schwangeren Wittve aus der Erbschaft, welche für den venter aufbewahrt wird, verabreicht werden, soll der Richter bei der Bestimmung des Alimentationsquantums auch den Stand des Verstorbenen und der schwangeren Wittve berücksichtigen ⁹⁾. 2) Wer zur Alimentation verpflichtet ist, kann vom Richter auf dem Wege der extraordinaria cognitio zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit gezwungen werden ¹⁰⁾. 3) Alle Alimente sind zu pränumeriren ¹¹⁾. Dieß deshalb, weil ja der zu Alimentirende bei der Postnumerirung der Alimente schon im ersten Jahre verhungern würde. 4) Alle Alimente setzen voraus, daß die zu alimentirende Person noch lebt ¹²⁾; denn mit dem Tode derselben hört auch die Alimentationspflicht auf. 5) Im Fall kein Endtermin für die Entrichtung der Ali-

4) L. 6. §. 5. D. 37. 10.

5) L. 4. D. 27. 2.

6) arg. L. 48. u. 44. D. de verbor. signif. (50. 16.)

7) L. 23. D. 34. 1.

8) L. 5. §. 7.—13. D. 25. 3.

9) L. 1. §. 19. D. de ventre in possessionem mittendo. (37. 9.)

10) L. 5. pr. §. 8. u. 10. u. 12. D. 25. 3. Vergl. Schrötker in Einde's
Zeitschrift für Prozeß. Bd. 5. S. 313.

11) L. 15. pr. D. de alimentis vel cibariis legatis. (34. 1.) L. 27. D. ibid.

12) L. 14. pr. D. 34. 1. L. 8. §. 10. D. de transactionibus. (2. 15.) L. 26.
§. 2. D. quando dies legatorum cedit. (36. 2.)

mente bestimmt ist, müssen dieselben das ganze Leben des zu Ernährenden hindurch verabreicht werden¹³⁾.

Alimentationspflicht oder **Alimentationsverbindlichkeit** heißt die Verpflichtung bestimmter Personen, anderen bestimmten Personen Alimente aus eigenem Vermögen zu gewähren. Die Gründe dieser Verpflichtung können theils im letzten Willen liegen (legata und fideicommissa alimenta); theils in einem gültigen Versprechen, ohne Unterschied, ob es eine pollicitatio oder eine stipulatio ist; theils in der Nähe der Verwandtschaft; theils in dem Respectverhältnisse der Freigelassenen zum Patron und dessen Familie. Die ersten beiden Gründe können hier füglich mit Stillschweigen übergangen werden, da sie nach den allgemeinen Regeln von den Testamenten, Codicillen, einseitigen Versprechungen und Verträgen zu beurtheilen sind. Was aber die Nähe der Verwandtschaft anbetrifft, so gelten hier folgende allgemeine Regeln: 1) die Alimentationspflicht der Verwandten hat ihren Grund in der natürlichen Verwandtschaft (cognatio)¹⁴⁾. Mithin kommt darauf, ob die fraglichen Personen im Verhältnisse der Agnation oder väterlichen Gewalt zu einander stehen, gar nichts an. Auch schon die präsumtive Verwandtschaft verpflichtet zur Verabreichung der Alimente¹⁵⁾. 2) Wenn derjenige, welcher wegen unterlassener Verabreichung der Alimente belangt wird, leugnet, daß er mit dem Kläger verwandt sei, so muß der Richter zuerst über die angebliche Verwandtschaft nach den Gründen der Wahrscheinlichkeit urtheilen (summatim cognoscit), und hierauf erst die Alimentationsfrage entscheiden¹⁶⁾. Im Fall er aber die Alimente dem Kläger zuerkennt, so erleidet der Beklagte dadurch noch kein Präjudiz in Bezug auf die Verwandtschaftsfrage, sondern es steht ihm immer noch frei, dieselbe auf dem Wege des praesudicium zur Entscheidung zu bringen¹⁷⁾. 3) Die Alimentationspflicht wegen Verwandtschaft hört mit dem Tode des, welcher die Alimente verabreicht, auf¹⁸⁾. Nur ausnahmsweise ist sie auch auf die Erben desselben zu erstrecken. Dies in folgenden Fällen. a) Die Concubinenkinder (naturales liberi) können Alimente auch von den Erben des natürlichen Vaters verlangen, wenn sie vom väterlichen Nachlasse durch die legitimen Kinder des Verstorbenen oder dessen Wittve ausgeschlossen werden¹⁹⁾. b) Die Erben des Sohnes können zur Verabreichung der Alimente an den Vater gezwungen werden, wenn der Sohn bei seinen Lebzeiten bereits aus Liebe zu ihm dieselben an ihn entrichtet hat²⁰⁾. 4) Die Verpflichtung, Alimente zu leisten, tritt nur subsidiarisch ein, d. h. wenn der, welcher die Alimente verlangt, nicht selbst im Stande ist, sich durch eigene Arbeit zu ernähren²¹⁾.

13) L. 14. pr. D. 34. 1.

14) L. 5. §. 1. D. de agnoscendis vel alendis liberis. (25. 3.)

15) L. 5. §. 8. u. 9. D. 25. 3.

16) L. 5. §. 8. D. 25. 3.

17) L. 5. §. 9. D. 25. 3. L. 7. D. ibid. L. 10. D. de his, qui sui vel alieni juris sunt. (1. 6.)

18) L. 5. §. 17. D. 25. 3.

19) Inst. Nov. 89. cap. 12. u. 13.

20) L. 5. §. 17. D. 25. 3.

21) L. 5. §. 7. D. 25. 3.

5) Alimmente können denen, welche selbst in der höchsten Armuth sind, nicht abverlangt werden²²). 6) Das Recht, Alimmente zu verlangen, fällt in jedem Falle weg, wo der, welcher es hat, sich eine große Undankbarkeit gegen die, von dem er sie verlangen kann, zu Schulden kommen läßt²³). Die Verbindlichkeit, Verwandte zu alimentiren, liegt I. den Abscendenten ob, und unter ihnen a) dem rechtmäßigen Vater²⁴), ohne Unterschied, ob die Kinder in seiner Gewalt stehen oder nicht. Zwar legt eine Stelle des Justinianischen Codex dem Vater diese Verbindlichkeit erst von der Zeit an auf, wo das Kind das dritte Lebensjahr zurückgelegt hat²⁵). Doch hängt dieß wohl nur mit der Gewohnheit der Römerinnen zusammen, ihre Kinder bis in's dritte Jahr zu säugen, und es hat daher die teutsch-rechtliche Praxis diesen Termin wohl mit Recht verlassen, und den Vater schon von den ersten Lebensjahren an zur Alimentation des Kindes verbindlich gemacht. b) Der unrechtmäßige Vater ist zwar nach dem Pandectenrechte nie zur Alimentation der Kinder verpflichtet²⁶), weil man von den spurii filii annimmt, daß sie gar keinen Vater haben²⁷). Doch ist diese Strenge des Rechtes durch Verordnungen der christlichen Kaiser in Bezug auf die Concubinenkinder (*naturales liberi*) gemildert worden²⁸). Denn diese können vom natürlichen Vater stets Alimmente verlangen, aber nur unter folgenden Voraussetzungen: α) daß die Concubine mit dem Vater in Einem Hause wohne, β) daß sie von dem angeblichen Vater wirklich schwanger geworden sei, γ) daß derselbe die Kinder als seine eigenen bisher ernährt und erzogen habe. Kindern, welche aus *nefariae* und *damnatae nuptiae* entsprossen sind, wird das Recht, Alimmente vom Vater zu verlangen, ganz abgesprochen²⁹). Die teutsche Praxis, gestützt auf das canonische Recht³⁰), welches beiden Eltern die Verpflichtung aufzuerlegen scheint, die im Ehebruch erzeugten Kinder (*liberi adulterini*) zu ernähren³¹), hat den Grundsatz festgestellt, daß Jeder, welcher erweislich der Erzeuger eines unehelichen Kindes ist, auch zu dessen Alimentation verpflichtet sei³²); ohne Unterschied, ob die Ehe unter den Concubinenten verboten ist, oder nicht. In die Quantität der Alimmente werden die Entbindungs- und Taufkosten mit eingerechnet; doch gestattet die Praxis dabei dem Vater das *beneficium competentiae*. Dagegen ist es streitig, ob Kinder, welche aus *nefariae* und *damnatae nuptiae* erzeugt sind, heutzutage den Vater um Alimmente

22) L. 2. Cod. de alendis liberis ac parentibus. (5. 25.)

23) L. 5. §. 11. D. 25. 3.

24) L. 5. pr. u. §. 1. D. 25. 3. L. 8. §. 5. C. de bonis, quae liberis. (6. 61.)

25) L. 9. Cod. de patria potestate. (8. 47.)

26) L. 5. §. 6. D. 25. 3. L. 7. D. ibid.

27) L. 23. D. de statu hominum. (1. 6.) L. 12. Inst. de nuptiis. (1. 10.)

28) Iust. Nov. 18. cap. 5. u. Nov. 89. cap. 12.

29) Nov. 89. cap. 15.

30) cap. 5. X. de eo, qui duxit in matrimonium, quam polluit. (4. 7.)

31) Vergl. Schröder in Vindt's Zeitschrift für Prozeß und Civilrecht Band 5. S. 308. u. folg.

32) Vergl. Glück Erläuterung der Pandecten Th. 28. S. 184.

ansprechen können. Diese Controverse kann nur dadurch entchieden werden, daß zuerst die Vorfrage beantwortet wird, ob man in der Verfügung der teutschen Praxis ein correctorisches System sieht, oder nicht. c) Nach dem Vater hat sofort die Mutter die Verbindlichkeit, das Kind zu ernähren, zu übernehmen³³⁾, selbst wenn das Kind ein uneheliches ist³⁴⁾. Dem steht zwar die Authent. si pater ad const. un. Cod. 5. 24. (divortio facto, apud quem), freilich aus Mißverständnis ihrer Quelle, des Nov. 117. cap. 7., gewissermaßen entgegen, indem sie festsetzt, daß bei culposen Ehescheidungen der schuldige Ehegatte allemal die Kinder aus der getrennten Ehe zu ernähren habe. Allein die teutsche Praxis hat diese Vorschrift verworfen. Manche Juristen behaupten, daß der väterliche Großvater vor der Mutter zur Alimentation der Enkel gezwungen werden könne³⁵⁾. Allein die Gründe für diese Meinung sind unhaltbar, und überdies widersprechen ihr die oben angeführten Stellen, welche die Verbindlichkeit der Mutter sofort beim Wegfall des Vaters eintreten lassen. d) Der väterliche Großvater. Doch ist der väterliche Großvater keineswegs verbunden, die unehelichen Kinder seines Sohnes zu ernähren³⁶⁾; nicht einmal dann, wenn sie Concubinenkinder desselben sind³⁷⁾. e) Der mütterliche Großvater³⁸⁾. II. Die Descendenten. Die Verbindlichkeit, die Eltern zu ernähren, geht dem römischen Rechte nach auf alle Descendenten, welche Vermögen haben, gleichmäßig über³⁹⁾. Was die Rangordnung betrifft, nach welcher dieselben diese Verbindlichkeit zu übernehmen haben, so scheint der Grundsatz zu gelten, daß der nähere Verwandte den entfernteren ausschließt. Zwar wird diese Meinung nicht ausdrücklich durch Zeugnisse unserer Rechtsquellen unterstützt; aber es scheint sich doch so viel aus denselben als Regel zu ergeben, daß die Alimentationsverbindlichkeit unter den Ascendenten und Descendenten eine gegenseitige Verpflichtung ist⁴⁰⁾. Mitbin scheint unter den Descendenten der nähere Grad den entfernteren eben so auszuschließen, wie dies unter den Ascendenten der Fall ist. Daß auch Concubinenkinder ihren Erzeuger im Nothfalle ernähren müssen, hat Kaiser Justinian ausdrücklich verfügt⁴¹⁾. III. Ob endlich die Geschwister verbunden sind, beim Wegfall der Ascendenten und Descendenten einander gegenseitig zu ernähren, ist streitig. Das römische Recht gibt darüber keinen sicheren Aufschluß⁴²⁾, und deshalb wird die Ver-

33) L. 5. §. 4. D. 25. 3. L. 5. §. 14. D. ibid. Nov. 117. cap. 7.

34) L. 5. §. 4. D. 25. 3.

35) arg. L. 5. pr. u. §. 4. D. 25. 8. L. 8. pr. D. ibid.

36) L. 6. §. 5. D. 25. 3.

37) arg. Nov. 89. cap. 12. §. 6.

38) L. 8. D. 25. 3. L. 5. §. 1—5. D. ibid. Vergl. Glük a. a. D. Theil 28. §. 223.

39) L. 5. §. 18. D. 25. 3. L. 1. u. 2. Cod. de alimentis liberis ac parentibus. (5. 25.) Nov. 127. cap. 7.

40) L. 5. §. 1. D. 25. 3. Nov. 117. cap. 7. Authent. si pater ad const. un. Cod. divortio facto, apud quem. (5. 24.)

41) Nov. 89. cap. 13.

42) Vergl. Glük a. a. D. Th. 28. §. 236. u. folg.

bindlichkeit der Geschwister, einander gegenseitig zu ernähren, von den meisten Rechtsgelehrten in Abrede gestellt. Nur die Concubinenkinder können von den legitimen Kindern ihres Erzeugers, wenn diese dessen Erbschaft erhalten, verlangen, daß sie ihnen Alimente aussetzen⁴³). Dieß wohl nur deshalb, weil die Concubinenkinder durch das Vorhandensein der legitimen Kinder des Erblassers von der Erbschaft, auf welche sie sonst ein Recht hätten, ausgeschlossen werden. Zum Schlusse noch die Bemerkung, daß es eine allgemeine Annahme der römischen Juristen gewesen zu sein scheint, daß, wenn ein Verwandter dem anderen Alimente verabreicht, ohne dazu rechtlich verpflichtet zu sein, er dieselbe späterhin nicht zurückfordern kann⁴⁴); eben so wenig als der, welcher sie erhalten hat, späterhin gezwungen werden kann, dieselbe sich auf seinen Erbtheil bei Beerbung desjenigen, der sie an ihn verabreicht hat, abrechnen zu lassen⁴⁵). Denn man nimmt an, daß solche Alimente pietatis intuitu d. h. aus der den nächsten Verwandten schuldigen Liebe an dieselben verabreicht worden sind⁴⁶), außer wenn der, welcher sie gegeben hat, bei der Verabreichung derselben ausdrücklich oder stillschweigend erklärt hat, daß er dieß nur vorschußweise (animo credendi) thue⁴⁷). — Der letzte Grund, aus dem man verpflichtet ist, Alimente an Jemand zu verabreichen, ist das Verhältniß des Freigelassenen zu dem Patron und dessen Familie⁴⁸). Denn der Patron und dessen Familie haben auf die Güter des Freigelassenen, so lange derselbe lebt, nur der Alimente halber einen Anspruch⁴⁹), und zwar die Letzteren nur unter der Voraussetzung, daß die betreffenden Familienglieder Descendenten oder Ascendenten des Patrons sind. Ascendenten aber haben nur dann einen Anspruch, wenn der Patron und dessen Descendenten nicht mehr am Leben sind⁵⁰). Die allgemeinen Voraussetzungen, unter welchen diese Verpflichtung eintritt, sind folgende: 1) daß die zu ernährende Person darbe⁵¹); 2) daß der Freigelassene nicht selbst in der äußersten Dürftigkeit lebe⁵²); 3) daß der zu Ernährende den Freigelassenen nicht eines Verbrechens angeklagt habe, auf welchem die Todesstrafe steht⁵³); 4) daß es gewiß und unbestritten sei, daß derjenige, von welchem die Alimente verlangt werden, wirklich der Freigelassene desjenigen ist, welcher die Alimente verlangt⁵⁴). Deshalb muß auch die

43) Nov. 89. cap. 12. §. 6.

44) Vom Vater L. 50. D. familiae herciscundae. (10. 2.), der Mutter L. 11. C. de negotiis gestis. (2. 19.) L. 34. D. de negotiis gestis, (3. 5.), der Großmutter L. 34. D. 3. 5., den Geschwistern L. 13. §. 2. D. de administratione. (26. 7.) L. 4. D. ubi pupillus. (27. 2.) L. 1. §. 2. D. de tut. et ration. distr. (27. 3.), vom Onkel L. 27. §. 1. D. 3. 5.

45) L. 50. D. 10. 2.

46) L. 27. §. 1. u. L. 34. D. 3. 5. L. 11. Cod. 2. 19. L. 15. C. ibid.

47) L. 50. D. 10. 2. L. 11. Cod. 2. 19. L. 15. C. ibid.

48) L. 9. D. 25. 3. L. 6. u. L. 5. §. 18.—26. D. ibid.

49) L. 9. D. 25. 3. L. 5. §. 20. u. §. 26. D. ibid.

50) L. 5. §. 26. D. 25. 3.

51) L. 6. u. 9. D. 25. 3. L. 5. §. 19. u. 26. D. ibid.

52) L. 5. §. 25. D. 25. 3.

53) L. 5. §. 23. D. 25. 3.

54) L. 5. §. 18. D. 25. 3.

Alimentationsfrage so lange ausgesetzt bleiben, bis der Richter über die erstere Frage entschieden hat. Die Alimentationsverbindlichkeit des Freigelassenen ist formell der, welche aus der Verwandtschaft entsteht, sehr ähnlich⁵⁵⁾. Daher auch hier eine *extraordinaria cognitio* statt findet⁵⁶⁾; daher auch hier die Größe des Alimentationsquantums durch ein Decret bestimmt wird⁵⁷⁾; daher auch hier dieselben Zwangsmittel gegen den Freigelassenen angewendet werden, wie bei den Kindern, wenn sie sich weigern, ihrer Verbindlichkeit nachzukommen⁵⁸⁾. Außerdem können aber die Freigelassenen, welche ihre Patrone in der Armuth vernachlässigen, gezwungen werden, denselben zur Strafe Sclavendienste zu thun⁵⁹⁾. Lassen sie sich aber auch dadurch nicht bestimmen, ihre Verbindlichkeit zu erfüllen, so werden sie unter der Leitung des Magistrates verkauft, und das dafür gelöste Geld wird dem Patron als Entschädigung überlassen.

Alimentenklagen heißen solche Klagen, womit das Recht, Alimente von Jemand zu verlangen, geltend gemacht wird. Die Römer kennen der Form nach nur die *extraordinaria persecutio*⁶⁰⁾, als reine Alimentenklage, bei welcher die Abpfändung (*pignoris capio*) als Executionsart vorkommt⁶¹⁾. Sie dachten sich mithin die Alimentationspflicht als eine Obligation, welche nicht auf dem Wege der formula, sondern auf dem außerordentlichen Wege der *causae cognitio* geltend gemacht wird⁶²⁾. Um sich dieß Verhältniß anschaulicher zu machen, kann man wohl die Verpflichtung des Erben, die Fideicommissse zu zahlen⁶³⁾, zu Hilfe nehmen, und aus der Vergleichung beider Verhältnisse möchte man schließen, daß auch die Alimentationsverbindlichkeit nicht gleich vom Anfange an klagbar gewesen, sondern es erst durch die Intervention des Prätor geworden sei⁶⁴⁾. Außer dieser reinen Alimentenklage gab es im römischen Rechte noch andere Klagen, mit welchen man die Verabreichung der Alimente wenigstens mittelbar erzwingen konnte, z. B. das *praejudicium de partu agnoscendo*; nur mit dem Unterschiede, daß diese Klage nur von der geschiedenen Frau gebraucht werden konnte, welche zu erweisen im Stande war, daß sie von ihrem Manne aus der Ehe wirklich schwanger geworden sei⁶⁵⁾; ohne Unterschied, ob das Kind bereits geboren war, oder sich annoch im Mutterleibe befand. Dieß nach dem SC. Plancianum⁶⁶⁾. Ein späteres SC.,

55) L. 5. §. 18. D. 25. 3.

56) L. 5. §. 18. u. 19. D. 25. 3.

57) L. 5. §. 18. u. §. 20. D. 25. 3. coll. L. 5. §. 8. D. *ibid.*58) *arg. L.* 5. §. 10. D. 25. 3.

59) L. 6. D. 25. 3.

60) L. 5. pr. §. 8. u. 18. D. de agnoscendis. (25. 3.) fr. 7. D. *ibid.* fr. 3. pr. u. §. 4. D. ubi pupillus. (27. 2.) Vergl. Puggé im Rheinischen Museum Jahrgang 3. S. 569.

61) L. 5. §. 10. D. 25. 3.

62) L. 9. C. de patria potestate. (8. 47.)

63) Ulp. fr. 25. §. 12.

64) L. 9. C. 8. 47.

65) Theoph. paraphr. Inst. 4. 6. §. 13. ed. Reitz. tom. II. p. 803. L. 1. §. 13—15. D. 25. 3.

66) L. 3. §. 1. D. 25. 3.

welches unter dem Kaiser Hadrian abgefaßt worden ist, dehnte die Klage auch auf den Fall aus, wenn das Kind während des Bestehens der Ehe geboren wird, und der Ehemann sich dennoch weigert, dasselbe zu ernähren⁶⁾.

Altäre¹⁾. A. Nach dem katholischen Kirchenrechte. Der Mittelpunct des Gottesdienstes, der Ort, von welchem aus der Priester das Messopfer spendet und seine Gebete für die Gemeinde darbringt, ist das Altar. (Altare ab altitudine constat esse nominatum, quasi alta ara. Isid. Etym. XV. 4.) Es empfängt seine Bestimmung durch feierliche Consecration, welche zu den vorbehaltenen Ordensrechten des Bischofs gehört, und nach den im römischen Pontifical²⁾ enthaltenen Vorschriften vollzogen wird. Dabei ist insbesondere das Einsenken und Verschließen von Reliquien in das Innere wesentlich nothwendig³⁾; ein aus der frühesten christlichen Zeit ererbter, nicht selten unter Berufung auf Apoc. VI. 9. (Vidi subtus altare animas interfectorum propter verbum Dei etc.) an die heil. Schrift selbst angeknüpfter Gebrauch, von welchem auch die noch jetzt übliche, grabähnliche Form der Altäre herrührt. — In der Regel sind die letzteren feststehend, von Mauerwerk errichtet; doch finden sich seit dem 11. Jahrh. (in der urchristlichen Zeit die ausschließlich übliche Form) auch tragbare Altäre, welche von dem Bischofe in seinem Sitze consecrirt und auf einem von dem Priester benedicirten Tische aufgestellt werden, nicht selten in Kirchen, häufiger in Oratorien, dagegen nur in gewissen gesetzlich beschränkten Fällen, und, außer in Nothfällen, nur mit päpstlicher Erlaubniß in Privathäusern oder anderen Orten⁴⁾. Das den Dominicanern und Minoriten in letzterer Beziehung von Honorius III. ertheilte Privilegium⁵⁾, an jedem Orte an einem altare viaticum, ohne Erlaubniß des Ordinarius, Messe lesen zu dürfen, ist durch den Kirchenrath von Trient (Sess. XXII. c. un. und spätere päpstliche Bullen und Verordnungen der Congregatio rituum aufgehoben⁶⁾. Rücksichtlich der Zahl der Altäre gilt gegenwärtig, abweichend von dem beschränkenden Rechte der älteren Zeit⁷⁾, der vorzüglich durch die neu ausgebildeten Ansichten von der Messe bedingte Satz, daß jede Kirche wenigstens drei Altäre, ein Hoch-

67) L. 3. §. 1. D. 25. 3. L. 9. C. de patria potestate. (8. 47.) L. 1. §. 1. D. de insipiendo ventre. (25. 4.)

1) Vergl. Elevogt, kurze Abhandlung von den Rechten der Altäre, Sena 1726. 8. und in Beziehung auf das geschichtliche Element u. a. Bingham Orig. 3. 222. Augusti Denkwürdigkeiten 11. 432., Binterim Denkwürdigkeiten 4. Bd. 1. Th. S. 94.

2) Pont. Rom. Ed. Rom. 1595. p. 315. sq.

3) c. 26. Dist. I. de cons. (conc. Carth. 5. a. 401.)

4) Berardi Com. in jus eccl. univ. (Venet. 1778.) T. 2. p. 115.

5) c. 30. X. de privil. V. 33.

6) Const. Clem. XI. Quoniam sancta sancte (Bull. Clem. XI. p. 540).

— Decl. congr. rit. v. 15. Dec. 1702. 23. Mai. 1713. bei Pittonus Constitutiones pontificiae etc. ad sacros ritus spectantes. Venet. 1740. Tom. 2. p. 42. 186.

7) Cap. Reg. Fr. I. 151. — Auch in neueren Zeiten hat man die Zahl der

altar und zwei Nebenaltäre haben müsse. Von diesen sind die ersteren jetzt gewöhnlich mit dem unter verschiedenen Formen erscheinenden Indult ausgestattet, daß an ihnen auch außer der Rubrik Motiv- und Seelmessen gelesen werden dürfen (altaria privilegiata), wodurch der Widerspruch zwischen dem Gesetz⁸⁾ und der hohen Zahl der von den Gläubigen gestifteten Messen vermittelt werden soll. — Nicht selten sind die Altäre mit besonderen Stiftungen versehen⁹⁾, aus denen ein bestimmter, vorzugsweise mit dem Messelesen beauftragter Geistlicher unterhalten wird. In diesem Falle und in dieser Form liegt unter Voraussetzung der bischöflichen Institution ein wirkliches Beneficium (simplex) vor, bei welchem auch ein von dem Kirchenpatronat verschiedenes und unabhängiges Altarpatronat (Altarlehen) mit allen in dem Patronatrechte enthaltenen Befugnissen, insbesondere dem Rechte der Präsentation des Altaristen, vorkommen kann. — Die Consecration der Altäre geht verloren durch Verrückung der Basis, durch gänzliche oder theilweise Zerstörung, durch Erbrechung des Siegels der Reliquien oder durch Entwendung dieser letzteren selbst, und in diesem Falle bedarf es einer wiederholten Weihe. Die Wiedereinweihung erfolgt durch dieselben Acte, durch welche die Kirche selbst polluit wird, welchenfalls vor geschehener Reconciliation das Altar nicht gebraucht werden darf.

B. Nach evangelischem Kirchenrechte. Die evangelische Kirche ist rücksichtlich der Anzahl der Altäre auf den Gebrauch der älteren Zeit zurückgegangen; es findet sich also regelmäßig in jedem Gotteshause (gleichviel, ob in demselben die Sacramente verwaltet werden oder nicht), ein Altar, und zwar in der Regel ein feststehendes, mit gemauerter Basis versehenes. Eine Consecration im Sinne der katholischen ist in der evangelischen Kirche nicht üblich; doch wird auch in ihr das neuerrichtete Altar, unter Anwendung der geeigneten liturgischen Formen, feierlich vor versammelter Gemeinde eingeweiht. Die Grundsätze des canonischen Rechtes über Consecration, Pollution und Reconciliation sind, wie auf die Kirchensachen überhaupt, so auch auf die Altäre in der evangelischen Kirche unanwendbar. Klitter. 1

Altenburg, Sachsen = Altenburg, eines der sächsischen Herzogthümer ernestinischer Linie mit (im J. 1836) 120,690 Einwohnern auf 23½ □ Meilen in 8 Städten, wovon die Haupt- und herzogliche Residenzstadt gleichen Namens 13,809 Einwohner zählt, 2 Flecken, 458 Dörfern. Dasselbe wird durch die Herrschaft Gera in zwei Hälften getheilt, wovon die östliche, größtentheils vom Königreiche Sachsen umgeben, hauptsächlich und namentlich in den Dörfern, von Einwoh-

Altäre wiederum zu beschränken gesucht; vergl. z. B. für Oesterreich *Baldau* auf das Pfarr- und Decanatamt, (Gräß, 1836.) Th. 1. S. 146.

8) c. 53. Dist. I. de cons. (Alex. II. a. 1065.)

9) *Walter*, Lehrb. d. Kts. 7te Aufl. §. 211. 279. — Ueber den Unterschied der Altarstiftungen in dem bezeichneten Sinne, der Messstiftungen, Anniversarien, u. s. w. und ihr Verhältniß zu den Pfründen vergl. insbesondere *Berardi Comm. T. 2. p. 261. seqq.*

nern slavisch-wendischen Ursprunges (man rechnet deren Anzahl auf 10—11,000) bewohnt ist, welche eigenthümliche Tracht, Sitten und Rechtsgebräuche haben. Wenn auch Personen diesen Ursprunges in die Städte ziehen, so pflegen sie doch da ihre Tracht und mit solcher ihre Sitten anzulegen. Am mehresten ist dieß in der Hauptstadt der Fall, wo sogar der Bauer, der das Bürgerrecht erlangt, nicht in wendischer Bauertracht den Bürgereid leisten und vor dem Magistrate ferner in dieser Tracht erscheinen darf. Die wendischen Rechtsgebräuche auf den Dörfern finden daher in den Städten dieser östlichen Gebietshälfte nicht statt und verlieren sich mit der wendischen Tracht, je mehr man sich dem Westen nähert. Sie entstehen vorzüglich aus dem unter dem Namen *Kürrecht* üblichen *Minorat*, wonach das Gut des Vaters unter Geschwistern zweierlei Geschlechtes oder blos Brüdern der jüngste Sohn, unter blos Schwestern die älteste Tochter erbt und den übrigen Geschwistern ihre Erbtheile baar herauszahlen muß. Das Gut wird dabei immer zu einem sehr mäßigen Preise und unter dem wahren Werthe angeschlagen. Selten wird von der landesgesetzlichen Vorschrift ¹⁾ Gebrauch gemacht, daß, dem eigentlichen Kürrecht entsprechender, der Älteste das Gut würdigt und der Jüngste es für die gewürderte Summe annehmen kann. Man darf vielleicht im Durchschnitte behaupten, daß der Kürerbe das Gut um drei Vierteltheile des wahren Werthes erhält. Doch pflegt die väterliche Willkür, bei Ueberlassung des Gutes an den Kürerben noch während Lebzeiten des Vaters, sich nicht darauf zu beschränken; eben so bei testamentarischer Disposition, die jedoch in der Maasse selten vorkommt, daß der Vater das Gut bis an seinen Tod eigenthümlich behielt. Vielmehr wird der Kürerbe oft noch bedeutender begünstigt. Dagegen pflegt in Fällen, wo der Vater noch als Eigenthümer des Gutes und ohne testamentarische Disposition stirbt, die Gleichheit des Erbrechtes unter den Erben mehr berücksichtigt zu werden. Güterbesitzerinnen aber folgen in ihren Dispositionen dem Beispiele der Väter. Treten Gründe ein, aus welchen der Kürerbe das Gut nicht erhalten kann, z. B. wenn er beim Uebergange des Gutes aus dem väterlichen oder mütterlichen Besitze in das Eigenthum eines der Kinder noch zu jung ist, so wird ihm für die Aufgabe des Kürrechtes eine Entschädigung in Geld — ein *Kürsgeld* — ausgesetzt, bei welchem jedoch der Kürerbe im Vergleiche mit den Vortheilen des Gutsbesitzes gewöhnlich verliert. Dasselbe pflegt nur bei sehr bedeutenden Gütern die Summe von 100 meißnischen Gulden zu übersteigen. Die Erbtheile derjenigen Geschwister, welche das Gut nicht erhalten, werden auf demselben in der Regel, wenn nicht Rechtsgründe die sofortige Auszahlung gebieten, verzinslich versichert, auch ist es Gebrauch, daß den Geschwistern auf so lange, als sie ledig sind, besonders für den Fall der Krankheit und Dienstlosigkeit, der Aufenthalt in dem väterlichen Gute hypothekarisch vorbehalten wird. Denjenigen abgefundenen Geschwistern aber, welche noch nicht geheurathet haben, wird gewöhnlich eine, den Stücken nach bestimmte Ausstattung — ein *Kamerwa-*

1) Landesordnung S. 161.

gen — und ein Hochzeitmal — Ausgangsmalzeit — ausgefess und unterpfändlich auf dem Gute festgestellt. Bei der letzteren werden häufig die Gerichte, mindestens die Anzahl der Gäste speciell bestimmt, und zwar diese nach der Anzahl der Tische, an denen sie (nach den Landesgesetzen 12 an jedem) sitzen, z. B. „eine Malzeit für drei Tische Leute.“ — Die Landesgesetze ²⁾ erlauben dem Bürger und Bauer, wenn er nicht Dispenfation erlangt, nur drei Tische. Ausstattung und Ausgangsmalzeit sind eben so, wie die Erbtheile der noch unverheurateten Geschwister gewöhnlich bei deren Verheurathung oder Einrichtung besonderer Wirthschaft fällig, oder endlich nach Erlangung eines gewissen Lebensjahres derselben, in der Regel bei Söhnen des 21. oder 25., bei Töchtern des 18. oder 20. Häufig übernimmt der Gutbesitzer die Erhaltung und Erziehung der noch unerzogenen Kinder bis zu ihrer Confirmation, entweder ganz unentgeltlich, oder gegen Perception der Zinsen von deren Erbtheil. Er muß dann auch gewöhnlich ihnen bei erfolgender Confirmation — „wenn das Kind zum ersten Male zum heiligen Abendmale geht“ — eine Art Ausstattung, Behufs des Eintrittes in einen Dienst oder in eine Lehre geben, die in einem Abendsmalsanzuge und einer Lade zu bestehen pflegt. Oft ist auch ein alsdann fälliges Lehrgeld festgesetzt — Alles hypothekarische Lasten des Gutes. Im übrigen findet in der Regel das gemeine sächsische Erbrecht und zwar rücksichtlich der Eheleute in der Maasse statt, daß der Ehemann seine verstorbene Ehefrau zu zwei Drittheilen, die überlebende Ehefrau den Ehemann, wenn sie ihre Slaten nicht zurückfordert, sondern mit einwirft, zu Einem Drittheile beerbt, das Uebrige aber an die anderen Verwandten nach Erbgangsrechte fällt. Concurriren mit der Mutter Kinder, so bekommt erstere häufig, wenn sie ihr Einbringen nicht zurückfordert, Kindesheil. Da die Bauergüter sogenannte Bauerlehen, oder teutsche Erbzinsgüter sind, von welchen (außer dem Annahme- oder sonderbaren Lehngelde bei jeder Acquisition) auch in Fällen, wo das Gut vererbt wird, in den mehrsten Orten ein Sterbe- oder Gesammtlehengeld von den Erben zusammen an den Lehenherrn gezahlt werden muß, das häufig dem nächst vorhergehenden Annahmehengelde gleich, oder eine Quote desselben ist ³⁾; so pflegt, zur Ersparung dieses Aufwandes für seine Erben, in der Regel jeder Gutbesitzer noch bei seinem Leben dem Kürerben das Gut zu verkaufen und sich dabei einen Auszug, zuweilen auch noch die Wirthschaft, d. h. die Führung und Nuzniefung der gesammten Deconomie, auf mehrere Jahre, vorzubehalten. Daher hat sich häufig

2) Hochzeitsordnung vom 19. Sept. 1785. §. 5, 3. Beifugensammlung S. 11.

3) Durch ein Gesetz vom 23. Mai 1837 (Gesetzsamml. von 1837 Stück X. Nr. 27. S. 220) sind bestimmte Vorschriften zur Erleichterung der Ablösung desjenigen Lehngeldes, welches mehr als 5 pCt. beträgt, des nach Procenten des Gutswerthes zu entrichtenden Gesammt- oder Sterbelehengeldes und der, in einer bei jedem Erballe gleichen Abgabe, welche vom Gutscumplex oder von jedem Erben entrichtet wird, bestehenden Erbgebühren lassen worden.

die Obervanz zum Vortheile der Lehensherren gebildet, daß die Erben desjenigen Gutsbesizers, der erst auf dem Sterbebette oder nach Erlangung eines gewissen Lebensalters sein Gut veräußert, dennoch das Sterbelehngeld entrichten müssen, z. B. das ganze, wenn der Gutsbesizer schon 70, das halbe, wenn er schon 60 Jahre alt war. Nach allem diesem liegt die Untheilbarkeit der Bauergüter ganz im Character dieses Volkes. Sie ist so im Herzogthum Altenburg Regel und durch die früheren Landesgesetze ⁴⁾ bestätigt worden. Nähere Bestimmungen enthält aber die Verordnung vom 28. Juni 1828, wonach unter lehensherrlicher Genehmigung Anspanngüter bis auf $\frac{1}{2}$ Acker (den Acker zu 200 zehnelligen □ Ruthen gerechnet) bismembriert werden können. Im allgemeinen kann man als Regel annehmen, daß die Untheilbarkeit um so mehr üblich, je reicher der Landestheil ist, dahingegen in den ärmeren Theilen, namentlich in dem ärmsten, dem Amte Roda, die einzelnen Grundstücke, selbst Häuser bis auf die kleinsten Parcellen getheilt werden. Eigentlich gibt es in dem slavisch-wendischen Altenburg folgenden Grundstücksbesitz: 1) Anspanngüter, das sind solche, auf denen ursprünglich Pferdetrohne ruht; bei ihnen wird die Nothwendigkeit Pferde zu halten vorausgesetzt, und selbst von den Gemeinden deren Abschaffung häufig, wegen der in Kriegszeiten rücksichtlich der Vorspanne entstehenden Inconvenienzen, widersprochen. Die Anzahl der Pferde richtet sich nach dem Bedürfnisse, ohne daß eine bestimmte Ackerzahl für die einzelnen Arten der Anspanngüter (vierspännige, zweispännige, einspännige) festgesetzt ist. 2) Handgüter, solche, auf denen ursprünglich nur Handtrohne haftet; sie wurden in der Regel mit Küheanspannung bewirthschaftet und heißen daher auch noch jetzt häufig Kühgüter. Allein seit dem Ende der für die Pferdeanspannung so verderblichen napoleonischen Kriege haben diejenigen Handtrohngüter, welche bedeutende, manchmal 30 und mehr Scheffel Feldbesizungen haben, getrieben von dem, dem altenburger Bauer eigenen Stolge auf Pferdebesitz, sich ein, zuweilen mehrere Pferde angeschafft, und wollen den Namen Kühgut nicht mehr leiden, der gewöhnlich jetzt nur auf die Handgüter paßt, die nicht mehr als höchstens 10 Scheffel Feld haben. 3) Gärtnergüter, das sind solche, die zu ihrer Bewirthschaftung nicht einmal zweier Kühe bedürfen. 4) Kleinhäuser, das sind Häuser ohne oder mit so kleinen Gärten, daß in der Regel keine Kuh gehalten werden kann. Die angeführten Obervanzen sind, wie schon erwähnt, sehr verschieden. Vorzüglich findet das Angegebene in den mehresten Theilen des Kreisamtsbezirktes Altenburg statt, und zwar sowohl bei den Einwohnern slavischen als anderen Ursprunges; doch ist es auch mit größeren und geringeren Modificationen in die übrigen Theile des Herzogthums Altenburg übergegangen. Die mehresten Aenderungen aber sind durch die verschiedenen Stadtstatuten hervorbracht worden.

4) Landesordnung S. 159, 160, 189, und Verordnung vom 29. Nov. 1825 (Ges.-Samml. v. d. L. S. 34).

Abgesehen von diesen besonderen Rechtsgewohnheiten gründet sich der Rechtszustand im Herzogthum Altenburg auf dessen Grundgesetz vom 29. April 1831. Früherhin bestand nämlich daselbst eine dem Feudalwesen entnommene Verfassung. Die Landschaft wurde gebildet aus den adeligen Rittergutsbesitzern unter Voraussetzung einer gewissen Anzahl von Ahnen und aus den ersten Magistratspersonen der Städte. Sie theilte sich in drei Collegien. An dem Collegium der allgemeinen Ritterschaft nahmen alle landtagsfähigen adeligen Rittergutsbesitzer Theil; die Landtagsfähigkeit wurde aber sehr bald auf den gesammten rittergutsbesitzenden Adel ohne Ahnenzahl mit Einschluß der Lehenträger ausgedehnt. Die bürgerlichen Rittergutsbesitzer und die nicht erscheinenden Adelligen mußten landtagsfähige Anwesende bevollmächtigen. Aus der Mitte dieses Collegiums wurde das Ausschuß-Collegium, das erste landschaftliche Collegium, gewählt. Das Städte-Collegium war das dritte im Range. Nur selten versammelte sich die gesammte Landschaft zu einem allgemeinen Landtage. In der Regel wurden Ausschustage gehalten, an denen nur das Ausschußcollegium und die ersten Magistratspersonen der Kreisstädte Altenburg, Saalfeld (nach gänzlicher Abtretung dieses Fürstenthums an Coburg, späterhin Kahla) und Eisenberg Theil nahmen. Im Jahre 1821 wurde schon eine neue Verfassung projectirt, welche sich von der jetzigen dadurch wesentlich unterschied, daß dabei zwei Kammern beabsichtigt waren. Sie trat indes nicht in's Leben, blieb übrigens in ihren Tendenzen bei dem neuen Grundgesetze vom 29. April 1831 nicht unberücksichtigt. Danach bildet das Herzogthum ein staatsrechtliches, zur Theilnahme an einer und derselben Verfassung vereinigt Ganzes (§. 1.), wovon kein Theil (§. 2.) veräußert werden kann. Bei Erbvertheilungen im Gesamthause Sachsen finden jedoch die Grundsätze desselben statt, und selbst ein durch Verhältnisse mit den Nachbarstaaten räthlicher oder unvermeidlicher Austausch kleinerer Gebietstheile kann nur nach Vernehmung der Landesdeputation erfolgen. Zur Erläuterung dieser Vorschriften wird die Erinnerung an folgende historische Vorgänge dienen. Nachdem auf erfolgtes Ableben Herzog Ernsts I. (des Frommen) von Gotha dessen Land unter seine sieben Söhne (1680) vertheilt, und dabei dem Herzoge Friedrich I. von Gotha die altenburgischen Ämter Altenburg, Leuchtenburg und Delamunda, dem Herzoge Christian zu Eisenberg aber die auch altenburgischen Ämter Eisenberg, Ronneburg, Roda und Kamburg zugetheilt und so die einzelnen Bestandtheile des Herzogthums Altenburg zerrissen worden waren; so nahm nach Christians ohne Leibeserben erfolgtem Tode (1710) Herzog Friedrich II. von Gotha-Altenburg die zuletzt erwähnten ehemaligen altenburgischen Ämter, in Gemäßheit eines, unter den ernestinischen Häusern am 6. April 1699 zu Coburg abgeschlossenen Vergleiches, in Besiz. Es wurde auch der, deshalb und wegen der Besiznahme von Römhild nach Herzog Heinrichs daselbst erfolgtem Ableben entstandene Streit mit dem Herzoge von Meiningen erst im Jahre 1720 dahin beendet, daß Herzog Friedrich II. die ganzen altenburgischen Ämter, jedoch nur einen Drittheil des röm.

Hildischen Amtes Themar bezieht⁵⁾. So wurden die einzelnen Theile Altenburgs wieder zusammengebracht und so waren die Herzogthümer Gotha und Altenburg unter den Herzögen von Gotha vereinigt, bis am 11. Februar 1825 mit Herzog Friedrich IV. zu Sachsen-Gotha-Altenburg diese Linie ausstarb. An die erledigten Lande machten die sämtlichen damaligen Herzöge ernestinischer Linie, die Herzöge von Coburg-Saalfeld, Meiningen und Hildburghausen Ansprüche. Durch den zu Hildburghausen am 12. November 1826 abgeschlossenen Erbvertrag wurden nun die sämtlichen gotha-altenburgischen Besitzungen unter gedachte Fürsten vertheilt, so daß sich daraus und aus den zeitlichen Besitzungen jener Fürsten die Herzogthümer Altenburg, Coburg-Gotha und Meiningen-Hildburghausen bildeten. Nur die Unterhaltung von Jena und Schleusingen blieb gemeinschaftlich. Insonderheit erhielt der damalige Herzog Friedrich von Hildburghausen, Senior des ernestinischen Hauses und der drei herzoglichen Speciallinien, gegen Abtretung des eben genannten Herzogthums, das Herzogthum Altenburg mit einigen ehemals saalfeldischen Orten, jedoch mit Ausschluß des sonst dazu gehörigen Amtes Ramburg mit der Saline Neusulza, mehrerer Orte vom Amte Eisenberg und der sonst altenburgischen Enclaven im weimariſchen: Bierzeihenheiligen, Lichtenhain und Mosen, welches Alles zum Herzogthume Meiningen geschlagen wurde⁶⁾. So steht das Herzogthum Altenburg, das vor der erwähnten Theilung nebst Gotha in der deutschen Bundesmatrikel mit 1857 Mann Bundescontingent von 185,682 Einwohnern aufgeführt war, jetzt in derselben allein mit einem Bundescontingent von 982 Mann. Und so ist das herzogliche Haus Hildburghausen zum herzoglichen Hause Altenburg geworden. Der Herzog, jetzt und zwar seit dem 29. Sept. 1834, Joseph, ist, besage des von dem ersten altenburgischen Herzoge der hildburghausischen Linie, Friedrich, dem Lande im Jahre 1831 verliehenen, also, nach den Eingangsworten des Gesetzes, octroirten, jedoch „nach erfolgtem Beirath der Landschaft und mit deren Zustimmung“ gegebenen Grundgesetzes, als souveräner Landesherz das Oberhaupt des Staates, vereinigt in sich die gesammte, ungetheilte Staatsgewalt und übt sie unter den in der Verfassungsurkunde festgesetzten Bestimmungen aus (§. 4. d. Verf.-Urk.). Daher macht er allein die Gesetze bekannt (§. 5.), steht an der Spitze der Staatsverwaltung und vertritt den Staat gegen andere Staaten (§. 6.); alle Gerichtsbarkeit und Polizeigewalt wird in seinem Namen verwaltet (§. 7.); von ihm allein können unter den verfassungsmäßigen Bestimmungen die Landesabgaben ausgeschrieben werden (§. 9.); ihm steht die ausschließliche Verfügung über das Militär zu (§. 10.).

5) Man vergleiche hierüber Galletti, Geschichte Thüringens, Gotha, 1785, 31. Buch 1. Abschn. S. 212, 228 u. 229. Wigleben, Geschichte des ernestinischen Hauses Sachsen vom Jahre 1547 bis auf die neuesten Zeiten, Budissin, 1837.

6) Man vergleiche hierüber die belehrenden Nachrichten von Pogg in Pblig., Jahrbücher der Geschichte und Staatskunst, August 1831. Nr. 2. S. 133.

Der Titel des Herzogs ist: Herzog zu Sachsen, Jütlich, Cleve und Berg, auch Engern und Westphalen, Landgraf in Thüringen, Markgraf zu Meissen, gefürchteter Graf zu Henneberg, Graf zu der Mark und Ravensberg, Herr zu Ravenstein u. s. w. Sein Wappen ist ein teutsches Schild mit einem Mittelschild und in 18 Felber getheilt. Der Mittelschild führt die 5 schwarzen Balken mit dem sächsischen Rautenkranze; in den Felbern sieht man die Schilder: 1) von Thüringen, 2) von Cleve, 3) von Meissen, 4) von Jütlich, 5) von Berg, 6) und 7) von der Pfalz Sachsen, 8) von der Mark Landsberg, 9) von Detmunda, 10) von Eisenberg, 11) von Altenburg, 12) wegen der Regalien, 13) von Brehna, 14) von der Mark, 15) von Coburg, 16) von Henneberg, 17) von Heldburg und 18) von Ravensberg. Von den 6 Helmen sind 3 gekrönt, die Helmedecken gold und roth. Der ernestinische Hausorden wird durch den Herzog mit vergeben. In dem herzoglichen Hause Altenburg ist durch die Primogeniturordnung vom 24. Juni 1703 und durch die letztwillige Verordnung vom 11. Januar 1705 die Thronfolge nach dem Rechte der Erstgeburt eingeführt; die nachgeborenen Prinzen erhalten Geldapanagen, die Prinzessinnen Aussteuer, die Wittwen Wittthum. Der erwähnte letzte Herzog von Hildburghausen trat, noch ehe er Herzog von Altenburg wurde, dem Erbfolgerecesse vom 28. Juli 1791 bei. Uebrigens ist die Majorennität der männlichen Glieder des herzoglichen Hauses auf das 21. Lebensjahr festgesetzt; doch kann der Herzog auf Ansuchen der Vormünder die Prinzen, nach erfülltem 18. Lebensjahre, für großjährig erklären; ihm selbst kann in gleichem Falle von dem, an Jahren ältesten regierenden Herrn des sächsischen Gesamthauses aller Linien die Majorennität ertheilt werden (§. 15. d. Bf.-Urk.). Die Vormundschaft über den minderjährigen Landesherren und die Regentschaft wird zunächst von der leiblichen Mutter, dann von dem ältesten volljährigen Agnaten im herzoglichen, und, fehlt auch dieser, vom ältesten regierenden Herrn im Gesamthause Sachsen gothaischer Linie geführt (§. 16.). Der Vormundschaft steht ein Regentschaftsrath zur Seite (§. 17.). Das Domänenvermögen ist Eigenthum des herzoglichen Hauses und erbt in der Staatserbfolge des Hauses Sachsen-Altenburg so fort, daß nichts daraus von einem Allodialerben in Anspruch genommen werden kann (§. 3. und 18.). Das Einkommen der Glieder des Fürstenhauses wird durch die Politike im Allgemeinen bestimmt, deren Verwendung für einzelne Familienmitglieder der Herzog festsetzt (§. 19.). Nur die Schatulleneinkünfte und darunter die Fideicommisscapitalien stehen unter der unbeschränkten Disposition des Souveräns (§. 20. 21. 22.). Alle Vermählungen der Glieder des herzoglichen Hauses ohne Zustimmung des regierenden Herrn sind nichtig (§. 28.). In privatrechtlichen Verhältnissen stehen die Glieder des herzoglichen Hauses unter den Landesgesetzen; Klagen aus Eigenthums- und Vertragsverhältnissen werden bei dem Justizcollegium angebracht. In anderen Angelegenheiten bestimmt der Herzog das Verfahren nach Anhörung des, aus ihm und den volljährigen unbetheiligten Prinzen, unter Zuziehung des Ministeriums und der ersten Hofämter, bestehenden Familienrathes (§. 34. u. 35.). Der Herzog ist unverant-

wortlich; er übt die Regierungshandlungen unter Verantwortlichkeit nicht eines einzelnen (übrigens unerläßlich) contrasignirenden Ministers, sondern des aus mehreren Råthen bestehenden Ministeriums aus (S. 36. u. 37.)⁷⁾. Der Herzog ist zugleich Mitglied des Gesammthauses Sachsen und des teutschen Bundes, in dessen engerem Rathe Altenburg zur 12. Stelle gehört, während es im Plenum der teutschen Bundesversammlung eine Stimme hat. Sonach machen auch die Beschlüsse der Bundesversammlung einen Theil des altenburgischen Staatsrechts aus, und haben, nach Verkündigung durch den Landesherrn, gesetzliche Kraft (S. 11 u. 12 d. Vf.-Urk.)⁸⁾.

Die oberste Landesstelle ist das Geheime Ministerium, bermalen bestehend aus drei Beamten, unter den Prædicaten von Minister und Geheimen Conferenzeråthen. Es besorgt die oberste Leitung der gesammten Staatsgeschäfts-führung, beaufsichtigt alle Behörden, macht dem Landesherrn unmittelbar Vortrag und vertritt denselben, wenn er keiner fürstlichen Stellvertreter ernannt hat. Die Justiz ist selbst in den oberen Stellen nicht überall von der Administration geschieden⁹⁾. Das oberste Justiztribunal ist das, sämmtlichen großherzoglich- und herzoglich-sächsischen, ingleichen den fürstlich-rußischen Häusern gemeinschaftliche Ober-Appellationsgericht zu Jena, dessen Hauptnorm noch bermalen die „Provisorische Ordnung des gemeinschaftlichen Oberappellations-Gerichts zu Jena“ vom Jahre 1816 ist¹⁰⁾. Die zweite Instanz in gewöhnlichen und die erste in Rechtsachen gegen schriftsässige Personen und gegen die landesherrlichen Cassen (mit Ausnahme der dem Consistorium und der Militärbehörde überwiesenen Gerichtsbarkeit und mit Ausnahme der Polizeivergehen) bildet das Justizcollegium, das zugleich Lehnhof ist, die Oberaufsicht über die Rechtspflege im Lande führt und, nach einem ganz neueren Gesetze¹¹⁾, die Geschäfte des als obere Instanz für die Militärjustiz eingesetzten Generalauditorats, unter Beistand eines nicht bei den activen Bundesstruppen dienenden Stabsofficiers, verwaltet. Bei schriftsässigen Personen und Behörden wird die zweite In-

7) Näher hat sich darüber, inwiefern Ministerverantwortlichkeit in diesem Herzogthume stattfindet, der Verf. des gegenwärtigen Artikels verbreitet in der Schrift: Die Ministerverantwortlichkeit in constitutionellen Monarchien, Monographie eines alten Geschäftsmannes, Leipzig, 1833. Abschn. 125. S. 249. folg.

8) Umständlich hat sich über die Verfassungsurkunde ausgesprochen: Pölig, Anebenungen über den staatsrechtlichen und politischen Character des Grundgesetzes für das Herzogthum Sachsen-Altenburg vom 29. April 1831 mit vergleichender Rücksicht auf die Verfassungen von Schwarzburg-Sonderhausen, Hessen, Hannover und Braunschweig, Leipzig 1831.

9) Man vergleiche über dieses Alles das „Edict in Bezug auf einige Verhältnisse des Staatsdienstes und auf die Bildung und Geschäftsthätigkeit der Landescollegien vom 18. April 1831.“

10) Dr. Adolph Martins provisorische Ordnung des D.-A.-Gerichts zu Jena etc. mit Hinzufügung der vom 1. Januar 1817 bis 1. Juli 1830 ergangenen Erläuterungen, authentischen Interpretationen und Zusätze, Jena, Schreiber, 1830.

11) Geheime Ministerial-Bekanntmachung vom 25. März 1837 im altenburgischen Amts- und Nachrichtenblatte v. d. J. Nr. 15. S. 167.

stanz durch das Rechtsmittel der Reuterung ersetzt. Die erste Instanz haben die Landesunterthanen, mit Ausschluß der im Nachstehendem näher bezeichneten Consistorial-, der Militair- und Hofmarschallamts-Justiz, bei den herzoglichen Justizämtern und den Patrimonialgerichten. Zu den letzteren gehören auch die in den eigentlichen Städten für deren Einwohner vorhandenen Stadtgerichte. Alle diese Behörden bestehen aus Einzelrichtern unter Zuziehung der stummen Richter und Schöppen für gewisse Handlungen. Seit dem einflußreichen Jahre 1830 sind diese Stadtgerichte in der Regel vom Stadtmagistrate getrennt, und es sind ihnen, besonders in der Hauptstadt, diejenigen Theile der Stadt, welche früher unter dem Justizamte standen, mit untergeben worden. Dies jezt ist nur im Kreisamte Altenburg die Criminaljustiz durch Trennung jenes Amtes in zwei Abtheilungen von der Civiljustiz separirt. Es ist aber, auf einen Ministerialantrag, nach umständlichen Berathschlungen von der Landschaft des Herzogthums Altenburg am 2. März 1837 beschloffen worden, „daß die Landschaft im allgemeinen die Zweckmäßigkeit einer Centralisirung (Vereinigung) der Obergerichtsbarkeit und deren Uebertragung auf den Staat anerkennend, für Errichtung von Landescriminalgerichten sich ausspreche, beifügend, daß es in ihren Wünschen und Absichten liege, zwei Criminalgerichte für das Herzogthum errichten zu sehen; daher erkläre sie; vorbehältlich definitiver Resolution, ihre Geneigtheit zu Abtretung der Obergerichtsbarkeit an den Staat“ (c. 12). Vorläufig ist aber ein Gesetz über den Instanzenzug in Criminaljustizsachen¹²⁾ erschienen, wonach in allen Criminalsachen in der Regel, mit Ausnahme der Fälle, wenn neue erhebliche Thatfachen zur Kenntniß der Behörde gelangt, oder Lebens- oder mindestens zehnjährige Zuchthausstrafe erkannt, oder wenn dispensationsweise vom Landesherrn zur Milderung der Strafe ein drittes Erkenntniß zugelassen wurde, nur zwei Instanzen in Criminalsachen statt finden sollen. Die erste wird in der Regel in allen Sachen, wo über 8 Wochen Gefängniß zu erkennen ist, durch das Landesjustizcollegium, und in den Sachen, worin das Consistorium competent ist und worin nur Geld- oder Gefängnißstrafe zuerkannt werden kann, durch dieses, in allen den Fällen aber, wo die gedachten beiden Collegien die erste Instanz sind, wird die zweite vom Obergericht in Jena gebildet. In den Fällen unter 8 Wochen Gefängnißstrafe sind die Untergerichte die erste, das Justizcollegium die zweite Instanz. Das Justizcollegium hat in dem erwähnten Wirkungskreise die streitige und freiwillige Civil- und die Criminal- (jedoch nicht die Polizeistraf-) Gerichtsbarkeit, das Vormundschafts- und Nachlaßregulierungs- auch Hypotheken-, Depositen- und Concurswesen, sowie die Vermögensverwaltung Verschollener — dieß Alles unmittelbar rücksichtlich schriftsfähiger Personen. Hingegen hat es nur die Oberaufsicht in allen diesen Beziehungen über gedachte Behörden erster Instanz, jedoch

12) Die S. 207 dieses Artikels erwähnten landschaftlichen Mittheilungen von 1837, S. 343 flg.

13) Vom 27. Januar 1837.

die Todesurtheile, Adoptions- und Abrogationsbestätigungen, ingleichen die Vorbereitungen zu landesherrlichen Volljährigkeitserklärungen und Legitimationen unehelicher Kinder rücksichtlich aller Unterthanen; so wie kein Gantverfahren von einem Untergerichte ohne Genehmigung des Justizcollegiums eröffnet werden darf. Die Prüfung der im Justizfache Anzustellenden, deren Verpflichtung, die Disciplinaraufsicht über alle im Justizwesen Angestellten, die Entscheidung aller Competenzstreitigkeiten der Unterbehörden, endlich die Redaction des Amtsblattes und der Gesessammlung liegen ferner diesem Collegium ob. Das Hauptadministrativcollegium ist die Landesregierung. Ihrer Wirksamkeit unterliegen die landschaftlichen Wahlen, die Erhaltung der Landeshoheit und der Landesgrenzen, die Feststellung der Bezirksgrenzen, die Aufnahme von Unterthanen, das Einquartierungs-, Marsch- und Recrutirungswesen, sowie die gesammte innere Landesverwaltung in Bezug auf landesherrliche Rechte, Landeswohlfahrt, eigentliche Landescultur, also auch Frohnablösungswesen, Bewirthschaftung der Privatholzungen, Expropriationsangelegenheiten, Gemeinde- und Corporationsfachen, Buchhandel, Landesvermessung, die gesammte obere Polizei, mithin alle öffentlichen Anstalten zur Erhaltung und Herstellung der allgemeinen Sicherheit und Ruhe, also auch unter anderen die Bürgergarden, Feuer- Polizeianstalten, die Besserungs-, Arbeits- und Strafanstalten¹⁴⁾, die gesammte Leitung des Sanitätswesens, das gesammte Steuerwesen, die Brandversicherung- und Armenanstalten, die Wittwensocietät, Pensionsfonds u. s. w., und die Vermittelung der Anstellung aller Beamten für diese Branchen. Die Aemter, Patrimonialgerichte und Stadtmagistrate, ingleichen in Steuerangelegenheiten die Steuerämter, sind die Unterbehörden dieses Collegiums. Es ist aber auch das Land gegenwärtig in zwei Kreise getheilt, den altenburgischen und den thala- eisenbergischen, deren jedem ein Kreishauptmann zu besserer Erreichung einiger Geschäftsobliegenheiten der Verwaltungsbehörden vorsteht. Sie sind außerordentliche Mitglieder der Regierung und als Commissarien aus dessen Mitte zu betrachten. Gleich steht den beiden genannten oberen Behörden das Consistorium, das in der Hauptsache in allen Kirchen-, Schul- und sonstigen Cultusfachen die obere Administrativ- und Justizbehörde, letztere auch in Ehesachen bildet, wiewohl die Aufsicht über die katholischen Glaubensgenossen in Bezug auf Wahrung landesherrlicher Gerechtsame der Landesregierung zusteht. Die Unterbehörden des Consistoriums sind in Cultusfachen die Ephorien, in Administrationsfachen der Kirchen und Schulen die Kirchen und Schulinspektionen, welche aus dem Ephorus und dem Justizbeamten jedes Kirchspiels zusammengesetzt sind, in Rechtsfachen die oben erwähnten Justizbehörden erster Instanz. Ein

14) Altenburg hat ein Zuchthaus auf der Weste Leuchtenburg, wohin alle zu längerer Zuchthausstrafe verurtheilte Verbrecher gebracht werden, und ein Zucht- und Zwangarbeitshaus zu Altenburg, das in der Hauptsache zu polizeilicher Correction von Wagabunden und arbeitscheuen Leuten, aber auch zur Aufnahme geringerer Verbrecher bestimmt ist.

viertes Landescollegium ist die Kammer, welcher die Verwaltung der landesherrlichen Kammergüter, Forsten, Jagden, Regalien (unter andern des Postregals, inwiefern dabei noch die Landesadministration eingreift, während die Posten in der Hauptsache dem fürstlichen Hause Thurn und Taxis übertragen sind), dann der Gerichts- und anderer Nutzungen an Flößen, Ziegeleien, Lehen, Zinsen, Frohnen, Gewerhabgaben, die Erhaltung des Domänialbestandes, das Bauwesen, die Kunst- und Landstraßen und die Verwaltung der Kammer- und der dieser untergeordneten Cassen obliegt. Ihre Hauptunterbehörden sind die Bau-, Floß- und Rentämter, auch Chausséegelder-Einnahmen. Die Kammer und die Landesregierung als Obersteuercollegium bilden zusammen das Finanzcollegium, welchem als Hauptsache die Oberaufsicht über Verwaltung der Landesbank übertragen ist. Es sollen aber überhaupt in diesem Collegium die Interessen der Kammer- und Obersteuerverwaltung vereinigt sein, daher in demselben alle Abänderung der bestehenden Etats, größere Einnahmeerlasse, bedeutendere unvorhergesehene Ausgaben gedachter beider Behörden vor Stellung der dießfalligen Anträge an die höchste Stelle zu berathen sind. Die Kammerrechnung wird der Prüfung der Obersteuerbehörde, die Obersteuerrechnung der der Kammer, nach erfolgter gewöhnlicher Revision, unterworfen, und die Posten eines Kammerpräsidenten und Obersteuerdirectors dürfen nie in Einer Person vereinigt sein. Der Kammer liegen zunächst die landesherrliche Civilliste, die Kosten der eigenen Verwaltung, die Erhaltung des Kammervermögens, der Chausséen und Landstraßen, der Aufwand auf die landesherrliche Gerichtsbarkeit und gewisse Beiträge zu gemeinnützigen Anstalten ob. Die Obersteuerkasse hat dagegen einen Beitrag zur landesherrlichen Civilliste, die Kosten der Landesbehörden mit Ausnahme der Kammer, Zuschüsse für Geistliche, Schulen und Bildungsanstalten, Erhaltung der Armen-, Medicinal-, Polizei- und Strafanstalten, Unterstützung der Kammer bei größeren Straßenbauten auf landschaftliche Verwilligung, Beiträge zum Flußuferbau nach einem observanzmäßigen Verhältnis, die Kosten der teutschen Bundesverhältnisse und der diplomatischen Agenten, des Militärs und der landschaftlichen Versammlungen, den Aufwand in Landeshoheitssachen und die Verzinsung der Landeschulden zu bestreiten. Genau sind daher die Bestimmungen beider Cassen nicht geschieden. Darauf beruhen aber die Grundsätze der Finanzverwaltung, welche in einer besonderen Belage zu dem erwähnten Grundgesetze aufgestellt sind. Nur das ist noch zu bemerken, daß bei der Regierung als Obersteuercollegium der Landschaftspräsident und ein landschaftlicher Abgeordneter der Stadt Altenburg Beisitzer sind. Endlich das Militärcollegium hat, nach der in der Gesesammlung für das Jahr 1827, Seite 28, auszugsweise bekannt gemachten Instruction vom 1. Juni jenen Jahres, die Einberufung der militärpflichtigen Mannschaft nach der Loosnummer der Conscription, die Assentirung freiwillig Eintretender, die Verabschiedung der Soldaten, die Vorbereitung der Pensionsgesuche, Aufrechthaltung des Militäretats, die Militäröconomie, Montirung, Armirung, Brotverabreichung, Musterrung, das Militärdepositenwesen, das Militärhospital, die Munition

und die Verwaltung der zur Kriegscasse gehörigen Fonds zu besorgen und zu beaufsichtigen.

Im übrigen hat das Land drei Kreisämter: 1) das zu Altensburg, dessen eine Abtheilung, wie gedacht, das Criminalamt Altensburg bildet und dem das Justizamt Ronneburg und die in diesem Kreise befindlichen Patrimonialgerichte einbezirkt sind. 2) Das Kreisamt Leuchtenburg mit Delamünde zu Kahla, zu welchem das Justizamt Roda sammt den dortigen Patrimonialgerichten, und 3) das Kreisamt Eisenberg, zu welchem die darin einbezirkten Patrimonialgerichte gehören. Jedem Kreisamte steht ein Kreisamtmann vor, der mit dem Kreishauptmann in keiner näheren Geschäftsverbindung steht, als jedes andere Justizamt. Schließlich ist hier zu bemerken, daß die Sachwalter im Hggt. Altenb. in zwei Classen zerfallen, in Hofadvocaten, d. s. solche, welche bei allen Behörden des Landes practiciren dürfen, und in bloße Advocaten, denen nur vor den Untergerichten die Praxis gestattet ist. Da früherhin die Zahl der Hofadvocaten beschränkter war, so heißen die in diese beschränktere Zahl Aufgenommenen, welches gewöhnlich nach der Reihenfolge des Dienkalters geschieht, ordinäre Hofadvocaten. Sie haben einige Prærogativen vor den anderen, welche extraordinäre Hofadvocaten heißen. Für die Notarien besteht ein eigenes Gesetz vom 2. September 1811¹⁵⁾, das ihre, besonders neuerlich, seitdem auch bei den Patrimonialgerichten die Requisition derselben sehr beschränkt ist, beinahe bloß auf Acte der freiwilligen Gerichtsbarkeit im strengsten Sinne des Wortes und auf Protocollführung in gewissen Fällen sich erstreckende Thätigkeit regulirt. Noch kann nicht unerwähnt bleiben, daß in diesem gut und besonders sorgfältig verwalteten Lande auch die Armenanstalten zweckmäßig geordnet sind, und daß eine, verhältnißmäßig bedeutende, theils leitende, theils Fußgenössen dazumerte angestellt ist. Endlich war unter dem 16. Septbr. 1822 eine Medicinalcommission in Wirksamkeit getreten, welcher die Aufsicht über das gesammte Medicinalwesen des Landes oblag. Sie ist jedoch durch die Bekanntmachung der herzogl. Landesregierung vom 26. Febr. 1835 (Ges.-Samml. v. diesem Jahre S. 31.) aufgehoben und ihr Geschäftskreis der Landesregierung, unter Beigebung zweier Aerzte, als sachkundiger außerordentlicher Beisitzer, übertragen worden.

Die schon erwähnte Verfassungsurkunde ist eine der umständlichsten unter den auf Veranlassung des Jahres 1830 erschienenen. Sie verbreitet sich sehr detaillirt über die allgemeinen Rechte und Pflichten der Unterthanen (§. 38. ff.), erfordert zur Befähigung bei der Aufnahme in den Staatsverband (§. 42.) das Bekenntniß der christlichen Religion, sichert durch bestimmte Vorschriften den Rechtsschutz (§. 45. ff.), die Freiheit der Person (§. 51. ff.), die Sicherheit und Dispositionsrechte rücksichtlich des Eigenthums (§. 54. ff.), Anwartschaft auf öffentliche Aemter, das Recht der Verheurathung, Hausstandsbesitzung, Beschwerdeführung, der Presse, der Auswanderung und

15) S. Belf.-Samml. S. 514.

der Versorgung für den Fall der Hilfsbedürftigkeit (§. 61 ff.). Andererseits bestimmt sie genau die Pflichten der Staatsunterthanen gegen Landesherren, Geseze und Obrigkeit, sowie die Verpflichtung zur Theilnahme an den Staatslasten und am Waffendienste (§. 71 ff.). Auch die Staatsbürgerrechte, deren Erlangung und Verlust (§. 81 ff.), die Rechte und Pflichten der Forensen (§. 91 ff.), der temporären Unterthanen und Ausländer (§. 94 ff.), der Corporationen im Staate, namentlich der Dorf- und Stadtgemeinden (§. 99 ff.), insonderheit der darin volles Ortsbürgerrecht habenden und der Ausmärker und Schutzverwandten, sowie der Gemeinden, als Körperschaften, sind darin genau abgehandelt. Die vierte Abtheilung der Verfassungsurkunde hat die Kirchen, Schulen und milden Stiftungen zum Hauptgegenstande, namentlich das Verhältniß des Herzogs als Kirchen- und Staatsregenten, die Ausübung der Kirchengewalt unter Mitwirkung der Synoden durch das Consistorium und die Verwaltung des Vermögens der Kirchen, Schulen und milden Stiftungen (§. 128 ff.). Zuletzt behandelt dieses Gesez die Landstände (§. 162 ff.). Sie sind das verfassungsmäßige Organ der Gesammtheit der Unterthanen in dem Verhältniß zur Staatsregierung, werden aus den Classen der Rittergutsbesitzer, der Stadtbewohner und des Bauernstandes nach der, der Verfassungsurkunde in 59 Paragraphen angehängten Wahlordnung gewählt, bilden nur Eine Kammer und wirken gesezmäßig auf Berufung des Landesherren — jede andere Versammlung ist gesezwidrig — entweder bei einem allgemeinen Landtage — dieß regelmäßig alle 4 Jahre — oder durch die Landesdeputation. Sehr weise ist in der Verfassungsurkunde, an welcher (§. 266) nur im Einverständnisse des Landesherren mit der Landschaft etwas geändert werden kann, doch ausdrücklich darauf hingedeutet (§. 168), daß die in der Wahlordnung vorgeschriebene Geschäftsform „bis zur Erlangung anderweiter Erfahrungen und Erlassung eines anderen Gesezes provisorische Giltigkeit habe“. Staatsbürgerrecht, Volljährigkeit, christliche Religion und Unbescholtenheit des Rufes werden zur Wahlfähigkeit und Wählbarkeit, zu letzterer aber auch ein 25jähriges Alter, vorausgesezt (§. 169 ff.). Nur die Mitglieder des Geheimen Ministeriums können nicht Abgeordnete werden, wohl aber andere Beamte, denen die Erlaubniß hierzu ohne erhebliche, in dem Wesen des Amtes beruhende Gründe nicht versagt werden soll (§. 182.). Die Praxis dehnt dieß soweit aus, daß der jegige Regierungs-Vizepräsident und Kreishauptmann des altenburgischen Kreises zugleich Stellvertreter des Landschaftspräsidenten ist. Die Wahl der Abgeordneten erfolgt auf 12 Jahre und ein Drittel derselben erneuert sich nach jeder Landtagsauflösung (§. 174). Die Wahl der Abgeordneten der Rittergutsbesitzer geschieht durch Urwahl, die der Städte und des Bauernstandes durch indirecte Wahl, also durch Wahlmänner. Um unter Ersteren wählen zu können, ist der eigene Besiß eines landtagsfähigen Rittergutes oder die Eigenschaft eines Hauptbelehnten, Lehnsvormundes, oder eines Ehegatten oder 25jährigen Sohnes der Lehnsbesitzerin erforderlich; wählbar hingegen sind, im Falle ermangelnden eigenen Besißes eines landtagsfähigen Rittergutes, nur die beiden Letzteren; die Besizerinnen sowie

Ihre Lehntträger sind weder wählbar noch wahlfähig (§. 184 ff.). Eben so ist es rüchftlich der Hausbesitzerinnen unter dem Bürger- und Bauernstande. In den Städten ist, um an der Urwahl Theil nehmen zu können, stetiges Wohnrecht und eigener Hausstand und, beim Wohnsitz innerhalb der Stadt, die Entrichtung städtischer Abgaben, beim Wohnsitz in der Vorstadt die directer Steuern, mindestens der Schulfteuer erforderlich. Auf dem Lande concurriren bei der Wahl der Wahlmänner nur die Eigenthümer eines bäuerlichen Gutes, mindestens eines Hauses. Für die Wählbarkeit eines Abgeordneten vom Bürger- oder Bauernstande besteht ein nach den verschiedenen Orten und Aemtern verschieden festgesetzter Censur an Land-, Handels-, Grund- oder Viehsteuer. Derselbe wird aber zur Wählbarkeit der Mitglieder des Stadtrathes und der Stadtverordneten nicht erfordert (§. 190 ff.). Die Landstände sind im allgemeinen verpflichtet, die Interessen aller Classen und Stände zu vertreten und nicht das besondere Interesse ihres einzelnen Standes oder Bezirkes. Ohne ihre Zustimmung kann keine Veränderung der Gesetze über die Freiheit der Personen, das Eigenthum der Staatsangehörigen, die Grundverfassung und die Militäraushebung erfolgen. Sie müssen den Bedarf des Staates mit der Landesregierung erörtern und die Mittel zur Deckung der nöthig befundenen Ausgabeansätze verwilligen. Bei ermangelndem Einverständnis über den künftigen Finanzetat kann der Landesherr die zeitherigen Verwilligungen noch einmal auf Ein Jahr ausschreiben, innerhalb dessen die Verhandlungen zum Schlusse zu bringen sind. Verweigerung der Zustimmung von Seiten der Landschaft darf nur unter Anführung aller Gründe geschehen (§. 199 ff.). Bei anderen Gesetzen concurriren die Landstände nur consultativ; reglementarische Verfügungen zur Ausführung bestehender Gesetze, Verordnungen in Folge des Aufsichts- und Verwaltungsrechtes, polizeiliche Anordnungen, auch solche zur Sicherheit des Staates, bedürfen der ständischen Begutachtung nicht (§. 210 ff.). Mängel in der Verwaltung haben die Stände dem Landesherrn eben so anzuzeigen, als die Beschwerden einzelner Unterthanen, Corporationen und Orte bei ihm zu vermitteln, wenn nachgewiesen ist, daß man sich vorher ohne Erfolg an die geeigneten Landescollegien und zuletzt an die höchste Stelle gewendet hat. Zu Commissionen, durch außerordentliche, außer dem regelmäßigen Gange der Staatsverfassung liegende Ereignisse veranlaßt, wobei Geld- oder persönliche Leistungen der Unterthanen in Frage kommen, sollen ständische Abgeordnete als Mitglieder zugezogen werden (§. 215 ff.). Zum Schluß enthält die Verfassungsurkunde sehr umständliche Bestimmungen über die Art der Ausübung der landschaftlichen Thätigkeit, je nachdem sie auf Landtagen oder durch die Landesdeputation geschieht, und für den ersten Fall die Vorschriften über Berufung, Eröffnung, Geschäftsführung, Geschäftsform und Schluß des Landtages (§. 218 ff.). Die Landesdeputation, bestehend aus dem Präsidenten, dessen Gehülfen und 6 Mitgliedern, durch Stimmenmehrheit auf die Zeit von einem Landtage zum anderen gewählt, hilft die vom Landesherrn bestätigten Beschlüsse des Landtages, so weit es von landschaftlicher

Seite geschehen kann, in Vollzug setzen, vermittelt Finanzanstände und bereitet die Geschäfte der nächsten Versammlung vor, bringt verfassungswidrige Ereignisse zur Kenntniß des Landesherrn, besetzt die landschaftlichen Stellen bei dem Magdalenenstifte und der Carolinen-Löchterschule, wird vom Landesherrn, so oft er es nöthig erachtet, berufen, und kann vom Sinn und Zweck landschaftlicher Beschlüsse nur dann abweichen, wenn dazu durch das Vorkommen neuer Thatsachen eine nothwendige Veranlassung gegeben, nicht von mindestens drei Deputationsmitgliedern auf Befragung der ganzen Landschaft angetragen wird und Gefahr auf dem Verzuge haftet (§. 249 ff.).

Im Fall einer nicht auszugleichenden Differenz zwischen Regierung und Ständen über Auslegung einzelner Punkte der Verf.-Urk. tritt ein scheidrichterliches Verfahren nach Analogie der §§. 41—44 der Ober-Appellationsgerichtsordnung ein. Da indes diese Stelle eigentlich nur Streitigkeiten der Durchlauchtigsten, zum D.-U.-Gericht vereinten Höfe zum Gegenstande hat, so möchte deren Anwendung selbst wieder manchen Streitigkeiten unterworfen sein. Jeder Regierungsnachfolger erklärt bei seinem Regierungsantritte, daß er an das Grundgesetz gebunden sein wolle (§. 266). Die Erklärung des jetzigen Herzogs Joseph vom 29. September 1834¹⁶⁾ lautet so: „erklären Wir hiermit feierlich den Antritt dieser Uns von der göttlichen Vorsehung anvertrauten Regierung und sind entschlossen, solche als an das von Uns mit vollzogene Grundgesetz für das Herzogthum Altenburg vom 29. April 1831 gebunden zu üben und zu handhaben, wie von Uns zur Vollziehung des §. 266 dieser Verfassungs-Urkunde hierbei noch besonders erklärt und versichert wird.“

Von jeher haben die Beherrscher Altenburgs sich einer sorgfältigen und zur allgemeinen Kunde zweckmäßig eingerichteten Gesetzgebung befleißigt. Es sind daher, wenn auch Altenburg kein besonderes Landrecht hat, doch dessen Gesetze den Unterthanen weit zugänglicher, als in vielen andern, selbst sächsischen Ländern. Schon im Jahre 1705 erschien eine allgemeine Landesordnung, deren erster Theil: Von geistlichen Sachen, der zweite: Von weltlichen Sachen, überschrieben sind, und deren dritter Theil die, in den vorigen Theilen angezogenen und dazu gehörigen Beifügen enthält. Da diese Landesordnung successiv durch einzelne Gesetze ergänzt worden war, so wurde regierungswegen im Jahre 1750 eine „Sammlung verschiedener von Zeit der publicirten Landesordnung ergangener Gesetze“ zu Altenburg herausgegeben, welcher im Jahre 1775 die „Zweite Sammlung verschiedener, von Zeit der publicirten Landesordnung ergangener Gesetze“¹⁷⁾ und im Jahre 1820 die „Dritte Sammlung verschiedener Gesetze“¹⁷⁾ nachfolgten¹⁷⁾. Darin sind beinahe alle einzelnen

16) Ges.-Samml. von 1834, S. 207.

17) Die gewöhnliche Allegirmethode ist für die der Landesordnung im 3. Theile angehängten Beifügen: „Beifügen zur Landesordnung, Seite 2c.“ für die Beifügen von 1750: „1. Beifügensammlung, Seite 2c.“ für die beiden andern: „2. ober 3. Beifügensammlung, Seite 2c.“

bis zum Jahre 1820 im Herzogthume Altenburg erlassenen Gesetze enthalten. Seit 1821 erscheint nun jährlich eine Gesetzsammlung, welcher ein chronologisches Verzeichniß der Gesetze und ein alphabetisches Repertorium beigelegt sind, während auch jedes einzelne Gesetz als Beilage zum altenburgischen Amtsblatt ausgegeben wird. Unter den einzelnen größeren Gesetzen möchten besonders zu erwähnen sein: Die Wechselordnung von 1750, die Vormundschaftsordnung von 1785, das Lehnsmandat von 1795; unter den, nach den successiv gemachten Erfahrungen häufig veränderten Armengesetzen die noch bestehenden vom 27. März 1829, 10. Febr. 1830, 8. Sept. 1831, 6. Febr. 1832 und besonders das vom 9. August 1833, ingleichen die Constitution über die fleischlichen Verbrechen und den Kindermord vom 7. Juli 1823. Vorzügliche Sorgfalt wurde aber von jeher und so auch in neuerer Zeit auf die Prozeßgesetzgebung gewendet. Im Jahre 1744 wurde eine eigene „altenburgische Gerichts- und Prozeßordnung“ erlassen, welche in der Hauptsache der erläuterten und verbesserten kursächsischen Prozeßordnung von 1724 nachgebildet ist und deren Grundsätze adoptirt hat. Unter dem 7. April 1823 erschienen aber zwei Gesetze, wodurch mehrere bedeutende Lücken in der Prozeßgesetzgebung ausgefüllt wurden, nämlich das „Mandat, Erläuterungen und Zusätze zu der Prozeß- und Advocatenordnung enthaltend,“ und das „Gesetz über den unbestimmten summarischen Prozeß und das Rechnungsverfahren,“ dessen erster Abschnitt den unbestimmten summarischen Prozeß und darunter im XI. Titel besonders das Verfahren in Bagatellsachen, der 2te Abschnitt das Verfahren in Rechnungssachen behandelt. Ihnen folgte unter dem 27. Juni jenes Jahres die „Anordnung der Gerichts-, Sachwalter- und Notariatsgebühren.“ Der Gebrauch aller dieser Gesetze ist durch das im Jahre 1786 von Haberland und Schultes herausgegebene „Realrepertorium sämtlicher Gesetze des Herzogthums Altenburg“, und dessen, im Jahre 1836 von einem Neffen des ersten Mitherausgebers Schultes erfolgte Fortsetzung bis mit 1835 auf eine solche Art erleichtert worden, wie man dies in wenigen deutschen Ländern findet. Im übrigen gilt da, wo diese Specialgesetze nicht ausreichen, im Herzogthum Altenburg das gemeine Sachsen- und zuletzt subsidiarisch das gemeine deutsche Recht. Zur Erläuterung der Gesetze, welche seit 1832 erschienen sind, dienen, inwiefern diese Gesetze auf den Landtagen berathen werden, die zu jedem Landtage officiell ausgegebenen „Uebersichtlichen Mittheilungen und Nachrichten von der landständischen Thätigkeit des altenburger Landtages,“ rücksichtlich deren nur zu beklagen ist, daß in neuerer Zeit die Namen der Redner über die einzelnen Gegenstände nicht mit bekannt gemacht werden, und so das Land nicht erfährt, wem es manche einsichtige und heilbringende Bemerkung oder Motion verdankt.

Hat sich nach Allem diesen die Gesetzgebung des Landes vorzüglich auf das Prozeß-, Polizei-, Kirchen- und Schulwesen und auf einige Theile des Criminalrechtes geworfen, so enthält dieselbe in der That, mit Ausschluß dessen, was wir oben über die bäuerlichen Verhältnisse umständlich erwähnten, recht wenige Abweichungen vom ge-

meinen Eivilrechte und besonders vom gemeinen teutschen Privat-, namentlich vom gemeinen Sachsenrechte. Nur aphoristisch können wir Folgendes herausheben. Die Erbfolge beruht großentheils da, wo sie vom gemeinen Sachsenrechte abweicht, auf Observanz; nur die Stadtstatuten¹⁸⁾ machen davon bestimmte Ausnahmen; Gerade und Heergeräthe sind mit allen dießfalligen Gesetzen und Localstatuten abgeschafft¹⁹⁾. Das Repräsentationsrecht des römischen Rechtes ist, gegen die Grundsätze des Sachsenrechtes, wiewohl mit Berücksichtigung etwaigen Retorsionsrechtes, in Bezug auf Beerbung vollbürtiger Geschwister eingeführt²⁰⁾. Das Retorsionsrecht ist übrigens²¹⁾ in der Maaße festgestellt, daß, wenn in einem anderen Staate durch Gesetze oder besondere Verfügungen Fremde im allgemeinen, oder Altenburger insbesondere von den Vortheilen geselliger Privatrechte der dortigen Unterthanen ausgeschlossen sind, ein Erwiderungsrecht gegen letztere, wenn sie im Herzogthume verweilen, jedoch nur mit Genehmigung des Landesherrn, angewendet werden kann. Das Heimfallsrecht des Fiscus auf die Verlassenschaft der Ausländer, oder der zu ihren Gunsten hinterlassenen Erbschaften (droit d'Aubaine) ist rücksichtlich Frankreichs²²⁾ und der Krone beider Sicilien²³⁾ aufgehoben. Hinsichtlich der Testamente sind zu deren Aufnahme von schriftsfässigen und von solchen Personen, welche in schriftsfässigen Häusern wohnen, eben so von Geistlichen, die erbgerichtlichen Unterbehörden des Landes ermächtigt, müssen aber nach eingetretendem Tode des Testators die Testamente uneröffnet an die höhere competente Behörde einsenden²⁴⁾. Merkwürdig ist, daß ein Landesgesetz²⁵⁾ für den Fall der Verbreitung der cholera morbus in die herzoglich altenburgischen Lande ein privilegirtes Testament, ad modum testamenti tempore pestis conditi, eingeführt hat. Einheit der Handlung und besonderes Erbitten der Zeugen sind dabei nicht erforderlich, nur müssen diese unverdächtig und glaubhaft, mindestens 18 Jahre alt sein und durch Gesicht und Gehör sich von der Sache überzeugen; ein vom Testator geschriebenes und unterschriebenes Testament braucht blos zwei Zeugen übergeben zu werden, welche es längstens binnen 14 Tagen, nachdem der Ort für gereinigt erklärt ist, der nächsten Civilgerichtsobrigkeit übergeben sollen. Binnen halbjähriger Frist von dieser Zeit an muß der Testator, wenn er nicht an der Cholera gestorben ist, das Testament zurücknehmen oder

18) J. B. die Statuta der Stadt Altenburg, Anno 1725.

19) Bekanntmachung vom 12. Mai 1828. Gesefsammlung von diesem Jahre Seite 21.

20) Bekanntmachung vom 24. Juni 1829. Gesefsammlung von d. J. S. 27.

21) Grundgesetz vom 29. April 1831. §. 96. Gesefsammlung v. d. J. S. 101.

22) Gesetz vom 6. Nov. 1778. 3. Beif.-Samml. S. 452.

23) Conv. vom 30. Dec. 1818. Nachtrag zur 3. Beif.-Samml. S. 242.

24) Commissariate vom 4. Mai 1818 in dem angez. Nachtr. S. 233, und Regulativ v. 17. Juni 1783. §. 7.

25) Mandat v. 2. August 1832. Gesefsamml. v. d. J. S. 58.

auch für künftig gültig erklären. Fehlt die Erbeinsetzung darin, so tritt zwar Intestaterbfolge ein, das Testament gilt aber wie ein Intestaticodicill. Dies Privilegium wirkt, wenn ein Ort von der Polizeibehörde für angesteckt erklärt, oder wegen dringender Gefahr der Ansteckung außer Communication mit dem übrigen Lande gesetzt worden ist. Was den Nachlaß Abwesender anlangt, so werden die Edictalien²⁶⁾ schon nach Verfluß von 10 Jahren seit der letzten Nachricht über das Leben des Verschollenen erlassen und es wird, wenn sich Niemand in dem anberaumten Termine meldet, den darum nachsuchenden Verwandten das Vermögen ohne Cautionsleistung ausgeantwortet, dessen Stock sie nur dem Verschollenen, wenn er zurückkehrt, zurückgeben müssen. Alle sich später Meldenden sind ausgeschlossen. Doch müssen in jedem Falle, bevor das Präclusivdecret ertheilt wird, die Acten an das Landesjustizcollegium gesendet werden, um über die Zulässigkeit der Todeserklärung erst Resolution zu erhalten²⁷⁾. Die Militärpersonen, welche den Feldzügen von 1810—14 beigewohnt und sich bis zum 1. Januar 1818 nicht als zurückgekehrt gemeldet haben, wurden schon zu diesem Zeitpunkte für verschollen geachtet²⁸⁾. Die Ortsarmencasse ist Erbe jedes Almosenpercipienten. Dieser kann weder unter den Lebenden, noch auf den Todesfall über seinen Nachlaß disponiren²⁹⁾. Uneheliche Kinder haben auf den Nachlaß ihrer Mutter gleiche Ansprüche wie die ehelichen, auf den des Vaters aber, ungerechnet die für sich bestehenden Alimmente u. s. w., nur dann, und zwar zu $\frac{1}{2}$, wenn sie nicht in Blutschande erzeugt sind, wenn die Paternität des Vaters bei dessen Leben außer Zweifel gestellt wurde und wenn das uneheliche Kind ohne Descendenten oder Ascendenten und ohne Testament starb. Die übrigen $\frac{1}{2}$ fallen an seine gesetzlichen Erben. Der Vater des Unehelichen hat ein Erbrecht zu demselben Theile und unter denselben Bedingungen an ihn; seine Notherben, Ehefrau und Seitenverwandten haben aber am unehelichen Kinde gar kein Erbrecht³⁰⁾. Mantelkinder sind, selbst wenn die Lehenbriefe oder Familienverträge auf ehelich Geborene lauten, von dem Trauungsacte ihrer Eltern an für sich und, wenn sie diesen Act nicht erlebt hätten, für ihre legitimen Descendenten, gleich den in vollgültiger Ehe erzeugten Kindern, in Ritterlehengüter und Lehenstämme successionsfähig³¹⁾. Stirbt ein Findling mit Vermögen, aber ohne Nachkommen und Testament, so sind seine Erben die, welche ihn unentgeltlich aufgenommen und gepflegt haben, subsidiarisch an deren Stelle die Gemeinde³²⁾. Erben werden wegen persönlicher Verbindlichkeiten ihres Erblassers vor dessen Gerichtsstand so lange belangt, als

26) 2. Beif.-Samml. S. 283.

27) Edict v. 18. April 1831. §. 32. Gesefssamml. v. b. J. S. 27. und Bekanntmachung v. 19. Mai 1832. S. 51.

28) 3. Beif.-Samml. S. 518. Nachtrag dazu S. 232.

29) Gesefssamml. von 1833. S. 141 flg.

30) Gesefssamml. von 1823. S. 271—273.

31) Gesefssamml. von 1821. S. 32 flg.

32) Gesefssamml. von 1823. S. 306.

die Erbschaft ganz oder theilweise noch dort vorhanden und, wenn mehrere Erben sind, noch nicht getheilt ist. Erbschaftsklagen werden da, wo die Erbschaft sich befindet, erhoben, und zwar so, daß, wenn die Erbschaftstücke theils im Altenburgischen, theils in einem der Staaten sind, mit welchen über die Civilrechtspflege Convention besteht, der Kläger die Klage, ohne Rücksicht wo mehr oder weniger ist, theilen muß; doch werden alle Activforderungen und beweglichen Erbschaftsstücke, als am Wohnorte des Erblassers befindlich angesehen³³⁾. — Die oben erwähnte altenburgische Wechselordnung³⁴⁾ war in den Erfordernissen eines Wechsels so bestimmt, daß sie nur in den seltensten Fällen mit Effect angewendet werden konnte, indem beinahe nie (außer wenn ein altenburgischer Jurist dabei concurrirte) Wechsel so ausgestellt werden, wie darin erfordert wurde, „daß erne sie anders in hiesigem Fürstenthume gültig sein sollen.“ Namentlich wurde darin verlangt, daß allemal der Ort, wo die Zahlung geschehen soll, dann die Angabe, nicht nur von wem, sondern auch wie die Valuta empfangen worden, enthalten sei. Dieß ist durch ein Patent vom 24. Mai 1819³⁵⁾ in der Weise geändert, daß zur Rechtsbeständigkeit eines Wechsels nur erforderlich ist, daß er nach den Vorschriften des Landes oder des Ortes, wo er ausgestellt worden, abgefaßt sei, und es ist die Angabe darin, von wem und wie Valuta empfangen worden, sowie die Unter- und völlige Ausschreibung des Vornamens nicht mehr nothwendig. Uebrigens ist die Clausel: sub hypotheca honorum, nur von Mobilien und zwar bloß so weit gültig, als „das mobile insbesondere genennet worden“³⁶⁾. Ueberhaupt ist die bekannte Streitfrage wegen der Faustpfänder im Concurse durch die altenburgischen Gesetze³⁷⁾ dahin entschieden, daß der Pfandgläubiger binnen sächsischer Frist vom Ausflusse der Edictalien an, bei Verlust seines Rechtes, das Pfand ad depositum liefern muß und aus dessen Erlös seine Schuld, wenn sie sich sonst als richtig zeigt, vorzüglich und nach vor dem Locationsurtheil bezahlt werden soll. Hypotheken sind übrigens, nach der ausdrücklichen Vorschrift des Patents vom 20. Juni 1817³⁸⁾, nicht richtig, wenn sie auch nicht in das Consensbuch eingetragen, wenn die Unterpfandsgerechtigkeit nur gehörig reservirt und gerichtsz- und lehenherrlich bestätigt ist. Was die Münzsorten, in denen Verbindlichkeiten contractmäßig gewirkt werden können, anlangt, so ist die frühere Vorschrift, wonach Contracte sub poepa

33) Man vgl. das schultessische Realrepertorium unter dem Worte: Civilrechtspflege.

34) Sie befindet sich auch in der 3. Beif.-Samml. S. 425 und in Siegel's Corpus juris cambialis 1. Th. S. 179.

35) Nachtrag zur 3. Beif.-Samml. S. 246 fig.

36) Ebendaf. S. 429. §. 8.

37) 2. Beif.-Samml. S. 314. Buchst. e.

38) In dem erwähnten Nachtrage zur 3. Beif.-Samml. S. 228 gegen die nicht in Buchhandel gekommene, Ronneburg den 21. Januar 1815. L.....s. (Coffius) unterzeichnete Schrift: Eine mit gerichtz- und lehenherrlicher Gunst versehene, aber nicht in das Consensbuch eingetragene Hypothek hat keine Gültigkeit.

Nullitas nur auf valuationmäßigen Fuße abzuschließen waren, aufgehoben und festgesetzt worden, daß, wenn eine gewisse Gattung von mandatmäßigem Gelde im Contracte bestimmt ist, diese bestimmt geleistet, wenn hingegen bloß im allgemeinen auf mandatmäßiges Geld contrahirt ist, auch preussisches Geld, bis zu $\frac{1}{3}$ Thlr. incl., der Thaler zu 22 $\frac{1}{2}$ Gr. Conv., $\frac{1}{3}$ Stücke aber der Thaler zu 22 Gr. Conv., geringere Stücken jedoch gar nicht und eben so das preussische Geld bei den öffentlichen Cassen angenommen werden muß. Ist keine Münzsorte im Contracte bestimmt, so wird mandatmäßiges Geld (Conventionsgeld) verstanden³⁹⁾. — Die Geschlechtscuratel ist durch ein Gesetz vom 18. November 1836⁴⁰⁾ aufgehoben. Zur Erleichterung der Civilrechtspflege sind die schon erwähnten Conventionen mit Weimar = Eisenach laut Verordnung vom 18. August 1831⁴¹⁾, Preußen laut Verordnung vom 14. März 1832, den russischen Landen laut Verordnung vom 16. August desselben J.⁴²⁾, und Coburg = Gotha, laut Verordnung vom 15. März 1833⁴³⁾ abgeschlossen worden. Sie haben zum Gegenstande: die gegenseitige Rechtshilfe, gegenseitige Vollstreckung der Erkenntnisse, den Gerichtsstand bei der Widerklage (nämlich forum conventionis), der Provocationsklage (nämlich forum provocantis), den persönlichen Gerichtsstand besonders des *Quintus*, namentlich in Bezug auf Kinder unter väterlicher Gewalt, dann der Pächter, Studirenden, Dienstboten, Erben (s. oben), weiter den Gerichtsstand im Concurs, das forum rei sitae in Bezug auf Realklagen, possessorisches Rechtsmittel und actiones in rem scriptae, ferner den Gerichtsstand des Arrestes, des Contractes (mit besonderer Berücksichtigung der Wechselclausel: aller Orten zur Verfallszeit), und der Intervention, auch den Einfluß der verschiedenen Landesgesetze auf nicht streitige Rechtsfachen. Eine besondere Convention darüber, inwiefern Requisitionen zu deferiren sei, ist mit dem Großherzogthume Hessen unter dem 2. Mai 1818⁴⁴⁾ abgeschlossen worden. Diese betrifft auch die Criminalrechtspflege, rücksichtlich welcher zur Erleichterung der Criminalprozeßkosten, mit Schwarzburg = Sondershausen, laut Verordnung vom 17. Nov. 1821⁴⁵⁾, dem Königreiche Sachsen laut Verordn. v. 15. Nov. 1826⁴⁶⁾, Württemberg, laut Verordn. v. 3. Oct. 1828⁴⁷⁾, Bayern, laut Verordn. v. 16. Mai 1834⁴⁸⁾, Desterreich, laut Verordn. v. 21. Jan. 1835⁴⁹⁾, hiernächst aber zur

39) Edict vom 9. April 1821. Gesetzsamml. v. d. J. S. 10 fig.

40) Gesetzsamml. v. d. J. S. 83.

41) Gesetzsamml. v. d. J. S. 241.

42) Gesetzsamml. v. d. J. S. 28 u. 62.

43) Gesetzsamml. v. d. J. S. 89.

44) Nachtr. zur 3. Weis.-Samml. S. 234.

45) Gesetzsamml. v. d. J. S. 30.

46) Gesetzsamml. v. d. J. S. 48.

47) Gesetzsamml. v. d. J. S. 38.

48) Gesetzsamml. v. d. J. S. 123.

49) Gesetzsamml. v. d. J. S. 4.

Erleichterung der Criminalrechtspflege selbst mit Preußen ⁵⁰⁾, Weimar-Eisenach ⁵¹⁾, Schwarzburg-Rudolstadt ⁵²⁾, Reuß-Schleiz und Gera nebst Saalburg ⁵³⁾, Coburg-Gotha ⁵⁴⁾, auch Meiningen ⁵⁵⁾, Conventionen vorhanden sind. Sie haben besonders die Nichtauslieferung der Staatsunterthanen, die Vollstreckung der Urtheile über delicta communia bei zurückgekehrten Verbrechern, die Auslieferung entflohener Verbrecher eines anderen Staates und möglichste Niederschlagung der, den Staatscassen zur Last fallenden Kosten, zum Gegenstande. — Das wichtigste Gesetz im Criminalfach ist die schon oben erwähnte Constitution über die fleischlichen Verbrechen. Sie hat schon zur Zeit ihrer Erlassung (1823) die milden Grundsätze aufgestellt, welche nunmehr ziemlich allgemein sind, als Beschränkung der Untersuchung des Ehebruchs und der Nothzucht, ingleichen in gewisser Maße auch der Blutschande nur auf Anzeigen, die im Gesetze näher bestimmt sind (§. 16, 28, u. 31), ferner sehr milde Bestrafung, wenn gleich nicht gänzliche Straffreiheit der einfachen Schwächung (eine geringe Geld- oder Gefängnißstrafe von 1 Thlr. 6 Gr. oder viertägigem Gefängniß bis zu 6 Thlr. oder achttägigem Gefängniß für den 1. und 2. Fall §. 12.), besonders die Fürsorge für die Schwangere und deren Kind, wobei unter anderen der Grundsatz: plures constupratores tenentur in solidum (§. 59.), aufgestellt ist. Noch sind in Altenburg außer der Freiheitsberaubung auch andere Strafen üblich, z. B. Pranger und körperliche Züchtigung, vorzüglich bei Feld-, Garten- und Holzdiebstählen. Rückfichtlich der Forstverbrechen bestehen besondere Conventionen mit dem Königreiche Sachsen ⁵⁶⁾, der fürstlich reuß-plauenschen Regierung zu Gera ⁵⁷⁾ und mit Weimar ⁵⁸⁾, welche vorzüglich die gegenseitige Stellung der Forstverbrecher, die Nachfolge in das jenseitige Gebiet, dort zu veranstaltende Haussuchung und die Beitreibung der Kosten und Strafgeelder bezwecken. Die mit Preußen ⁵⁹⁾ darüber geschlossene Conventio hat dieß auch zum Gegenstande, jedoch mit Ausschluß alles dessen, was auf die gegenseitige Stellung der Verbrecher und deren Folgen Bezug hat. Disciplinar- und polizeiliche Strafen können die Landesregierung, Aemter, Patrimonialgerichte und Stadträthe, als Verwaltungsbehörden, bis zu jedem Betrage der gesetzlich ausgesprochenen Ahndung, hingegen bei nicht bestimmt ausgesprochenem Strafmaße

50) Nachtr. zur 3. Beif.-Samml. S. 248, und Gesetzsamml. von 1832. S. 35.

51) Gesetzsamml. v. 1822. S. 6. v. 1824. S. 7. v. 1831. S. 249. v. 1833. S. 215.

52) Gesetzsamml. v. 1832. S. 44.

53) Gesetzsamml. v. 1832. S. 70.

54) Gesetzsamml. v. 1833. S. 97.

55) Ebendas. S. 120.

56) Gesetzsamml. v. 1823. S. 333 fig.

57) Gesetzsamml. v. 1826. S. 19 fig.

58) Gesetzsamml. v. 1829. S. 36. Eine mit Coburg-Gotha im J. 1829 geschlossene ist nicht publicirt.

59) Gesetzsammlung v. 1825. S. 4 fig.

Die Landesregierung bis zu 14 Tagen bürgerlichem Gefängniß und 25 Thaler Geldbuße, die anderen genannten Behörden aber nur bis zu 4 Tagen Gefängniß oder 6 Thlr. Geldbuße erkennen. Bei allen höheren Strafen concurrirt das Justizcollegium. Gegen polizeiliche Straßensehle findet, wo nicht Gefahr auf dem Verzuge beruht, binnen 3 Tagen von der Eröffnung Recurs an die Landesregierung und an den Landesherrn statt ⁶⁰). Uebrigens darf kein Unterthan seinem ordentlichen Richter entzogen und keiner, außer aus gesetzmäßigen Gründen, verhaftet, in diesem Falle aber muß er, bei Vermeidung der Sachsenbuße für den säumigen Richter, längstens binnen dreimal 24 Stunden verhört werden. Nur in Fällen offener Empörung und thätigen Anstrebens gegen die Staatsgewalt dürfen außerordentliche Criminalgerichte oder Standgerichte angeordnet werden, jedoch bei minderer Dringlichkeit nur nach Einholung der Genehmigung der Landesdeputation ⁶¹). Ungewöhnliche Bestimmungen sind wenige zu treffen. Wir rechnen dahin den Begriff eines Pasquills, der auf jede beschwerende Anzeige, welche nicht die erforderlichen Beweismittel andeutet und mit Namensunterschrift versehen ist, ausgedehnt wird ⁶²), vorzüglich aber die Bestimmung der, freilich ohne Zustimmung der Stände erlassenen Kriegartikel für die Unterofficiere und gemeinen Soldaten vom 25. März 1837, Art. 38 ⁶³), daß an „dem todtten Körper“ derjenigen Militärs, welche sich der ihrer harrenden Strafe durch den Selbstmord entziehen, diese Strafe, „so weit es möglich und zur Abschreckung Anderer dienlich ist,“ vollzogen werden soll. Dieß ist um so befremdender, wenn man bedenkt, daß auch bei dem Militär noch körperliche Strafen ⁶⁴) stattfinden.

Duppeus.

Alter, Altersstufen A) nach römischem Rechte. Die wichtigsten Altersstufen, welche das römische Recht anerkennt, sind die Majorennität und Minorennität. Jene fängt mit der Vollendung des 25. Jahres an, diese bezeichnet das Alter unter 25 Jahren. Personen jenes Alters nennt man maiores viginti quinque annis, Volljährige; Personen dieses Alters nennt man minores viginti quinque annis, Minderjährige. Dieser Termin ist durch die lex Plaetoria eingeführt ¹), und die Volljährigkeit wird deshalb öfters legitima aetas genannt ²). Dieß Gesetz heißt daher bei Plautus auch lex quina vigenaria ³), und scheint die Minderjährigen in 3 Punkten allein begünstigt zu haben: a) in der Bestellung von Curatoren für dieselben aus bestimmten im Gesetze nahhaft gemachten Gründen ⁴); b) in

60) Gesesamml. v. 1831. S. 39 flg.

61) Ebd. S. 85 flg. und 87 flg.

62) Amtsblatt v. 1832. S. 79.

63) Gesesamml. v. d. F. S. 25.

64) Ebdas. Art. 3, 12, 33, 43, 45. S. 20 flg.

1) L. 2. Theod. Cod. de donationibus. (8. 12.)

2) L. 27. pr. D. de negotiis gestis. (3. 5.) Vergleiche Burchar di, die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand S. 202.

3) Plant. Pseud. 1. 3. vs. 68.

4) Capitol. im Leben des Marcus cap. 10.

der Verwerfung aller Stipulationen, wodurch Minderjährige verbindlich werden⁶⁾; c) in der Festsetzung gewisser Criminalstrafen auf den an den Minderjährigen verübten Betrug⁶⁾. Das Alter des Gesetzes ist uns unbekannt. Nur soviel läßt sich mit Gewißheit sagen, daß sie älter sein muß, als das Todesjahr des Plautus, da dieser Lustspieldichter im Pseudolus auf dasselbe anspielt. Auch der Name des Gesetzes ist bis in die neuesten Zeiten zweifelhaft gewesen. Manche nannten es *lex Laetoria*, manche *Plaetoria*. Doch ist wohl nur der letztere Name urkundlich begründet, da ihn die Steintafel von *Heraclea* enthält⁷⁾. Erst nach geraumer Zeit ging der von diesem Gesetze bestimmte Alterstermin in das prätorische Edict über, als Grundlage der in *integrum restitutio minorum*⁸⁾, und seit dieser Zeit sind die Vorrechte der Minderjährigen im röm. Rechte immer mehr und mehr ausgebildet worden. Der Grund derselben wird im allgemeinen darin gesetzt, daß der Wille Minderjähriger noch wenig fest sei, und daß sie deshalb der Beeinträchtigung von Seiten der Mitmenschen zu sehr ausgesetzt seien⁹⁾. — In der Minderjährigkeit unterscheidet man wiederum zwei Altersstufen, die *prima* und *secunda aetas*¹⁰⁾. Unter jener ist das Alter der Unmündigkeit, unter dieser das der Mündigkeit bis zum vollendeten 25. Jahre zu verstehen¹¹⁾. Da indess diese Eintheilung nur in Gesetzen Justinians und bei dessen Zeitgenossen vorkommt¹²⁾, und sich auch bei den Erklärern des Evangelium Luc. Kap. 12. ganz unzweideutig vorfindet, so scheint es fast, als ob dieselbe der christlichen Kirche entlehnt sei. — Nach einer anderen, jedenfalls älteren Ansicht unterscheidet man in der Minorennität folgende einzelne Altersstufen: 1) die *infantia* (das Kindesalter). *Infans* heißt nach der Ansicht der classischen Juristen jede Person, die noch nicht deutlich und verständlich reden kann¹³⁾. Deshalb werden die Ausdrücke *infans* und *is, qui fari non potest* in den angeführten Stellen synonym gebraucht. Die Beurtheilung des concreten Falles mußte mithin dem Urtheile des Richters anheim fallen. In den späteren kaiserlichen Constitutionen wird der Begriff *infans* nach den Jahren bestimmt, und jeder, welcher das 7. Jahr noch nicht erreicht hat, für *infans* er-

5) Priscianus gramm. lib. 8. p. 744. ed. Putsch. Plautus Pseud. 1. 3. vs. 68.

6) Cic. de Off. III. cap. 15., de Nat. Deor. III. cap. 30.

7) Tab. Heracl. Zeile 112. Vgl. Savigny von dem Schutze der Minderjährigen nach R. R. S. 6.

8) L. 1. §. 1. D. de minoribus XXV. annis. (4. 4.) Vgl. Burchardia. a. D. S. 209–214.

9) L. 1. pr. D. de minoribus viginti quinque annis. (4. 4.)

10) L. 30. C. de episcop. audient. (1. 4.) L. 10. C. de impub. subst. (6. 26.) L. 8. §. 1. u. 3. D. de bonis, quae liberis. (6. 61.) Nov. 72. praef.

11) Vgl. Schilling, Institutionen des R. R. Theil II. S. 139.

12) Interpp. ad. Theoph. paraph. III. 19. §. 9. tom. II. p. 651.

13) L. 30. §. 1. u. 2. D. de fideicomm. libert. (40. 5.) L. 65. §. 3. D. ad SC. Trebellianum. (36. 1.) L. 70. D. de verborum oblig. (45. 1.) Vgl. Unterholzner in Savigny's Zeitschrift für geschichtliche Rechtsw. Bd. 1. S. 44. flg.

achtet¹⁴⁾, wovon bei der Vormundschaft schon früherhin Spuren sich finden¹⁵⁾. Somit scheint also für das Justinianische Recht der Satz festzusehen, daß alle Personen unter 7 Jahren für infantus zu halten seien. Von dem Kindesalter nimmt man an, daß Personen, die darin sich befinden, keine Ueberlegung haben (nullum habent intellectum¹⁶⁾). Deshalb können sie auch keine Obligation eingehen, durch die sie verbindlich werden. Selbst dolus und culpa kann ihnen nicht zugerechnet werden. 2) *infantiae proximi* heißen nach der gewöhnlichen Meinung die, welche das Kindesalter überschritten haben, aber demselben noch näher stehen, als der Mündigkeit (*pubertas*). Da nun die Mündigkeit nach Justinianischem Rechte bei Männern mit dem vollendeten 14. Jahre, bei Weibern mit dem vollendeten 12. Jahre eintritt, so ist die Meinung entstanden, daß bei Männern der Endtermin der sogenannten *infantiae proximitas* das vollendete 10½ Jahr sei, bei Weibern aber das vollendete 9½ Jahr. Diese Meinung wird, ohngeachtet sie in die Praxis übergegangen ist, vollständig durch das Zeugniß des Theophilus widerlegt, welcher überhaupt junge Leute, die im siebenten und achten Lebensjahre stehen, zu den *infantiae proximi* rechnet¹⁷⁾. Von den *infantiae proximi* gilt dieselbe Regel, wie von den *infantes*, daß sie keine Ueberlegung haben¹⁸⁾. Mithin können sie auch sich nicht verbindlich machen; auch kann ihnen kein dolus und keine culpa zur Last gelegt werden. Doch ist es, wenn es sich um ihren Vortheil handelt, ein von den Juristen anerkannter Rechtsatz, daß sie alsdann nach den Regeln beurtheilt werden, welche von den *pubertati proximi* gelten. Wenigstens können sie sich etwas durch die Stipulation versprechen lassen¹⁹⁾. 3) *pubertati proximi* (auch *proximi pubertati*), heißen nach der gerichtlichen Meinung diejenigen, welche der Mündigkeit (*pubertas*) näher stehen, als dem Kindesalter (*infantia*). Somit rechnet man in diese Classe alle diejenigen, welche aufgehört haben, *infantiae proximi* zu sein, und doch die Mündigkeit noch nicht erreicht haben; also mit anderen Worten Männer vom 10½ Lebensjahre bis zur Vollendung des 14.; Weiber vom 9½ Lebensjahre bis zur Vollendung des 12. Allein auch diese Meinung scheint keineswegs in den Quellen begründet zu sein. Denn, obschon dieselben ausdrücklich sagen, daß die *pubertati proximi* älter seien, als die *infantiae proximi*²⁰⁾, was doch zweifelsohne schon aus der Zusammensetzung der Worte sich ergibt, so entscheiden sie doch nichts in Bezug auf die Annahme eines bestimmten Termines. Und es dürfte somit viel richtiger zu sein, wenn man die Beurtheilung dessen, ob das

14) L. 18. pr. C. de iure deliberandi. (6. 30.)

15) L. 1. §. 2. D. de administratione et periculo. (26. 7.)

16) §. 10. J. de inutilibus stipulationibus. (3. 20.)

17) Theoph. paraph. 3. 19. §. 9. tom. II. p. 651.

18) §. 10. J. 3. 20.

19) Theoph. paraphr. instit. 3. 19. §. 9. ed. Reitz tom. II. p. 652.

L. 70. D. 45. 1. L. 141. §. 2. D. ibid.

20) §. 10. J. 3. 20.

in Frage stehende *Indivisuum infantiae* oder *pubertati proximum* sei, dem Ermessen des Richters überläßt²¹⁾. Dem *proximus pubertati* schreibt man nicht allein die Fähigkeit deutlich und verständlich zu reden, sondern auch Ueberlegung zu²²⁾. Ja, es wird von ihm ausdrücklich gesagt, daß er sich gültiger Weise etwas durch Stipulation versprechen lassen kann²³⁾. Man nimmt auch an, daß er absichtlich schaden könne²⁴⁾; mithin kann ihm ein Diebstahl und eine Injurie, die er begeht, angerechnet werden²⁵⁾. Auch ist die *doli mali actio* gegen denselben zulässig, namentlich wenn er durch seinen *dolus* bereichert worden ist²⁶⁾. Dagegen ist es wohl schlechthin zu leugnen, daß die *pubertati proximi* für eine *culpa*, welche sie begangen haben, zurechnungsfähig seien. Denn davon schweigen eines Theiles die Justinianischen Rechtsquellen, anderen Theiles darf man aus der Regel: *proximi infantiae doli sunt capaces* nicht folgern, daß man denselben soviel Ueberlegung zutraue, als erfordert wird, um eine *culpa* zu vermeiden. 4) *Puberes* (Mündige) heißen diejenigen, welche die Jahre der körperlichen Reife erlangt haben. Im ältesten Rechte beurtheilte man dieß wohl nur nach dem Zustande des Körpers (*habitus corporis*); im späteren Rechte entspann sich bei der Beantwortung der Frage, welchen Einfluß der Eintritt der Pubertät auf die Pupillartutelage habe, ein Streit zwischen den beiden Juristenschulen, den *Cabinianern* und den *Proculianern*. Die Ersteren beurtheilten auch hier den Eintritt der Pubertät bei Männern nach der körperlichen Reife²⁷⁾, die Letzteren hingegen nach den Jahren, denn sie erklärten jeden Mann, welcher das 14. Jahr überschritten hat, für *pubes*. Andere endlich, unter welchen *Priscus* namentlich aufgeführt wird²⁸⁾, wollten die Pubertät nicht allein nach dem Eintritte der körperlichen Reife, sondern auch nach den Jahren beurtheilt wissen. Denn sie stellten den Satz auf: *pubes* ist nur der Mann, der das 14. Jahr vollendet, und die körperliche Reife erlangt hat²⁹⁾. Diese Meinungsverschiedenheit ist im Justinianischen Rechte dahin entschieden, daß man nur auf die Anzahl der Jahre zu sehen habe. Mit-

21) Vergl. *Averani interpr. iuris civilis* II. cap. 14. §. 1.

22) *Theoph.* 3. 19. §. 9. tom. II. p. 652. L. 14. D. de *SC. Siliano*. (29. 5.)

23) Vergl. die Stellen der Note 19.

24) L. 13. §. 1. D. de *dolo malo*. (4. 3.) L. 4. §. 26. D. de *doli mali et metus exceptione*. (44. 4.) *Julianus* — scripsit, *doli pupillos, qui prope pubertatem sint, capaces esse*.

25) L. 3. D. de *R. I.* (50. 17.) §. 18. J. de *obligationibus, quae ex delicto*. (4. 1.)

26) L. 13. §. 1. D. de *dolo malo*. (4. 3.)

27) *Caius inst.* 1. §. 106. *Ulp. Fragm.* 11. §. 28.

28) *Ulp. Fr.* 11. §. 28.

29) *Ulp. Fr.* 11. §. 28. *Pr. Inst. quibus modis tut.* (1. 22.) *Theoph.* par. 1. 22. pr. tom. I. p. 173. *Servius ad Virgil. eclog.* 8. vs. 39. u. ad *Aen.* 7. vs. 57. *Caius inst.* I. §. 40. II. §. 113. *Papilli S. R.* III. 4. a. §. 1. L. 5. D. *qui test. fac.* (28. 1.) L. 4. C. *qui test. fac.* (6. 22.) Vergl. *Zimmern, Rechtsgeschichte* Th. 1. S. 430.

hin ist jeder Mann, welcher das 14. Jahr vollendet hat, für pubes zu halten³⁰⁾. Indessen läßt sich wohl annehmen, daß man auch schon frühzeitig diese Meinung bei der Testamentsmündigkeit und der Pupillarsubstitution³¹⁾ ziemlich allgemein befolgt habe. Durch die Beschränkung der Mündigkeit auf eine bestimmte Anzahl Jahre ist nun zugleich die ältere Art und Weise, wie man die Pubertät zu beweisen pflegte, nämlich die inspectio corporis, für immer aufgehoben worden³²⁾. Bei den spadones verlegte man schon zeitig den Eintritt der Pubertät auf den längsten Termin, d. h. auf das vollendete 18. Jahr³³⁾. Was den Eintritt der körperlichen Reife bei den Frauen anbetrifft, so scheint man denselben von jeher nach den Jahren bestimmt zu haben. Wenigstens sagen die Rechtsquellen alle einstimmig, daß man jedes Mädchen vom vollendeten 12. Jahre an gerechnet für pubes gehalten habe³⁴⁾. Diese Ansicht scheint uralt zu sein, doch ist es wohl falsch, daß sie wenigstens in Bezug auf die Ehe bereits von *Numa Pompilius* sanctionirt worden sei³⁵⁾. Somit scheint sich die Meinung her zu erbleigen, welche auch bei den Frauen in den früheren Zeiten eine inspectio corporis zum Beweise der Pubertät für nothwendig hielten. Die neueren Rechtsgelehrten bezeichnen das Alter, in welchem die körperliche Reife eintritt, mit dem Namen *minus plena pubertas*, die Römer nennen es kurzweg *pubertas*³⁶⁾. Die allgemeine Bezeichnung für Menschen, welche dieses Alter erreicht haben, ist *puberes*³⁷⁾. Doch wird dieselbe auch namentlich auf Männer allein bezogen, im Gegensatz solcher Ausdrücke, womit man mannbare Frauen insbesondere bezeichnet, z. B. *viripotens*. Alle Menschen, welche dieß Alter noch nicht erreicht haben, heißen *impuberes*, und, wenn sie Frauen sind, auch *nondum viripotentes*³⁸⁾; *pupilli* aber heißen sie in der Rechtssprache nur dann, wenn sie *impuberes sui iuris* sind³⁹⁾. Die Wirkungen der Pubertät zeigen sich namentlich in der Befugniß eine

30) L. 3. Cod. quando tutores esse desin. (5. 60.) Pr. Inst. 1. 22. L. 24. C. de nuptiis. (5. 4.)

31) L. 15. D. de vulgari et pupillari substitutione. (28. 6.) L. 2. pr. D. ibid.

32) L. 3. Cod. 5. 60.

33) *Pauli S. R. III. 4. a. §. 2.*

34) *Caius inst. II. §. 113. L. 5. D. qui testamenta facere possunt. (28. 1.) L. 2. pr. D. de vulg. et pup. subst. (28. 6.) L. 4. D. de ritu nuptiarum. (23. 2.) L. 32. §. 27. D. de donationibus inter virum et uxorem. (24. 1.) L. 12. §. 2. D. de tutor. et curat. datis ab his. (26. 5.) L. 3. C. quando tutores vel curatores esse desinant. (5. 60.) Theoph. inst. 1. 22. pr. tom. I. p. 174.*

35) Vergl. *Dürfen*, Versuche zur Kritik und Auslegung der Quellen des röm. Rechtes. S. 308.

36) Pr. J. 1. 22.

37) *Ulp. Fr. 8. §. 5, 11. §. 1. Ulp. Fr. 5. §. 2. Vergl. L. 1. §. 32. D. de SC. Silan. (29. 5.)*

38) L. 1. §. 32. D. 29. 5.

39) L. 329. D. de V. S. (50. 16.) *Caius inst. 1. §. 182. Ulp. Fr. 11. §. 18. etc.*

giltige Ehe eingugehen, ein Testament zu errichten, in der Befreiung von der Pupillartutel und in der Vernichtung aller Wirkungen der Pupillarsubstitution. 5) Die plena pubertas, d. h. ein Alter von 18. zurückgelegten Lebensjahren. Die Stellen, in welchen dieser Kunstausdruck vorkommt, deuten aber nicht sowohl auf die ersten 18 Lebensjahre, sondern beschränken ihn nur auf ein relatives Altersein⁴⁰⁾. Das 18. Lebensjahr wird im römischen Rechte in folgenden Beziehungen berücksichtigt: 1) bei der Adoption muß der Adoptivvater wenigstens 18 Jahr älter sein, als der Adoptivsohn⁴¹⁾. Und gerade in dieser Beziehung wird dieß Alter plena pubertas genannt; 2) die Pubertät der spadones wird vom vollendeten 18. Jahre an datirt⁴²⁾; 3) zur Ausübung des Richteramtes wird von Seiten des Richters wenigstens ein Alter von 18 Jahren verlangt⁴³⁾; 4) alle Contracte sollen gültig sein, welche Männer von 18 Jahren zu dem Zwecke abgeschlossen haben, um ihre, in der feindlichen Gefangenschaft befindlichen Eltern loszukaufen⁴⁴⁾; 5) Kindern, welche ihre in der feindlichen Gefangenschaft befindlichen Eltern auszulösen verabsäumt haben, kann dieß erst dann als Enterbungsgrund von Seiten der Eltern angerechnet werden, wenn sie das 18. Jahr überschritten haben⁴⁵⁾; 6) der Termin, bis zu welchem den Kindern, welche in den öffentlichen Waisenhäusern erzogen werden, Alimente verabreicht werden, ist nach einer Constitution Hadrian's bei Männern das vollendete 18., bei Frauen das vollendete 14. Jahr⁴⁶⁾. 7) Wenn Jemandem der Unterhalt bis zur Pubertät hinterlassen ist, so versteht man diesen Termin nicht von der sogenannten *maius plena pubertas*, sondern man dehnt ihn durch Interpretation bei Männern auf das vollendete 18., bei Frauen auf das vollendete 14. Jahr aus, und dieß nach einer Constitution des Caracalla⁴⁷⁾. Soviel sieht also nach den angeführten Zeugnissen fest, daß die Vollendung des 14. Jahres nicht ausdrücklich für den Termin der plena pubertas bei Frauen erklärt wird; denn die gelegentliche Erwähnung desselben bei der Lehre von dem Vermächtnisse des Unterhaltes hat offenbar in einer positiven Bestimmung ihren Grund. Und es widerlegt sich dadurch die Meinung der Practiker, welche die plena pubertas bei Männern mit dem vollendeten 18. Lebensjahre, bei Frauen mit dem vollendeten 14. Jahre eintreten lassen. — In der Majorennität unterscheidet das römische Recht keine Altersstufen, außer der *senectus* (Greisenalter). An vielen Stellen wird die *seno-*

40) L. 40. §. 1. D. de adoptionibus. (1. 7.) §. 4. J. de adoptionibus. (1. 11.) Theoph. *ibid.* tom. 1. p. 115.

41) L. 40. §. 1. D. 1. 7. §. 4. J. 1. 11.

42) Pauli S. R. III. 4. a. §. 2.

43) L. 57. D. de re iudicata. (42. 1.)

44) Nov. 115. cap. 3. §. 13.

45) Nov. 115. cap. 3. §. 13.

46) L. 14. §. 1. D. de alimentis vel cibariis legatis. (34. 1.)

47) L. 14. §. 1. D. 34. 1.

das nicht unbestimmt im Gegensatze des jüngeren Alters bezeichnet⁴⁸⁾. In manchen Beziehungen kommt ein bestimmter Alterstermin für dieselbe vor. Denn das vollendete 70. Jahr befreit von der Uebernahme von Vormundschaften, ohne Unterschied, ob sie eine tutela oder eine cura ist⁴⁹⁾, und von allen übrigen munera civilia⁵⁰⁾. Und in anderen Stellen wird gerade in Beziehung darauf dieß Alter senectus genannt⁵¹⁾. Doch ist auch dieß nicht ganz außer Zweifel, da eine andere Stelle des Justinianischen Codex zur Befreiung von den munera civilia schon ein Alter von 55 Jahren für hinreichend erklärt⁵²⁾. Daraus haben Manche geschlossen, daß, da diese Constitution das jüngste von allen Gesetzen ist, die von dieser Excusation bei munera civilia reden, im neueren römischen Rechte schon die Vollendung des 55. Jahres von der Uebernahme aller munera civilia befreie. Sodann wird die Befreiung von der Uebernahme des Decurionats auf das vollendete 55. Jahr verlegt⁵³⁾. Endlich wird an anderen Stellen behauptet, daß keinerlei Alter von der Uebernahme der sogenannten honores (Ehrentämter) befreie⁵⁴⁾.

Seimbach.

B) nach deutschem Rechte. Schon das alte Recht kennt Abstufungen des menschlichen Lebensalters, doch ist in Rücksicht der einzelnen Zeitabschnitte keine völlige Uebereinstimmung, was sich zum Theil daraus erklären läßt, daß man jene ursprünglich nicht nach Jahren, sondern nach gewissen Kennzeichen körperlicher oder geistiger Reife bestimmte¹⁾. Bis zum 7. oder 8. Jahre ist man Kind, von da an tritt man in seine halben Rechte, z. B. wegen des Bergeldes, wegen persönlicher Abgaben bei Leibeigenen. Die meisten älteren Quellen²⁾ nehmen dann die Großjährigkeit schon mit dem erfüllten 12. Jahre an, so daß man mit diesem Alter, so weit es die geistige und körperliche Reife zuließ, als völlig rechtsfähig erschien. Man hatte nicht nur die volle Dispositionsfähigkeit, sondern konnte auch Eide ablegen, eine Ehe eingehen, mußte dagegen auch Kriegsdienste leisten, dem Gerüste folgen, und Bürger in den Städten werden. Durch das Hinzufügen der Zeit von Jahr und Tag bildete sich die Lehensmündigkeit von 13 J. 6 Wochen 3 Tagen³⁾. Häufig setzte man

48) L. 15. D. de fideicomm. lib. (40. 5.)

49) §. 13. J. de excus. tut. (1. 25.) L. 2. pr. D. de excusationibus. (27. 1.) L. 3. D. de iure immunitatis. (50. 6.) L. un. Cod. qui aetate. (5. 68.) Vergl. E h i v a u t im Archive für civil. Praxis Band 8. S. 84. u. f.

50) L. 2. §. 8. D. de decurionibus. (50. 2.) L. 1. §. 3. D. de vacatione. (50. 5.) L. 2. §. 1. D. ibid. L. 3. D. 50. 6.

51) L. 3. pr. D. 50. 6.

52) L. 3. C. qui aetate vel professione. (10. 49.) Die Lesart bestärkt auch (Pseudo) Eustathius contra ed. Zachariae p. 238. not. 69.

53) L. 2. §. 8. D. 50. 2. L. 11. D. ibid.

54) L. 2. §. 8. D. 50. 2. L. 2. §. 1. D. 50. 5. L. 8. pr. D. ibid.

1) Sachsensp. I. a. 42.

2) S. K r a u t, die Vormundtschaft nach den Grundfragen des deutschen Rechtes 1835, Th. 1. S. 111 ffg.

3) Sächs. Lehenr. a. 28.

jedoch den halben Zeitraum der gedachten Unmündigkeitszeit der Großjährigkeit noch hinzu, so daß dieselbe oft mit dem 18. Jahre angenommen wurde. Auch war es rechtens, daß der Großjährige noch unter dem Mundium bleiben konnte, und zwar bis zum 21. Jahre. Der gewöhnlichen Ansicht zu Folge soll aber das 12. Jahr nur einen der römischen pubertas ähnlichen Abschnitt bezeichnet haben, und die Großjährigkeit auch in der früheren Zeit erst mit dem 21. Jahre eingetreten sein. Nach dem Sachsenspiegel⁴⁾, und überhaupt nach dem späteren Rechte war es sogar Regel geworden, daß die Vormundschaft bis zu dem 21. Jahre, oder auch nach Aufnahme des römischen Rechtes bis zum 25. Jahre dauerte. Uebrigens bezeichnen die Quellen das Alter von 12 Jahren durch den Ausdruck „zu seinen Jahren kommen“, und das der Großjährigkeit von 21. Jahren mit den Worten „zu seinen Tagen kommen“, doch ist nicht allemal mit Sicherheit aus diesen Bezeichnungen auf das gedachte Alter zu schließen⁵⁾. Wenn auch heutzutage über Alter und Altersstufen gemeinrechtlich die Grundsätze des römischen Rechtes gelten, so haben sich doch in einzelnen Staaten, namentlich in Sachsen, die einheimischen Bestimmungen erhalten, oder es haben auch neuere Gesetze, um den Großjährigkeitstermin auf eine unseren Verhältnissen entsprechende Weise festzusetzen, einen früheren Lebensabschnitt als den des römischen Rechtes, z. B. in Bayern und Baden das 21., in Preußen das 24. Jahr, angenommen⁶⁾. Auch kennt man eine besondere Eides- und Testamentsmündigkeit, sowie dann wieder für die Ausübung gewisser politischer Rechte ein höheres Lebensalter als das der landesgesetzlichen Großjährigkeit verlangt wird.

Amtsverbrechen und Amtsvergehen, Dienstverbrechen und Dienstvergehen, im allgemeinsten Sinne, sind alle strafbaren Verletzungen der, einem öffentlichen Beamten oder Amtscandidaten in Hinsicht des von ihm verwalteten oder bezüglich zu verwaltenden Amtes obliegenden Pflichten¹⁾. Im engeren Sinne sind blos Beamte das Subject und ist nur Verletzung der wirklichen Amtspflichten das Object der Verbrechen. Nur strafbare Pflichtverletzungen characterisiren diese Verbrechen und Vergehen; denn nicht alle Amtswidrigkeiten fallen in diese Kategorie, vielmehr haben die letzteren im allgemeinen nur privatrechtliche Folgen²⁾. Erst durch die Strafbarkeit erhalten sie jenen Character. Diese Strafbarkeit aber gründet sich entweder auf ein förmliches Criminalstrafgesetz — Amtsz- oder Dienstverbrechen, oder

4) I. a. 42.

5) Kraut S. 145.

6) Mittermaier, Grundsätze des deutschen Privatrechtes, fünfte Ausgabe §. 44.

1) Wir müssen gegenwärtige Definition im Einverständnis mit der Mehrzahl der Rechtslehrer, welche zu diesem Verbrechen auch die eigentliche Amtserfleichung rechnet, so weit fassen. Man vergl. übrigens Bauer, Lehrbuch des Strafrechtes §. 370.

2) Feuerbach, Lehrbuch des peinlichen Rechtes, §. 477.

blos auf die Disciplinargewalt der Vorgesetzten, d. i. auf die Befugniß, Untergebene durch Strafen zur Beobachtung ihrer, rücksichtlich ihres Amtes ihnen besonders vorgeschriebenen Schuldigkeit anzuhalten. — Amts- oder Dienst- oder Disciplinarvergehen, Amts- oder Dienst- excessse³⁾. Die Androhung der Strafe für ein Amtsverbrechen kann aber eben sowohl durch ausdrückliche gesetzliche Bestimmung, als vermöge der Gesetzesanalogie geschehen⁴⁾. Landesgesetze und Gerichtsbrauch bestätigen dieß und die Lage der Gesetzgebung in Teutschland machte es nothwendig. Denn unser einheimisches gemeines Recht ist in dieser Beziehung so höchst dürftig, daß die Nothwendigkeit der Bildung eines Gerichtsbrauches von selbst hervortrat. Nur die peinliche Gerichtsordnung im 61. und 180. Artikel⁵⁾ enthält eigentlich allgemein anwendbare Grundsätze, jedoch nur in Bezug auf den Mißbrauch der nun auch obsoleten Tortur und in Bezug auf Beförderung der Flucht peinlicher Gefangener durch die Gefangenwärter. Die Vorschriften der übrigen Reichsgesetze⁶⁾ beziehen sich in der Hauptsache nur auf die ebenfalls nicht mehr existirenden Reichsämter, während die früheren römischen Gesetze sogar schon in die Justinianische Gesetzsammlung in veränderter Form übergingen und bei der Verschiedenheit der Verhältnisse der jetzigen und der römischen Staatsdiener nur eine höchst beschränkte Anwendung leiden⁷⁾. Daher möchte auch die Eintheilung der älteren Rechtslehrer in Amtsverbrechen, welche in den Gesetzen benannt sind, *delicta nominata*, wohin man Amterschleichung, Amtsmißbrauch und Cassenveruntreuung rechnet, und in unbenannte Amtsverbrechen, *delicta innominata*, nicht ganz zu mißbilligen sein. Nur dürfen die letzteren nicht über die Gebühr aus-

3) Nicht ganz übereinstimmend mit *Bauer a. a. D.*, wohl aber entsprechend den Grundsätzen des canonischen Rechtes (*Böhmeri jus eccles. prot. tom. V. lib. V. tit. 31. §. 27.*), welchem die Beamtenhierarchie ihre Disciplinargrundsätze in der Hauptsache verdankt. Man vgl. d. Art. Disciplinarsachen im 26. Bande der Ersch-Gruberischen Encyclopädie.

4) Zuerst führte dieß aus *Leyser medit. ad. D. Vol. VIII. med. 571.* Ihm folgte *Koch institut. jur. crim. §. 629—632.* und dann die mehresten Neueren. Darüber s. *Bauer a. a. D. Note b.* Dagegen spricht *Feuerbach* im Lehrbuche des peinlichen Rechtes §. 477. Note b.

5) Uebereinstimmend mit *Henke*, Handbuch des Criminalrechtes und der Criminalpolitik, 3. Th. S. 481, doch gegen *Martin*, Lehrbuch des Criminalrechtes §. 217. Note 7., welcher auch die Art. 111. a. E. 115 und 184. hierher zieht, deren erster a. E. aber gegen den Münzherrn, also nicht gegen einen öffentlichen Beamten, die letzteren gegen Procuratoren und Aerzte gerichtet sind, welche damals noch nicht als öffentlich angestellte Personen betrachtet werden konnten.

6) *R. Polizei-Ordn. von 1577. Tit. 1. §. 6. Tit. 17. §. 8. Tit. 18. §. 6—8. Tit. 32. §. 3. a. E. Tit. 35. §. 4. Landfr. v. 1548. Tit. 29. §. 3. u. 4.*

7) *Martin* und *Henke a. a. D.* Die Particulargesetzgebung ist in dieser Beziehung thätig gewesen, z. B. preuß. Landrecht Th. II. Tit. 20. §. 366. flg., bayer. Strafgesetzbuch Art. 351. flg. Einzelnes darüber findet sich auch in den verschiedenen Staatsdienergesetzen, z. B. im königlich sächsischen v. 7. März 1835, dann in Particulargesetzen über einzelne Amtsverbrechen, z. B. Cassenveruntreuung. Dahin gehören die in der 157. Note angegebenen Gesetze.

gehört werden ⁸⁾. Nicht aber bloß die Verletzung der durch das Amt dem Beamten auferlegten, sondern aller in Hinsicht des Amtes dem Beamten und Amtscandidaten obliegenden Pflichten begründet diese Verbrechen, inwiefern man dazu, die Amterschleichung im engeren Sinne (s. w. u.), von Seiten eines Amtscandidaten begangen, rechnet. Denn dieses Verbrechen wird zu Schulden gebracht, noch ehe der nachmalige Beamte das Amt erhalten hat, mittelst desselben wird folglich nicht eine erst durch das Amt auferlegte Pflicht verletzt ⁹⁾. Eben deshalb theilt man aber auch die strafbaren Handlungen der Beamten in gemeine Verbrechen (*delicta communia*), wobei die amtliche Stellung des Beamten gar nicht concurrirt, und in Verbrechen im Amte (*franz. forfaits*), welche in unmittelbarem Zusammenhange mit dem Amte stehen. Diese letzteren zerfallen wieder in gemeine Verbrechen im Amte, d. s. allgemeine, von jedem Unterthan möglicher Weise zu begehende Verbrechen, deren sich der Beamte in Bezug auf sein Amt und auf Veranlassung desselben schuldig gemacht hat, und in eigentliche Amtsverbrechen, d. s. solche, wodurch ein Beamter die ihm speciell obliegenden Amtspflichten verletzt. Nur diese sind eigentlich Gegenstand des vorliegenden Artikels, inwiefern er gemeinschaftliche Grundsätze enthält. Von den gemeinen Verbrechen der Beamten ist hier bloß zu bemerken, daß, wenn sie zu den schwereren und infamirenden gehören, neben der allgemeinen gesetzlichen Strafe, Dienstentsetzung für immer nach gemeinem Rechte ihre unausbleibliche Folge ¹⁰⁾ sein soll. Eine *reservatio famae* und also ein Vorbehalt des Amtes kann um der Würde des letzteren willen nur Folge der Verkennung der ganzen Verhältnisse sein ¹¹⁾. Jene Amtsverbrechen im engeren Sinne sind entweder gemeine Amtsverbrechen der Beamten aller Art, oder besondere gewisser öffentlicher, z. B. Justiz- Militair- Rechnungs- u. s. w. Beamten ¹²⁾. Sie können sowohl durch Begehungs- als durch Unterlassungshandlungen zu Schulden gebracht werden. Uebrigens giebt es Amtsverbrechen und Vergehen sowohl bei den zur Verwaltung der Staatsho-

8) Man vergl. Bauer a. a. D. §. 371. Note a. und Heffter in der nachstehend, Note 13, angezogenen Abhandlung §. 9. (Arch. 13. Bd. 1. St. S. 71.)

9) Manche, z. B. Bauer a. a. D. §. 375. Note halten dieß daher, und zwar in gewisser Beziehung wohl logisch richtiger, für ein gemeines Verbrechen, gegen Martin a. a. D. §. 218. u. A.

10) L. 12. C. de dignitatibus. (12. 1.)

11) Heffter in der nachstehend, Note 13. angeführten Abhandl. §. 5. (Arch. 13. Bd. 1. St. S. 61.)

12) Die besondern Militairverbrechen sind einem eigenen Artikel vorbehalten, zumal, inwiefern von den Vorschriften des gemeinen Rechtes die Rede ist, diese in vorliegender Materie, wegen der, seit Erlassung der darauf bezüglichen Gesetze ganz veränderten Militairverfassung, rein als Antiquität erscheinen. Martin a. a. D. §. 232. Bauer a. a. D. §. 375. Note a. Daher dürfte auch der Versuch Feuerbachs zu Darstellung des gemeinen Rechtes über Militairverbrechen (a. a. D. §. 486. fig.) wenigstens nicht als practisch gelungen angesehen sein.

beistehende förmlich angestellten eigentlichen Staatsdienern, als bei den uneigentlichen Beamten, sogenannten patentirten Staatsdienern im engeren Sinne, welche nur zu Ausübung gewisser, durch die Bedürfnisse der Unterthanen nöthiger und nur auf der Letzteren Wunsch ausübender Functionen autorisirt und verpflichtet sind, z. B. Aerzten, Advocaten, verpflichteten Malern, Wechsel- und Waaren-Sensalen u. s. w. und eben sowohl bei mittelbaren als bei unmittelbaren Staatsbeamten¹³⁾. Nicht anwendbar ist dieser Begriff auf die Verbrechen und Vergehen der bloßen Hofdienerschaft. Dagegen findet er statt bei denjenigen Kirchen- und Schuldienern, welche bei einer bestehenden öffentlichen Kirche oder Schule eine bestimmte Function (officium) haben¹⁴⁾. Nach den Grundsätzen des katholischen Kirchenrechtes, namentlich der tridentinischen Kirchenversammlung¹⁵⁾, sind in der Regel nur solche Kirchendiener, welche majoris ordinis sind (s. Ordination) und nicht bloß die prima tonsura erhalten haben¹⁶⁾, eigentlicher Amtsverbrechen und Vergehen fähig. Dennoch rechnen die Protestanten neuerer Zeit auch die Schullehrer und andere Kirchenbeamten, z. B. Kirchenväter, Kirchenvorsteher, Kirchkastner u. s. w., selbst gegen die Ansichten früherer protestantischer Kirchenrechtslehrer¹⁷⁾, zu diesen Kirchendienern¹⁸⁾. In gegenwärtigem Artikel können jedoch Kirchen- und Schuldiener nur ganz im allgemeinen und so weit die allgemeinen Principien über Amtsverbrechen auf sie Anwendung finden, berücksichtigt werden. Inwiefern hingegen die besonderen Grundsätze des Kirchenrechtes bei ihnen eingreifen, namentlich rücksichtlich der einzelnen Verbrechen der Kirchen- und Schuldiener, ist die Erörterung für besondere Artikel zu reserviren (s. Simonie, Kirchen- und Schuldiener). Ob und inwiefern die Rabbiner als öffentliche Beamte anzusehen sind, hängt von den Sitten ab, die dem jüdischen Cultus an den verschiedenen Orten eingeräumt werden¹⁹⁾.

Daß in der Staatshoheit neben dem Rechte zur Anordnung und Besetzung der Staatsämter, auch das Oberaufsichtsrecht über die Staatsdiener und eine dießfallige Disciplinargewalt begründet ist; dieß bedarf keiner weiteren Ausführung. Eben so ist es unbestritten, daß die niedere oder bloß corrective Disciplin, welche sich darauf beschränkt,

13) Ueber diese Eintheilungen, s. Heffter über Verbrechen und Disciplinarvergehungen der Staats- und Kirchendiener, im neuen Archive des Criminalrechtes, 13. Bd. 1. Stück S. 49, und Schmid, Lehrbuch des teutschen Staatsrechtes 1. Abth. §. 56. flg.

14) Heffter a. a. D. §. 2. S. 50.

15) Sess. XXIII. de reform. c. 6.

16) Nisi beneficium ecclesiasticum habeant, aut, clericalem habitum et tonsuram deferentes, alicui ecclesiae ex mandato episcopi inserviant, vel in seminario aut in aliqua schola vel universitate de licentia episcopi quasi in via ad majores ordines suscipiendos versentur.

17) Böhmer c. l. tom. V. lib. V. tit. 37. §. 60. Ministros ecclesiae eos voco, qui certo costui fidelium seu ecclesiae cum munere sacro praepositi sunt, veluti episcopi, presbyteri, diaconi etc.

18) Heffter a. a. D. §. 2. S. 51.

19) Heffter a. a. D. Note 7.

die Staatsdiener zu ihrer Schuldigkeit, nöthigen Falls durch Strafen und andere Zwangsmittel anzuhalten, der Administrativbehörde zusteht. Da aber jede Disciplinarstrafe den eigenthümlichen Character einer Administrativ-Diensthandlung nicht verkennen, folglich sich in der Regel auf solche Uebel beschränken muß, die nicht in den Rechtszustand des Bestraften eingreifen, so tritt die große Frage ein, ob und wie weit zu den Attributen der Administrativbehörde die höhere oder reizigende Disciplin gehört, welche die störenden Elemente aus dem Staatsdienste zu entfernen hat? Rücksichtlich der bloß correctiven Disciplin sind nämlich die Disciplinarmittel auf folgende zu beschränken. 1) Ermahnung zur treuen Pflichterfüllung (monitio, admonitio, franz. avertissement). 2) Zurechtweisung (rectificatio) d. i. die Erklärung, daß eine irrige Ansicht genommen und in welcher Art der fragliche Gegenstand zu behandeln sei²⁰). 3) Verweis (reprehensio, franz. censure²¹), welcher eine strafende Mißbilligung wegen mindestens leichtsinniger oder leicht zu vermeidender Verschlingung der rechten Handlungsweise ausdrückt. Derselbe hat mehrere Grade: a) der einfache Verweis, b) der Verweis unter Androhung schärferer Disciplinarmittel: „bei Vermeidung ernsterm Einsehens,“ c) der Verweis mit Deffentlichkeit der Vollziehung²²). 4) Geldbuße (mulcta). Häufig heißt sie hier Ordnungsstrafe und den katholischen Kirchendienern werden statt ihrer oft Bußübungen auferlegt. 5) Zeitliches Gefängniß (carcer) und zwar nur auf kürzere Zeit. An protestantischen Geistlichen wird dies durch Einsperrung in den geistlichen Gehorsam, an katholischen häufig durch Einsperrung in ein Kloster oder Bußhaus, an Staatsdienern entweder durch Verhängung des Hausarrestes, oder durch Einsperrung in der sogenannten Gehorsamsstube, nicht in einem öffentlichen Gefängnisse, geübt. 6) Zeitliche Untersagung der Amtsführung, Suspension (suspensio ab officio), die in diesem Falle nur auf Monate und ohne Einziehung der Amtseinkünfte zu geschehen pflegt²³). Diese correctiven Disciplinarmittel werden angewendet bei Unregelmäßigkeiten in der Lebensart, Nachlässigkeiten im Dienste, leidenschaftlicher Ueberschreitung der Grenzen der Amtsgewalt, Ungehorsam gegen die Vorgesetzten u. s. w. Je nachdem diese Excesse von schwererer oder geringerer Bedeutung sind, wird ein schwereres oder geringeres Correctivmittel verfügt, insonderheit aber wird bei Wiederholungen vom geringeren zum schwereren übergegangen, so daß Excesse, die mit öffent-

20) Die Ministerverantwortlichkeit in constitutionellen Staaten, Monographie eines alten Geschäftsmannes, Leipzig 1833. Abschn. 22. und 23. S. 30.

21) Von Quistorp, Grundsätze des teutschen peinlichen Rechtes 1. Th. §. 81. Note n. Derselben rechtliche Bemerkungen, Leipzig 1793. Bemerk. 1. Von Verweisen oder Weisungen.

22) Die Schärfung des französischen Rechtes, censure avec réprimande, verbunden mit dem Verluste eines monatlichen Gehaltes (Gesetz über die gerichtl. Organisation vom 20. April 1810. Art. 50.) haben wir in Deutschland nicht.

23) Quistorp a. a. O. 1. Th. §. 81. Note m.

lichem Kergerath verbunden sind, gegen gute Sitten anstoßen, und dauernder Ungehorsam mit Gefängniß und Suspension bestraft werden. Rückfichtlich des Verfahrens bei Anwendung dieser correctiven Disciplin ermangeln wir gemeinrechtlicher bestimmter Vorschriften, indes pflegt dabei in der Regel nach den Grundsätzen des summarischen Untersuchungsprozesses verfahren und die Sache desto förmlicher verhandelt zu werden, um ein je höheres Disciplinarmittel es sich handelt. Jeden Falles sollte der Beamte vor Anwendung eines dieser Mittel allemal mit seiner Vertheidigung gehört werden und es ist eine sehr üble, jedoch häufig bei oberen Administrativbehörden stattfindende Gewohnheit, auf bloß eingelegene Erkundigung das Disciplinarmittel mit ausdrücklichem, oder wohl gar: (das Bequemste!) stillschweigendem Vorbehalte der Rechtfertigung anzuwenden. Dieß Letztere hat in der Regel die Folge, daß der auch ungerecht corrigirte Beamte keine Genugthuung bekommt, indem die obere Behörde, um sich nicht zu compromittiren, unter jedem erdenklichen Vorwande das Disciplinarmittel aufrecht erhält. Viel wichtiger sind nun aber die Disciplinarmittel der reinigenden, höheren Disciplin, welche mit den Strafen wegen Amtsverbrechen in Eines zusammenfallen²⁴⁾. Sie bestehen in der 1) Suspension auf längere Zeit, welche in diesem Falle gewöhnlich mit der *suspensio a beneficio*, also mit dem Verluste der Einkünfte auf die Zeit der Suspension verbunden ist. 2) Die Amtsentziehung (*privatio s. amissio officii et beneficii*). Sie ist a) Versetzung (*translatio s. translocatio*) von einem Posten zum andern, ein, wenn es, wie in den häufigsten Fällen, ohne rechtliches Erkenntniß angewendet wird, höchst gefährliches Mittel, durch welches, unter dem Vorgeben bloßer administrativer Nothwendigkeit, die größten Unbilligkeiten und Bedrückungen ausgeübt werden können, zumal in der Regel, und nach mehreren darüber ausdrücklich disponirenden Particulargesetzen, auf die zufälligen Vortheile nicht Rücksicht genommen wird, die der zu versetzende Beamte in seiner zeitherigen Stellung hatte. b) Herabsetzung auf einen geringeren Posten (*degradatio*), und c) die völlige Amtsentsetzung (*depositio* oder *remotio* oder *dimissio ab officio*), mit Verlust des Ranges und der Dienstehnkünfte, auch der ferneren Anwartschaft auf ein Amt. Je nachdem einer oder der andere dieser Schärfungszusätze, oder alle hinwegfallen, ist diese Strafe im Grade verschieden und heißt, wenn sie mit allen diesen Zusätzen angewendet wird, *Cassation*. Daß so wichtige, Ehre, guten Namen und bürgerliche Existenz betheiligende Maßregeln nur nach einer formgerechten Untersuchung und vollständigem Gehöre des Angeschuldigten angewendet werden sollten, liegt in der Natur der Sache und entspricht den gemeinen Rechtsprincipien. Indes hat, besonders seit dem Jahre 1830, in diesen Beziehungen die Particulargesetzgebung häufig der Administra-

24) Umständlich ist über die Strafen der öffentlichen Beamten gehandelt in P e p p, das Strafsystem des neuen Entwurfs eines Strafgesetzbuches für das Königreich Württemberg vom Jahre 1835. Heidelberg, Mohr, 1836. S. 68—87.

tion sehr freie Hand gelassen. Dem gemeinen Rechte und zugleich dem Interesse der Administration am entsprechendsten scheint es zu sein, wenn in allen Fällen, wo von Anwendung eines höheren Disciplinarmittels die Rede ist, der Administrativbehörde nur das Recht der Suspension vom Amte (*suspensio ab officio* nicht *a beneficio*) zugestanden, hingegen der Hauptpunct zur Untersuchung und zum Erkenntniß des Gerichtes ausgestellt, und in Fällen, wo der Antrag der Administrativbehörde auf ein solches Mittel der reinigenden Disciplin durch die Behauptung des Mangels an Fähigkeit, gutem Willen, Thätigkeit u. s. w. unterstützt werden will, das Gutachten auswärtiger unparteiischer Administrativbeamten darüber gehört wird. Auch das Recht der Versetzung, so gefährlich es ist, kann der Administrativbehörde nicht ganz entzogen werden; doch muß dem versetzten Beamten freistehen, wenn ihm nicht nachgewiesen werden kann, daß er gerechten Forderungen seiner Vorgesetzten in seinem vorigen Posten nicht entsprach, auf dem Rechtswege volle Entschädigung zu fordern, auch rücksichtlich zufälliger Vortheile seines vorigen Amtes. Im allgemeinen werden die höheren Disciplinarmittel angewendet, wenn der Beamte denjenigen Voraussetzungen nicht entspricht, unter welchen ein Beamter angestellt werden kann und unter welchen das fragliche Amt dem Beamten übertragen worden ist. Dieß tritt namentlich ein im Falle großer, die Interessen des Amtes benachtheiligender Nachlässigkeit, eigen- oder böswilliger, vorsätzlicher Nichtbefolgung oder gar Mißbrauches der Dienstinstruction und Vorschriften der Vorgesetzten, selbstverschuldeter physischer oder moralischer Dienstunfähigkeit, grober Unfittlichkeit und erbitternder Unverträglichkeit, Ergreifung einer mit der Würde des Amtes unvereinbaren Lebensart oder eines solchen Gewerbes, endlich, im Falle der Unverbesserlichkeit, auch rücksichtlich geringerer, sonst nur durch Correctivmittel zu regelnder Dienstwidrigkeiten und Unregelmäßigkeiten. Diese wird angenommen, wenn, drei Mal angewendeter Correctivmittel ungeachtet, Besserung nicht erfolgte ²⁵).

Die Veranlassung zur Untersuchung gegen einen Beamten geht gewöhnlich von der oberen Administrativbehörde aus; doch leidet es keinen Zweifel, daß nach allgemeinen Grundsätzen auch jedes Strafgericht, unter dessen Jurisdiction der Beamte steht, auf erlangte ausreichende Notiz von einem Amtsverbrechen desselben, mit der Untersuchung amtswegen gegen ihn verfahren kann. Dabei liegt die Nothwendigkeit schleuniger Communication mit der vorgesetzten Behörde des Beamten in der Masse, daß der Staatsdienst nicht durch die Untersuchung leide, in der Natur der Sache ²⁶). Allein diese letztere Besorgniß, und die Eifersucht der

25) Man vergl. über diesen ganzen Abschnitt den oben (Note 3) angezogenen Artikel der Ersch-Gruber'schen Encyclopädie und besonders die auch schon erwähnte Heffter'sche Abhandlung im 1. und 2. Stück des 13. Bandes des neuen Archives des Criminalrechtes.

26) Muß das Criminalgericht von der Einleitung einer Untersuchung gegen einen Administrationsbeamten jedesmal der competenten königl. Regierung Nachricht geben? 11. 11. in Hitzig, Zeitschr. für die Criminalrechtspflege, 27. Heft. S. 113.

Verwaltungs- gegen die Justizbehörden, sowie die vielleicht häufiger zu rücksichtslosen Vorschritte der letzteren haben mehrfache Beschränkungen der Justizgewalt in diesen Verhältnissen hervorgebracht. Abgesehen von der oft zu viel ausgedehnten ²⁷⁾ Vertretung der Staatsdiener durch die Administrativbehörden (garantie des fonctionnaires publics), wegen deren beinahe überall ohne Erlaubniß der Regierungsgewalt kein Staatsdiener wegen eines im Amte begangenen Verbrechen verfolgt werden darf, hat diese unstreitig die Befugniß, vermöge des Rechtes der Oberaufsicht, eine Voruntersuchung in der Sache zu veranstalten. Dagegen muß aber auch dem Gerichte das Recht zustehen, die Verwaltungsbehörde um Nachricht und Auskunft über die, zur Vervollständigung der Untersuchung zu eruirenden Thatsachen zu requiriren. Theoretisch die Sache betrachtet, ist die Verwaltungsbehörde verbunden, diese Auskunft jederzeit zu geben, wenn nicht die höchste Behörde die Verschweigung gewisser Umstände, für im Interesse des Staates nöthig, erklärt. Allein in der Praxis sind die Gerichte häufig der Willkür der Administrativbehörden Preis gegeben, die auch über solche Umstände oft nur unvollkommene Auskunft ertheilen, deren Verschweigung mehr im persönlichen, als im Staatsinteresse liegt. Bei der Voruntersuchung muß der Administrativbehörde das Recht der Verhaftung des Inculpaten eben sowohl in diesem Falle, wie in polizeilichen Fällen und wie der Justizbehörde zugestanden werden, da sonst die Zwecke der Voruntersuchung, ja die ganze nachfolgende Criminaluntersuchung leicht vereitelt werden könnten. Nur sind von der Administrativbehörde genau die dießfalligen rechtlichen Erfordernisse zu berücksichtigen ²⁸⁾. Hat nach obgedachter Ansicht die Verwaltungsbehörde nicht die Suspension des Beamten für die Dauer der Untersuchung verfügt, so steht diese Verfügung dem Gerichte in dem Falle zu, wo ein zur Amtsentsetzung qualificirendes Verbrechen mit bedeutenden Verdachtsgründen gegen den Angeschuldigten klar vorliegt, da das Amt als verwickelt zu betrachten ist, sobald der Beamte durch seine Handlungsweise sich desselben unwürdig gemacht hat. Denn auch die Entziehung des Amtes bildet einen Theil der Strafe und, sagt das Gesetz ²⁹⁾, simul atque enim victus quis est ejus maleficii, cujus poena est statuta, statim ea debetur. Ist der Inculpat in hohem Grade verdächtig, so kann das Gericht sogar auf suspensio a salario erkennen, wo dann der Gehalt sequestrirt wird und nur zurückzugeben ist, wenn vollkommene Löspredung erfolgt ³⁰⁾; doch wird auf den Verlust der Einkünfte nur vom Tage der erfolgten Suspension an erkannt. Uebrigens kann schon nach Grundsätzen des gemeinen Rechtes ³¹⁾ Suspension und Absetzung vom Amte eines Kirchendieners nur von der oberen geistlichen Behörde, sonach, erachtet solche der weltliche Richter für gesetzlich,

27) Pfeiffer's practische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft, 3. Bb. S. 430. u. 431.

28) Man vergl. übrigens Pfeiffer a. a. O. S. 417 flg.

29) L. 244. D. de verbo. signif. (L. 16.)

30) B. Dufforp, peini. Recht 2. Th. §. 674.

31) Nov. 123. cap. 21. §. 1.

nur im Einverständnisse mit jener Behörde (dem Bischöfe in der katholischen, der die *jura episcopalia* ausübenden Stelle, also in der Regel der Consistorien in der protestantischen Kirche) geschehen. In bei gemeinen Verbrechen wird es ganz dem Gesetze entsprechen, daß, wenn das Verbrechen Dienstentsetzung oder Suspension nach sich zieht, die geistliche Behörde nach ihrerseits gemachter Untersuchung jene verfügt und den Inculpaten zur weiteren Untersuchung und Bestrafung an den weltlichen Richter abgibt. Dieß ist jedoch nach den Grundsätzen des neueren katholischen Kirchenrechtes nur auf gewisse Verbrechen beschränkt. Diejenigen protestantischen Consistorien hingegen, welche noch die geistliche Gerichtsbarkeit haben, dürfen in der Regel nur bis zur Specialinquisition verfahren und in manchen Ländern nur nach summarischer Untersuchung auf geringere Strafen, höchstens kürzere Zuchthausstrafe erkennen. Die Execution solcher Strafen aber müssen sie dem weltlichen Criminalrichter überlassen, auch bei größeren Verbrechen den Angeschuldigten an jenen abgeben³²⁾. Durch Anklage und Denunciation dessen, der durch die strafbare Handlung leidet, kann die Untersuchung gegen Staats- und Kirchenbeamten gleichfalls veranlaßt werden; worauf dann der Criminalrichter so verfährt, als wenn er auf irgend einem anderen geeigneten Wege von dem Verbrechen in Kenntniß gesetzt worden wäre. Eine merkwürdige Ausnahme von allen diesen Grundsätzen bildet in constitutionellen Staaten die Anklage höherer Staatsbeamten, namentlich der Minister in Bezug auf die ihnen obliegende Verantwortlichkeit für die Regierungshandlungen, besonders für Verletzung der Verfassung — ein dem gemeinen Rechte ganz unbekanntes Institut. Daher fehlen auch alle gemeinrechtlichen Vorschriften darüber und nur die einzelnen Constitutionen der verschiedenen Staaten geben die Normen dafür an. Gewöhnlich ist eigener Gerichtshof für diese Anklagen, welche von den Landständen nur ausgehen können, und ein eigenes Verfahren dafür bestimmt, und selbst das Erkenntniß hat hier, wo es politische Verhältnisse der höchsten Interessen gilt, seine eigenen Normen³³⁾. Bei den anderen Beamten pflegen die oben erwähnten besonderen Amtsstrafen neben denjenigen Strafen erkannt zu werden, welche das begangene Verbrechen oder Vergehen, inwiefern es ein gemeines (*delictum commune*) ist, bei jedem anderen Staatsbürger nach sich zieht. Während übrigens die Strafbarkeit des Beamten durch seinen geleisteten Dienst und wegen der, durch das Verbrechen beleidigten Würde seines Am-

32) Heffter a. a. D. 13. Bd. 2. Stück. §. 14. flg. Bauer a. a. D. §. 373.

33) Sowohl die allgemeinen Grundsätze über diesen Gegenstand, als die speciellen, bis zum Jahre 1833 in den verschiedenen Staaten Europa's dießfalls bestehenden positiven Gesetze sind vom Verf. dieses Artikels in der oben, Note 20, angezogenen Monographie über die Ministerverantwortlichkeit zusammengestellt. Man vergl. auch: Betrachtungen über die Anklage höherer Staatsbeamten u. im *Microcosmus* von Dr. Jöpfl, 2. Heft. S. 1.

tes sich ta der Regel auch bei gemeinen Verbrechen erhöht, dürften ihm bei manchen Amtsverbrechen und Vergehen auch besondere Milderungsgründe zur Seite stehen. Dahin möchten namentlich die, durch die neueren Dienstpragmatiken, besonders durch die vermehrte Büroaukrasie herabgewürdigte Stellung der niederen Beamten und das häufig dadurch hervorgebrachte übermüthige Benehmen der Unterthanen gegen sie³⁴⁾, hiernächst, wenn die Rede von Veruntreuungen, Bestechungen u. s. w. ist, die oft schlechten und mit den zu leistenden Diensten, besonders mit der dazu erfordernten Vorbereitung und Befähigung nicht im Verhältnisse stehenden Besoldungen, zu rechnen sein³⁵⁾.

In civiltrechtlicher Beziehung gilt rücksichtlich der Amtsverbrechen und Amtsvergehen das allgemeine rechtliche Princip, daß jeder Staatsbürger, der durch ein Verbrechen leidet, seine dießfallige Entschädigung zu fordern berechtigt ist, und zwar zunächst an denjenigen, der die Gesetzwidrigkeit begangen hat³⁶⁾. Daher haftet auch ein Collegium, unter dessen Namen eine Gesetzwidrigkeit zu Schulden gebracht worden ist, für den dießfalligen Schaden im ganzen; der Beschädigte ist nicht genöthigt, sich an den Einzelnen zu halten, der den gesetzwidrigen Beschluß des Collegiums erwirkte oder ausführte³⁷⁾. Wohl aber hat der untere Beamte, wenn er im Auftrage des Oberen unter den geeigneten Umständen handelte, an seinen Vorgesetzten, es hat das Collegium, wenn es durch unerlaubte Handlungen seines Mitgliedes, z. B. durch eine falsche Relation desselben, zu einem gesetzwidrigen Schritte verleitet, oder wenn in seinem Namen von einem Mitgliede des Collegiums eine Gesetzwidrigkeit begangen und das Collegium dafür in Anspruch genommen wurde, an dieses Mitglied, endlich hat ein Collegienmitglied, wenn es dem Beschlusse des Collegiums gemäß handelte und dafür haften mußte, an das Collegium den Regreß. Denn in diesem Falle ist das Collegienmitglied als Unterbehörde des Collegiums anzusehen. Jede Unterbehörde aber hat die, auf die gesetzlich geordnete Weise ihr zugehenden Befehle ihrer Oberbehörde ohne weiteres zu befolgen und ist für die Befolgung der Befehle nicht, wohl aber für deren Nichtbefolgung verantwortlich, wenn ihr Inhalt nicht klaren Wonnatgesetzen entgegen ist³⁸⁾. Doch hindert dieß keineswegs

34) Puchta, die Landgerichte in Bayern und ihre Reform 2c. Erlangen 1834. S. 72.

35) Wie sehr dieß Uebel das Innere des Beamtenwesens vernichtet, sehen wir, um die näher liegenden Beispiele nicht zu erwähnen, unter den europäischen Staaten an Spanien (Cooke's Skizzen aus Spanien, übersetzt von Fritsch, Stuttgart, Gotta, 1834) und außer Europa besonders an China (Minerva von Bran, April 1834 S. 10. aus Voyage autour du monde par Laplace).

36) L. 29. §. 7. D. ad Leg. Aquiliam. (9. 2.) L. 15. §. 1. D. de dolo malo. (4. 3.)

37) Maurenbrecher, Grundsätze des heutigen teutschen Staatsrechtes, §. 162. Note k.

38) Die Ministerverantwortlichkeit a. a. D. Abschnitt 29. S. 42. Bauer a. a. D. §. 372. Damit stimmt (gegen Maurenbrecher

die civilrechtliche Haftung des Unterbeamten für die gesetzwidrige Handlung³⁹⁾, wiewohl unter Vorbehalt des Regresses gegen die Oberbehörde, wenn er deren Befehl auf die gesetzlich geordnete Weise erhielt und dieser Befehl nicht einem klaren Pönalgesetze zuwiderläuft. Denn in diesem letzten Falle konnte er selbst beurtheilen, ob die Handlung unerlaubt war. Die Beamtenhierarchie fordert unweigerliche Befolgung der, gesetzlich von den Oberbeamten ertheilten Befehle; es stehen ihnen deshalb die oben erwähnten administrativen, da nöthig gerichtlichen Mittel zu Gebote, um den Unterbeamten zu seiner Schuldigkeit anzuhalten; sie müssen daher auch für die Handlungen des Unterbeamten, so weit er dadurch ihre Befehle befolgte, haften und die Justiz entscheidet über die Entschädigungsfrage⁴⁰⁾. Dagegen hat jeder Beamte auch in civilrechtlicher Hinsicht für alle auf eigene Hand begangenen unerlaubten Handlungen einzustehen⁴¹⁾. Die Frage, ob ein Richter rücksichtlich der von ihm begangenen Handlungen bloß für dolus oder auch für culpa zu haften habe⁴²⁾, ist nach dem Standpunkte, auf welchem jetzt die Rechtswissenschaft und namentlich die Lehre von dolus und culpa stehen, eine sehr schwierige, doch gehört ihre Abhandlung in die, diesen beiden Materien gewidmeten besonderen Artikel. Dagegen wird eine nähere Prüfung nicht erfordern die von den älteren Rechtslehrern⁴³⁾ aufgeworfene, sich aber durchgängig selbst beantwortende Frage, ob der Nachfolger im Amte für die Verbrechen

a. a. D. §. 162. Note b. und in gewisser Weise gegen Murrhard, die kurheffische Verfassungsurkunde, erläutert und beleuchtet etc. 2. Abth. §. 61. S. 139) diese kurheffische Verfassungsurkunde vom 5. Januar 1831. §. 61. selbst überein, wenn sie jeden Staatsdiener für „Vollziehung einer, nicht in der verfassungsmäßigen Form ergangenen Verfügung einer höchsten Staatsbehörde“ verantwortlich macht; ganz klar aber das oben angezogene königl. sächsische Staatsdienergesetz vom 7. März 1835. §. 7. Man vergl. jedoch Samhaber, Beiträge zur Strafrechtswissenschaft etc. Nürnberg, 1830. Abh. XI. S. 57.: Soll der von einem Staatsbeamten oder einer öffentlichen Behörde den untergebenen Beamten gegebene Befehl zu Begehung einer unerlaubten Handlung, welche als Mißbrauch, Ueberschreitung oder Verletzung der Amtspflicht erscheint, den gehorchenden Theil von der Strafe befreien?

39) Die Ministerverantwortlichkeit a. a. D. Abschnitt 30. S. 45.

40) Maurenbrecher a. a. D. §. 162, a. G. u. §. 185. Note q.

41) Eivers und Wender allgemeine juristische Zeitschrift 1. Jahrg. 1828. S. 467: Ist ein Beamter, der die Echtheit einer Unterschrift beglaubigt, zum Ersatze des durch die unächte Unterschrift entstehenden Schadens verbunden?

42) Von der Rahmer Sammlung der merkwürdigen Entscheidungen des herzoglich nassauischen Oberappellationsgerichtes zu Wiesbaden, 2. Band. Nr. 6. S. 39, und Weber, Erörterung von der actio contra iudic. qui lit. summo fecit, insbesondere der Fragen: 1) Ist der Richter bloß für dolus, oder ist er auch für irgend eine culpa, negligentia etc. in judicando verantwortlich? 2) Ist seine regressorische Verbindlichkeit eine bloß subsidiäre? in der Einle. — Marezoll — Schröter'schen Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß. 7. Bd. 1. Heft. Nr. 1. S. 1 flg.

43) W. Luitpold a. a. D. 1. Th. §. 93. Note *).

seines Vorgängers zu haften habe? Alle Amtsverbrechen und Vergehen sind aber freilich nach dem eigenthümlichen Wesen des besondern Amtes und der dafür bestehenden Instruction zu beurtheilen⁴⁴⁾. Viel schwieriger ist die Frage, wie weit der Staat für seine Beamten, der Gerichtsherr für seine Gerichte rücksichtlich des durch Amtsverbrechen angerichteten Schadens zu haften schuldig ist⁴⁵⁾? Geradezu ist diese Frage in den Gesetzen nicht entschieden; man kann, wenn man auf das römische Recht zurückgeht, nur auf die Grundsätze vom Mandatscontract und auf die Analogie des Rechtsverhältnisses des exercitor zum institor verweisen, besonders auf den Grundsatz, daß der exercitor quasi ex maleficio für die Handlungen seiner Leute haften muß, weil er, wie die Gesetze sagen: aliquatenus culpa reus est, quod opera malorum hominum uteretur⁴⁶⁾, und sibi imputaturo qui praeposuit⁴⁷⁾. Wenn daher auch die Gesetze den exercitor nicht für verpflichtet halten, Contractsverbindlichkeiten zu erfüllen, die sein institor unbefugt eingegangen ist, so erachten sie ihn doch für verbunden, für den, von seinem Stellvertreter durch begangene Verbrechen angerichteten Schaden einzustehen⁴⁸⁾. Ist es nun aber gesetzliche Vorschrift, daß Jeder, dem die Verwaltung eines Geschäftes anvertraut ist, den Character eines Institor hat⁴⁹⁾, so ist kein Zweifel, daß zwischen dem Staate und seinem Beamten im allgemeinen das Verhältniß des exercitor zum institor stattfindet. Eine bedeutende Ausnahme hiervon wird jedoch jeden Falles die Justiz machen. Sie besteht im Staate ganz unabhängig von allem Einflusse der Administration auf sie, und jedem Staatsbürger sind die Mittel, sich gegen Beeinträchtigungen der Justiz zu schützen, durch Beschwerden bei den oberen Behörden, namentlich, inwiefern es irrige richterliche Handlungen gilt, durch den Instanzenzug gegeben. Es würde also dem ganzen Verhältnisse widersprechen, wenn die Regierungsbehörde, die sich in die Justizverwaltung nicht mischen darf, für die eigentlichen richterlichen Handlungen der Justizbehörden haften sollte. Daher gaben auch die römischen Gesetze wegen Schäden, durch leichtsinnige oder böswillige Richter gestiftet, nur Ansprüche gegen diese, nicht gegen den Staat⁵⁰⁾. In einem Falle der letzteren Art würde dem Råditten eine

44) Feuerbach a. a. D. §. 477.

45) Hagemann und Bülow practische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit, 4. Bd. S. 260: Der Gerichtsherr ist nicht immer verbunden, den Schaden zu ersetzen, welchen sein Beamter, bei Ausübung der Rechtspflege, aus Vorsatz, Unachtsamkeit, Uebereilung oder Nachlässigkeit, verursacht hat.

46) §. ult. J. de obl. q. quasi ex del. nasc. (4. 5.) L. 5. §. ult. D. de obl. et act. (44. 7.)

47) L. 1. §. 4. D. de exerc. act. (14. 1.)

48) L. 1. §. 2. D. de exercit. act. (14. 1.)

49) L. 5. pr. D. de institor. act. (14. 3.) Cuiusque igitur negotio praeposuit sit, institor recte appellabitur.

50) L. ult. D. de extraord. cognit. (50. 13.) Jct. pr. J. de obl. quae

persönliche Klage auf Schadenersatz (*actio syndicatus in factum*) zu stehen, während in Fällen, wo das materielle Recht durch das formelle gekränkt ist, dem so Verletzten gar keine Hilfe gewährt werden kann, da der Staat nur formelles Recht gibt. Doch Alles dies versteht sich, wie erwähnt, nur von eigentlich richterlichen Handlungen und daher haftet der Gerichtsherr allerdings, 1) wegen durch sein Gericht begangener Unterschlagung hinterlegter Gelder und anderer werthvoller Gegenstände⁵¹⁾. Denn der öffentliche Schutz, welcher den Depositen durch die gerichtliche Deposition verliehen werden soll, wird nur von dem Gerichte in ausdrücklichem Auftrage und als Organ der Staatsgewalt, nicht mittelst eines eigentlich richterlichen Actes gewährt. Der Privatmann, der sein Eigenthum diesem Schutze anvertraut, hat kein Mittel, sich wegen Mißbrauches dieses Vertrauens zu entschädigen, als den Regreß gegen den Gerichtsherrn, in der Regel den Staat, wenn die verbrecherische Gerichtsperson unvermögend ist. So wie in diesem Falle, so haftet 2) der Gerichtsherr in allen den Fällen für die widerrechtlichen Handlungen seines Gerichtes, in welchen die, letzterem übertragenen Geschäfte Ausfluß der Theilnahme an der Ausübung der Staatsgewalt sind. Dieß findet besonders bei dem Hilfspersonal des Richteramtes und namentlich im Executionsverfahren Statt. Anders ist es rücksichtlich der Administrativbeamten. Sie repräsentiren den Staat in seiner Wirksamkeit unmittelbar. Haben sie also in Contractverhältnissen gegen einen Staatsbürger ein Verbrechen oder Vergehen begangen, so treten die Grundsätze des Mandats oder die oben ausgeführten römischrechtlichen Grundsätze über Verletzungen ein. Haben sie die ihnen anvertraute Amtsgewalt zum unerlaubten Zwange gegen den Staatsbürger gemißbraucht, so muß der Staat, weil er die unbedingte Unterwerfung unter seine Gewalt fordert und vermöge seiner Stellung fordern muß, auch für die unerlaubten Handlungen derselben, die er mit dieser Gewalt bekleidet hat, einstehen. Von selbst versteht es sich nach Allem diesem, daß der Staat nicht für die verbrecherischen Handlungen der obenerwähnten uneigentlichen Beamten, der sogenannten patentirten Staatsdiener im engeren Sinne haftet, welche nur zu Ausübung gewisser, durch die Bedürfnisse der Unterthanen nöthiger und nur auf der letzteren Wunsch anzuwendender Functionen autorisirt sind⁵²⁾.

Unter den einzelnen Amtsverbrechen und Vergehen pflegt oben an

quasi ex del. nasc. (4. 5.) L. 15. §. 1. D. de judic. et ub. (5. 1.) c. 2. C. de poena jud. qui male jud. (7. 49.)

51) *Strube's* rechtliche Bedenken, Spangenberg'sche Ausg. 2. Band. *Beh. CCCCXXII.* (2. 85.): Ob ein Gericht oder der Gerichtsherr die von dem *Actuario causae* angegriffenen Depositengelber zu erstatten schuldig?

52) *Sundheim*, practische Rechtsfragen, Gießen 1827. I. Ueber Schadensstiftung durch Staatsbeamte und Haftverbindlichkeit des Staates dafür, S. 1. flg. *Pfeiffer* a. a. D. 2. Th. Nr. 12. Von den nothwendigen Einschränkungen der Verantwortlichkeit des Staates für widerrechtliche Handlungen der Staatsbehörden, S. 361.

1) die *Amtserschleichung* (*crimen ambitus*) im weiteren Sinne gestellt zu werden, d. i. jedes absichtlich gesetzwidrige Verfahren in Hinsicht auf die Besetzung eines öffentlichen Amtes⁵³). Sie kann begangen werden von dem Amtscandidaten, von ihm und einem Dritten zugleich, von diesen Beiden und dem Amtsverleiher zugleich, von Letzterem allein, von ihm und einem Dritten zugleich, von ihm und dem Candidaten zugleich und von dem Dritten allein. Nur bei öffentlichen Aemtern, nicht bei Privat- und Hofdiensten und nicht durch Fahrlässigkeit kann dieß Verbrechen geschehen; der Vorfaß, auf unerlaubte Art das Amt zu erlangen, oder zu vergeben, und diese unerlaubte Art selbst, welche nicht auf den Voraussetzungen des Staates bei Aemtervertheilung, nämlich Förderung des gemeinen Besten, vorzüglicher Tüchtigkeit und Billigkeitsrückichten beruht, sind die wesentliche Form dieses Verbrechens. Dasselbe wird vorzüglich durch Benutzung der Habsucht des Verleihenden, selbst unter dem Scheine, erlaubter Geschäfte (wo es dann *ambitus palliatus* ist) begangen⁵⁴). Es gibt aber auch Fälle, in denen selbst das Geschenkgeben beim Dienstgesuch eine ganz erlaubte Handlung ist, namentlich, wenn sich klar dabei herausstellt, daß keine Bereicherung des Amtsverleihers beabsichtigt war, z. B. bei Uebersendung seiner Schriften von Seiten eines schriftstellernden Candidaten⁵⁵). Dagegen kommt es, wenn die Stimme des Amtsverleihers für den Candidaten durch einen ihm gewährten Vortheil erlangt wurde, nicht darauf an, ob der unerlaubte Vortheil ihm bereits wirklich zugewendet, oder nur versprochen war⁵⁶). Dieß Verbrechen zerfällt in die *Amtserschleichung* im engeren Sinne, eigentliches *crimen ambitus*, d. i. eine absichtlich durch unerlaubte Mittel unternommene Bewerbung um ein öffentliches Amt für sich oder einen Dritten, und in die gesetzwidrige Verleihung eines öffentlichen Amtes, widerrechtliche Amtsbesetzung, d. i. die Ertheilung eines öffentlichen Amtes absichtlich nicht unter den Voraussetzungen, welche der Staat dabei fordert⁵⁷). Nur diese letztere Art der *Amtserschleichung* gehört eigentlich, wie schon aus Obigem erhellt, zu den Amtsvergehen, wenn man, wie man wohl sollte, diese nur in die strafbare Verletzung der durch ein öffentliches Amt auferlegten Pflichten setzt. Die eigentliche *Amtserschleichung* ist, inwiefern sie nicht von dem Amtscandidaten begangen wird, jeden Falles nur ein gemeines Vergehen. Sie ist vollendet, sobald die unerlaubte Handlung, wohin besonders Fälschung, Bestechung, Zwang und Erpressung gehören, vollendet ist; durch welche der Erschleicher das Amt für sich oder einen Dritten zu erlangen

53) Bauer a. a. D. §. 353.

54) Martini a. a. D. §. 219.

55) Littmann a. nachstehend a. D. §. 237. Note n.

56) Defgl. §. 237. a. E.

57) Littmann, Handbuch der Strafrechtswissenschaft 2. Bd. §. 236.

sucht⁵⁸). War indeß das Mittel, wodurch die Amterschleichung der wirkt wurde, ein größeres Verbrechen, als diese selbst, z. B. Betrug; so treten die Principien, insonderheit die Strafe dieses Verbrechens ein⁵⁹). Die Strafe des eigentlichen ambitus nach römischem Rechte besteht, in Gemäßheit des vorstehend erwähnten Gesetzes, außer den nachher anzugebenden gemeinschaftlichen Strafen für beide Arten der Amterschleichung, in der Geldbuße von 100 Ducaten (aurei) und der Infamie. Die widerrechtliche Amtsbesetzung wird erst durch das wirkliche Gelangen des Candidaten zu dem erschlienenen Amte vollendet. Wurde dem Candidaten, eben so einem Dritten für ihn, aus den erwähnten widerrechtlichen Gründen die Stimme bloß zugesichert, aber nachmals nicht gegeben, so ist bloß der Versuch zu diesem Verbrechen vorhanden und eine unerlaubte Vermögensbereicherung, geeigneten Falles eine Bestechung, wenn der Amtsertheiler Etwas dafür bekam. Der Beamte muß entweder allein das Amt zu vergeben gehabt haben, oder eine wirklich mitzuzählende Stimme dabei; eine bloß berathende reicht nicht hin. Die besondere Strafe dafür ist Amtsentsetzung des unrechtmäßig begünstigenden Beamten und Erlegung des zu confiscirenden vierfachen Gelddetrages des dem Beamten zugestoffenen Emolumentes⁶⁰), mit Vorbehalt noch härterer Bestrafung für den Fall besonders großer, dem Staate aus dem Verbrechen entstandener Nachtheile. Dggleich auf die Tauglichkeit oder Untauglichkeit des angestellten Subjectes rücksichtlich des Thatbestandes nichts ankömmt, so mildert sich doch im ersten Falle die Strafe⁶¹). Für beide Arten der Amterschleichung ist ferner bestimmt Unfähigkeit des Candidaten zur Verwaltung des fraglichen Amtes, Confiscation der, dem Amtsverleiher Behufs des Verbrechens wirklich zu Theil gewordenen, nicht der bloß angebotenen pecuniären Emolumente⁶²). Die römischen Gesetze drohten auch die Strafe des Exils und körperlicher Züchtigung⁶³); doch ist es allerdings ungewiß, ob die erwähnten Gesetze, selbst schon in den späteren Zeiten der römischen Kaiser, wegen der, seit Erlassung derselben ganz veränderten römischen Verfassung, noch Giltigkeit hatten. Geffirten sie bloß aus dem, in einem Pandectengesetze angegebenen Grunde⁶⁴), so dürften sich wohl bei den jetzigen Communämtern diejenigen Voraussetzungen wiederfinden, welche früherhin zu Anwendung der römischen Gesetze Veranlassung gaben⁶⁵); ja die Ansicht

58) Bauer a. a. D. §. 354. Martin a. a. D. L. un. §. 1. D. ad leg. Jul. ambit. (48. 14.)

59) Zittmann a. a. D. §. 237.

60) C. f. C. ad Leg. Jul. repet. (9. 27.)

61) Martin a. a. D. §. 220.

62) L. 31. in f. C. de episc. et cler. (1. 3.) Nov. 123. c. 2. §. 1.

63) C. un. C. ad Leg. Jul. de ambitu. (9. 26.) Nov. 8. cap. 8.

64) Haec lex in urbe hodie cessat, quia ad curam Principis magistratum creatio pertinet, non ad populi favorem, L. un. pr. D. de lege Julia ambitus. (48. 14.)

65) Martin a. a. D. §. 218. Note 7.

berer, welche sie auf die öffentlichen Stellen der Geschworenen, Volks- und Communepräsentanten 2c. angewendet wissen wollen⁶⁶⁾, dürfte viel für sich haben. Allein eine, die Strafbarkeit in jenen Fällen sehr erhöhende Voraussetzung, die Ableistung desjenigen, auf das Verbrechen des ambitus bezüglichen Eides, der Allen denen gesetzlich⁶⁷⁾ vorgeschrieben war, die ein Amt antraten, fehlt jeden Falles. Daran wird die Anwendung der früheren Gesetze stets scheitern und es wird daher da, wo nicht Particulargesetze besondere Vorschriften für diese Gesetzwidrigkeiten enthalten, wohl bei der Praxis, wie sie sich gebildet hat, bleiben. Diese bestraft nämlich beide Arten der Amterschleichung wirklich mit Absetzung oder Suspension, immerwährendem oder zeitigem Verluste des Wahlrechts, Geldstrafe (besonders ad pios usus), Confiscation des dadurch von dem Amtsverleiher erlangten unerlaubten Gewinnflusses. Die unrechtmäßig ausgewirkte Anstellung des Candidaten ist an sich nichtig und gilt, bei befundener Tauglichkeit desselben, doch nur, wenn erstere höhern Ortes noch besonders genehmigt wird, wodurch die, außerdem ausdrücklich vorzubehaltende Strafe zugleich als erlassen anzusehen ist⁶⁸⁾. Uebrigens pflegt man die Amterschleichung häufig in die weltliche und in die geistliche einzuthellen und unter der letzteren die Simonie (s. d.) im engsten Sinne zu verstehen⁶⁹⁾, welche Eintheilung jedoch kaum zu rechtfertigen sein dürfte. Denn diese geistliche Amterschleichung ist nur eine Unterart der so viele Verbrechen begleitenden Simonie im weiteren Sinne, ist also im Zusammenhange mit jener umfassenden Lehre und nach den ganz besonderen Principien derselben zu behandeln⁷⁰⁾.

Aus denselben Gründen, aus welchen man die Amterschleichung in die Kategorie der Amtsverbrechen und Vergehen setzt, würde man dazu auch

2) die Verweigerung der Uebernahme öffentlicher Aemter rechnen müssen, und wirklich geschieht dieß von einigen Rechtslehrern unter dem Anführen, daß man die Widerspenstigen mit Geld- und Gefängnißstrafe zu belegen und zu Vergütung desjenigen Aufwandes anzuhalten pflege, den die einstweilige Verwaltung des strittigen Amtes durch einen Stellvertreter verursache⁷¹⁾. Indes inwiefern der Widerspenstige ein schon angestellter Beamter ist, würde er den oben erwähnten Disciplinarmassregeln anheimfallen, wenn in seinem dormaligen Amte die Pflicht zur Uebernahme des neuen liegt, oder zu

66) Kottel und Welcker Staats = Verbon. u. d. W. Amterschleichung.

67) C. 6. C. ad leg. Jul. repetund. (9. 27.)

68) Man vgl. über die Grundsätze der Praxis Bauer a. a. D. §. 355. v. Quistorp a. a. D. Th. 1. §. 214, Littmann a. a. D. §. 238.

69) Kottel und Welcker a. a. D. Littmann a. a. D. §. 237. Note m.

70) Littmann, Grundlinien der Strafrechtswissenschaft, §. 199, Anmerkung.

71) B. Quistorp a. a. D. §. 186.

billigende Gründe für seine Versetzung vorhanden sind. Inwiefern man aber den gemeinen Militärdienst zum Staatsdienst rechnet, wird die Frage über Verweigerung desselben zu der Lehre von der Militärpflicht gehören. Außerdem dürfte die Verbindlichkeit zur Annahme eines gehörig bezahlten höheren öffentlichen Amtes schwerlich viel zur Frage kommen; die gemeinen Rechte enthalten aber auch keine directe Bestimmung darüber. Hingegen ist neuerlich bei Bestellung so vieler unentgeltlicher Ehrenämter durch die Constitutionen und Städteordnungen dieser Gegenstand particularrechtlich häufig behandelt worden. Beide letztgedachten Gesetze mit ihren Beifügen enthalten gegen die Renitenten mehrfache Strafbestimmungen⁷²⁾, welche in der Regel in Verlust des Wahlrechtes und Geldstrafen bestehen. Mit diesem Vergehen zusammenhängend ist

3) die eigenmächtige Verlassung des öffentlichen Amtes⁷³⁾, d. i. dasjenige einseitige Aufgeben eines vertragsmäßig übernommenen öffentlichen Amtes mittelst Entfernung von dem Amtsorte, durch welches die Amtsgeschäfte unterbrochen werden. Nach dem Begriffe dieses Vergehens versteht sich rücksichtlich dessen Thatbestandes von selbst, daß die Beibehaltung des Amtes für den Staat bedungen sein muß, daß es daher in der Pflicht des Beamten lag, um seine Entlassung vorher nachzusehen und, würde ihm diese unrechtmäßigerweise verweigert, sich zu Erlangung derselben der geeigneten rechtlichen Mittel zu bedienen. Hätte sich der Beamte nicht wirklich entfernt, sondern unterließ er bloß die Amtsverwaltung, so wäre dieß ein der Correctivdisciplin unterliegendes anderes Vergehen. Ja nach der Wichtigkeit des Amtes, nach dem durch das Vergehen gestifteten Schaden und nach der dabei gehegten Absicht besteht die Strafe dieses Vergehens in Geld, Gefängniß, selbst Zuchthaus. Die wichtigste Art derselben ist die Verlassung des Militärdienstes (Desertion).

4) Mißbrauch der Amtsgewalt.⁷⁴⁾ im Allgemeinen (crimen repetundarum in sensu lato s. crimen male gestae administrationis) ist die, von einem Beamten erfolgte Venuzung der, vermöge seines Amtes ihm anvertrauten Gewalt, als Mittel zur Bedrückung der Unterthanen im Allgemeinen und zu Bestriedigung seiner Habsucht insbesondere⁷⁵⁾. Dieses Verbrechen zerfällt in

72) Z. B. das Wahlgesetz für das Königreich Sachsen vom 24. Sept. 1831. §. 18. Allgemeine Städteordnung für dasselbe §. 96.

73) Littmann a. a. D. §. 206. flg. Derselbe im Handbuche 2. Th. §. 250.

74) Ueber das Verbrechen des Mißbrauchs der Amtsgewalt, in Magner's Zeitschrift für österreichische Rechtsgelehrsamkeit 2c. I. 1. S. 321. VII. 2, 161.

75) Wir sind in Definition und Eintheilung hierbei vorzüglich Feuerbach a. a. D. §. 478 flg. gefolgt, doch scheint uns das von ihm gebrauchte Wort Amtsmißbrauch ein hier zu viel, und den größten Theil der eigentlichen Amtsverbrechen begreifender Ausdruck, weshalb wir auch die Bestechung nicht als eine Unterart dieses Vergehens ansehen können. Man vgl. hier:

a) den Mißbrauch der Amtsgewalt (crimen repetundarum in sens. strict.) im engeren Sinne, d. i. die, unter dem Scheine der Amtsbefugnisse oder Amtspflichten, oder auch mit offener Ueberschreitung derselben an der Person eines Unterthans von einem Beamten verübte Bedrückung oder Mißhandlung. Nach dem Zeugnisse des Sigonius⁷⁶⁾ wurden bei den Römern diejenigen Beamten darunter begriffen: qui avarae, sed etiam qui libidinosae, superbae, crudeliter se in provincia gesserint. Nicht nur der Civilrichter und der Administrationsbeamte können, sondern es kann auch ganz vorzüglich der Criminalrichter sich dieses Verbrechen durch Verhängung einer nicht begründeten Untersuchung, ungesetzlicher Haft, Verlängerung dieser und der Untersuchung aus den verschiedensten Motiven, auf die es rücksichtlich des Thatbestandes gar nicht ankömmt, schuldig machen. Dergleichen Arten des vorliegenden Verbrechen werden nach der lex Julia repetundarum⁷⁷⁾ bestraft, doch kann auch die Amtsgewalt durch gemeine Verbrechen im Amte gemißbraucht werden und es gehören solche Handlungen zuweilen unter die lex Cornelia de sicariis⁷⁸⁾, zuweilen sind sie nach den Principien der vis publica⁷⁹⁾ zu beurtheilen. Welche dieser Gesetze und wie solche in Anwendung kommen, ist nach der Größe und Art des Gewaltmißbrauchs, nach der Absicht des Thäters, den Beweggründen zur That, der Größe des angerichteten Schadens, und nach dem Umfange der Verletzung der Amtswürde zu beurtheilen. Danach richtet sich insonderheit die Strafe, welche die oben erwähnte lex Julia repetundarum droht, und welche eine willkürliche sein, gewöhnlich in Verbannung bestehen soll, ja nach Verhältniß noch höher steigen, die Todesstrafe erreichen kann. Gefängniß- und Festungsstrafe dürfte den Principien der jetzigen Praxis und dem jetzigen Verhältnisse der Staatsdiener am angemessensten sein⁸⁰⁾. Auch Amtsentsetzung, Verlust der Standeswürde und die Unfähigkeit zur Zeugenschaft trifft nach den Gesetzen⁸¹⁾ nicht nur den Beamten, der diese Art des Gewaltmißbrauchs, sondern auch den, welcher

b) die 2. Art desselben, die amtliche Erpressung (concessio), zu Schulden bringt⁸²⁾. Sie besteht in dem Mißbrauche der

bei auch Bauer a. a. D. §. 376. 377, und Henke a. a. D. §. 191. S. 499 flg.

76) L. 2. cap. 27.

77) L. 7. §. 3. D. de lege Julia repetundarum (48. 11.)

78) L. 4. pr. D. ad l. Cornel. de sicc. et venef. (48. 8.)

79) L. 7. D. ad l. Juliam de vi publica. (48. 6.)

80) Tittmann im angezogenen Handbuche §. 244.

81) L. 6. §. 1. D. de leg. Jul. repet. (48. 11.) L. 20. §. 5. D. qui testam. fac. poss. (28. 1.) C. 2. et 12. C. de dignitat. (12. 1.) Wistatationsabschied des Cammergerichtes zu Weßlar von 1713 §. 46. in Schmaußens Corpus juris publici p. 1162 flg.

82) Tittmann a. a. D. §. 241. flg. Derselbe in seinen angeführten Grundlinien §. 202. flg. Feuerbach a. a. D. §. 479. flg. Bauer a. a. D. §. 378. Martin a. a. D. §. 224. Henke a. a. D. S. 493 flg. Die Abhandlung von Cucumius über das Verbrechen der Erpressung,

verlehenen öffentlichen Gewalt zur Erlangung eines unrechtmäßigen Vortheils unter falschen Vorpiegelungen. Sie wird nur von einem öffentlichen Beamten begangen, theils durch das betrügerische Vorgeben einer, dem Unterthan obliegenden rechtlichen Verbindlichkeit, theils gewaltthätigerweise, und zwar entweder durch wirkliche physische Anwendung der Amtsgewalt, um den Unterthan zum Herausgeben des Geforderten zu bewegen, oder durch Bedrohung mit derselben und mit dadurch herbeizuführenden unangenehmen Ereignissen, oder endlich durch eigenmächtige Zueignung im Vertrauen auf die obwaltende Furcht vor der Amtsgewalt. Dahin gehören ganz vorzüglich die *illicitae exactio-nes, superexactiones*, wenn der Beamte mehr Abgaben, auch mehr Gebühren erhebt als er soll⁸³). Charakteristisch ist besonders die für den Fall der Weigerung angewendete Drohung mit der öffentlichen Gewalt, oder der letzteren wirkliche Anwendung und die falsche Vorpiegelung eines diesfalligen Rechtes, wodurch sich dieß Verbrechen von dem der bloßen Nöthigung unterscheidet⁸⁴). Doch braucht die erwähnte Drohung eben so wenig bestimmt zu sein, als die Weigerung. Eine Andeutung der Sache reicht hin. Immer aber ist die wirkliche Erlangung eines unerlaubten Vortheils zum Thatbestande dieses Verbrechens erforderlich, und das bloße Versprechen begründet bloß einen Versuch desselben. Die einfache Zueignung eines unerlaubten Vortheils ohne Drohung oder Anwendung der öffentlichen Gewalt ist nicht dieses Verbrechen, sondern bloß eine ungerechte Anmaßung. Bei der Erpressung ist es übrigens ganz gleichgiltig, ob der erlangte Vortheil in irgend einer Beziehung zu der in Frage stehenden öffentlichen Gewalt steht oder nicht. Außer den schon erwähnten Strafen der Infamie, Amtsentsetzung, Intestabilität steht auf dieses Verbrechen in der Regel die Strafe des vierfachen Erfasses⁸⁵), wovon in einigen Fällen zwei Theile der *Damnificat* und zwei Theile der *Fiscus*⁸⁶), in anderen nur die einfache Summe der *Damnificat* und die übrigen drei Theile das *aerarium*⁸⁷) erhalten soll. Diese Strafe kann noch ein Jahr lang nach dem Tode des Verbrechers eingeklagt werden⁸⁸), eine Ausnahme vom Gesetze, die nur hier und bei dem Majestätsverbrechen stattfinden soll⁸⁹). • Bei den oben erwähnten *superexactiones* der öffent-

Beitrag zur Beurtheilung des Entwurfes des Strafgesetzbuches, München 1831, im Archive des Criminalrechtes, Neue Folge, 1834, 1. St. III. Abh. S. 55, hat, abgesehen von der in der Hauptsache particularrechtlichen Tendenz, das gemeine Verbrechen der Erpressung nicht die amtliche Erpressung, eigentlich zum Gegenstande und daher hier weniger Anwendung.

• 83) L. un. C. de *superexactionibus*. (10. 20.) Nov. 82. Cap. 7. pr. et Nov. 124. Cap. 3. Leysers medit. ad D. spec. 669 med. 26.

84) Dagegen *Cucumus* a. a. D. S. 55 flg.

85) L. 1. C. ad leg. Jul. repet. (9. 27.)

86) L. 3. C. de *adessoribus* etc. (1. 51.)

87) Nov. 124. cap. 3.

88) L. 14. D. ad leg. Jul. *peculat.* (48. 13.) C. 2. C. ad leg. Jul. repet. (9. 27.) L. 2. D. de leg. Jul. repet. (48. 11.)

89) L. 20. D. de *accusationibus et inscript.* (48. 2.)

lichen Einnehmer ist gesetzlich nur die poena dupli⁹⁰⁾ gedroht. Sehr richtig bemerkt ein ausgezeichnete Criminalist⁹¹⁾; es fehlt an Rechtsgründen, warum diese Grundsätze, bei dem gänzlichen Schweigen des einheimischen gemeinen Rechtes über dergleichen (noch jetzt) nicht ganz seltene Verbrechen, nicht noch anwendbar sein sollten. Dennoch bestraft die Praxis dieß Verbrechen nur willkürlich unter Berücksichtigung der Größe und Beschaffenheit der Erpressung, der Pflichtwidrigkeit, Amtsverletzung und Drohung mit Suspension, Geld- und Gefängnißstrafe in geringeren, Festungs- und Zuchthausstrafe in schwereren Fällen, wobei Nichtigkeit der durch die Erpressung erwirkten Handlung und Schadenersatz sich von selbst verstehen⁹²⁾.

93) Bestechung im weiteren Sinne (corruptio, crimen repetundarum s. barattariae)⁹³⁾, ist das Verbrechen, dessen sich ein öffentlicher Beamter durch Annahme des Versprechens oder der wirklichen Leistung solcher Wohlthelle in Beziehung auf von ihm zu bewirkende oder zu unterlassende Amtshandlungen, welche er gesetzlich nicht zu fordern berechtigt ist, und dessen sich derjenige schuldig macht, welcher dergleichen dem Beamten oder dessen Angehörigen verspricht oder wirklich gewährt. Das römische Gesetz, welches darüber disponirte, war die lex Julia repetundarum, die sich jedoch, wie aus Vorstehendem (Nr. 4) erhellt, über noch mehrere Verbrechen, als die Bestechung verbreitet⁹⁴⁾. Schon aus gedachter Begriffsbestimmung folgt, daß die Bestechung theils active, theils passive (widerrechtliche Annahme von Geschenken) ist, welche letztere wieder in die widerrechtliche Annahme von Geschenken im Allgemeinen und in die widerrechtliche Geschenkannahme Behufs einer Bestechung zerfällt. Daß nur die passive Bestechung oder die widerrechtliche Annahme von Geschenken ein Amtsverbrechen, die active hingegen ein gemeines Verbrechen ist, liegt in der Natur der Sache. Viele Rechtslehrer trennen daher die Behandlung Weider, besonders weil die Strafbarkeit derselben auf verschiedenen Gründen beruht⁹⁵⁾. Da indes die Gesetze selbst diese Materien nicht scharf trennen und sogar die Bestrafung in mehrfacher Hinsicht übereinstimmt; so werden Beide wohl besser vereinigt behandelt. Dieß ganze Verbrechen geht

90) L. un. C. de superexactionibus. (10. 20.)

91) Martin a. a. D. §. 224. S. 547.

92) Eittmann im angeführten Handbuche, 2. Th. §. 243. Henke a. a. D. S. 494.

93) Bauer a. a. D. §. 356 u. 380. Martin a. a. D. §. 221 flg. Henke a. a. D. §. 182. S. 361 flg. Feuerbach a. a. D. §. 479 flg. Derselben Themis oder Beiträge zur Gesetzgebung, Landshut, 1812. IV. S. 185: Ueber die Bestechung der Staatsbeamten. v. Bülow und Hagemann practische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit ic., fortges. von Hagemann VII. S. 220.

94) Pandectentitel: De lege Julia repetundarum. (48. 11.) Titel des Codex: Ad legem Juliam repetundarum. (9. 27.)

95) Henke a. a. D. S. 361 u. 363. Bauer a. a. D. §. 356, 380 und 381.

von dem Bietenden aus. Denn würde der Beamte den Anfang machen, also fordern, so wäre das hier in Frage kommende Verbrechen nicht Bestechung, sondern Erpressung (s. d.). Dagegen ist der Beamte insofern die Hauptperson, als der Bestechende, der jedoch in der Regel wenigstens als Miturheber angesehen wird, bloß eine allgemeine Bürgerpflicht, der Beamte hingegen zugleich seinen Amtseid verletzt. Dabei treten dem Bestechenden dann noch mehr Entschuldigungsgründe zur Seite, wenn er die Bestechung bloß bewirkte, um von dem Beamten eine pflichtgemäße Amtshandlung zu verlangen. Denn auch das ist amtliche Bestechung⁹⁶⁾, nicht bloß, wenn dem Beamten der ungesetzliche Vortheil zu Erlangung einer pflichtwidrigen Amtsthätigkeit gewährt wurde. Es ist auch für den Thatbestand gleichgültig, ob die Sache, um die es sich handelt, gerecht oder ungerecht ist. Uebrigens ist hier nur von der Bestechung eines wirklichen mittelbaren oder unmittelbaren Staatsbeamten die Rede, es sei ein höherer oder niederer, Justiz- oder Administrativbeamter⁹⁷⁾, der, wie das Gesetz sagt, ein *munus publice mandatum*⁹⁸⁾ bekleidet; die Bestechung sogenannter patentirter Staatsdiener im engeren Sinne (s. S. 223) wird nur dann amtliche Bestechung sein, wenn die Rede von ihrer Amtsthätigkeit in Bezug auf den Staat ist. Bestechung eines dem Gegentheile dienenden Advocaten gehört zur Prævarication (s. w. u. Nr. 12.), ist nicht amtliche Bestechung, wohl aber ist dieß die Bestechung einer verpflichteten Hebamme, um die Zeichen eines Kindermordes nicht anzuzeigen. Privatdiener der Staatsbeamten, denen diese die Besorgung ihrer Amtsgeschäfte übertragen haben, können passiv das Verbrechen der amtlichen Bestechung nicht begehen. Bei der Bestechung und der dießfalligen Geschenkannahme wird vorausgesetzt, daß sie geschehe, um eine zukünftige Amtshandlung zu erwirken, oder zu verhindern, also den Beamten von seiner Pflichterfüllung abwendig zu machen. Diese Absicht gehört nothwendig zur Form des Verbrechens. Geschenke, welche der Amtshandlung erst nachfolgen, sind, selbst wenn diese pflichtwidrig zum Vortheil des Schenkenden war, nur dann als Bestechungen anzusehen, wenn sie der Beamte erwarten konnte und danach die Handlung einrichtete. Doch sind nach dem Reichsgesetz⁹⁹⁾ Richter hiervon ausgenommen, welche keine Geschenke annehmen dürfen „es sei vor oder nach ergangenem Urtheile.“ Die Annahme eines vorher nicht versprochenen oder zu erwartenden Geschenkes ist aber wenigstens nicht Bestechung¹⁰⁰⁾ Daß nach niedergelegtem Amte vorher nicht bedungene Geschenke angenommen werden können, läßt sich so wenig bezweifeln¹⁰¹⁾, als daß, wenn lange nach dem fraglichen Falle Ge-

96) Der in der Note 81 angezogene Visitat.-Abschied sagt: „Gestalten alle Parteien ic. durch so unredliche Wege ic. auch nur die Beförderung der an sich sonst gerechten Sach zu suchen, um so mehr zu vermeiden haben u. s. w.“

97) Zittmann a. a. D. §. 249. Note w.

98) L. ult. D. de lege Julia repet. (48. 11.)

99) Siehe Note 81.

100) Martin a. a. D. §. 221. Note 5.

101) v. Quistorp a. a. D. §. 422 a. E.

schenke aus Dankbarkeit und Liebe gegeben werden, dieß kein Verbrechen ist. Daß die in den angeführten Fällen erlaubte Geschenkannahme allerdings leicht zu Umgehung des Gesetzes führen kann, übrigens oft auch gegen die Amtswürde läuft, dieß liegt klar vor, kann daher zu disciplinarischen Correctivmitteln gegen einen Beamten berechtigen. Es veranlaßte dieß auch die römischen Gesetze, wonach den Beamten alle Annahme von Geschenken, wenn sie auch ganz ohne Beziehung auf Amtshandlungen angeboten werden sollten, untersagt ist und wovon nur die Geschenke der Ehefrau, nahen Verwandten oder Verschwägerten und die, den Beamten in den Provinzen bei ihrer Ankunft geschenkt, den Werth von 100 Ducaten (aurei) nicht übersteigenden Speisen und Getränke (xenia) ausgenommen waren¹⁰²⁾. Auf diese gesetzlichen Vorschriften bezieht sich die obige Eintheilung der passiven Bestechung, indem die widerrechtliche Annahme aller Geschenke nur in dem ganz besonderen römischen Beamtenverhältnisse ihren Grund hat. Wenn gleich dadurch allerdings allen Bestechungen vorgebeugt wird, wohin auch das römische Verbot aller Käufe und verzinslichen Geschäfte für die Provinzialbeamten¹⁰³⁾ gehört, so findet doch jenes allgemeine Verbot in Deutschland keine Anwendung mehr¹⁰⁴⁾, da selbst das oben erwähnte Reichsgesetz¹⁰⁵⁾ dem Reichskammergerichte nur verbot, „in den, bei demselben rechtshängigen Sachen“ Geschenke anzunehmen. In Deutschland ist daher nur die zweite Art der passiven Bestechung, die widerrechtliche Annahme von Geschenken Behufs einer Bestechung, Gegenstand des gemeinen Criminalrechtes. Es versteht sich sonach auch von selbst, daß in Deutschland Vortheile, die dem Beamten in Bezug auf seine Thätigkeit außerhalb seiner Amtssphäre versprochen oder gegeben werden, hier nicht in Anspruch kommen. Die Gesetze reden übrigens nur von Vermögensvortheilen¹⁰⁶⁾ als Bestechungsmitteln, und darauf möchte daher auch bloß das Verbrechen der Bestechung gemeinrechtlich zu beschränken sein. Allein ob die Sache Geld oder Geldeswerth, verzehrbar oder nicht¹⁰⁷⁾, ein positiver oder negativer Vortheil, bedeutend oder gering, die Art der Bestechung eine directe oder indirecte sei, z. B. Verkaufung einer Sache von großem Werthe für einen geringen Preis u. s. w., das

102) L. un. C. de contractibus jud. (1. 53.) L. 1. u. 7. §. 1. D. de leg. Jul. repetund. (48. 11.) L. 6. §. 3. D. de officio proconsul. (1. 16.)

103) L. 33. u. 34. D. de reb. credit. (12. 1.) L. 16. C. si cert. pet. (4. 2.) L. un. §. 2—4. C. de contract. jud. (1. 53.)

104) Der von Bauer a. a. D. §. 381. angenommene einzige Fall der Anwendung gehört nach Vorstehendem zur widerrechtlichen Geschenkannahme Behufs einer Bestechung.

105) Siehe Note 81.

106) Feuerbach, der in der oben angeführten Themia S. 210 und in der 1. Ausgabe seines Lehrbuches §. 511. anderer Meinung zu sein schien, erkennt dieß in den späteren Ausgaben des letzteren §. 479^o selbst an.

107) v. Quistorp in den angef. Grundf. des peinl. Rechtes 1. Theil. §. 421. Note g.

ist gleichgiltig ¹⁰⁸⁾. Auch ist es nicht gerade nöthig, daß die Absicht, auf die Wirksamkeit des Richters einwirken zu wollen, bei der Schenkung genannt wird, wenn sie nur stillschweigend dadurch bedungen war. Dagegen ist es keine Bestechung, wenn dem Beamten bloß dasjenige versprochen oder gegeben wird, was er rechtlich, nach klaren Gesetzen oder rechtmäßiger, nicht mißbräuchlicher ¹⁰⁹⁾ Gewohnheit, für seine Amtsthätigkeit zu fordern hat. Denn nur das ist Bestechungsmittel, was der Beamte gesetzlich nicht zu fordern berechtigt ist. Während übrigens die eigentliche Handlung, wodurch der Beamte sich dieses Verbrechens schuldig macht, in der mittelbaren oder unmittelbaren ¹¹⁰⁾ Annahme des Bestechungsmittels, sei dieß der Vortheil selbst oder das Versprechen desselben, besteht, begeht der Unterthan solches durch Anbieten oder wirkliche Gewährung des Vortheiles, nehme dieß der Beamte an oder nicht, thue der Bestechende dieß selbst oder durch einen Anderen, in welchem letzten Falle die allgemeinen Grundsätze über Hilfreichungen und Autorschaft des Verbrechens zur Anwendung kommen. Bei activer und passiver Bestechung reichen daher die angegebenen Handlungen zur Vollendung des Verbrechens hin, ohne daß es der wirklichen Bewirkung oder Unterlassung der Amtshandlung zum Vortheile des Bestechenden bedarf, obgleich dieß die Strafbarkeit erhöht, z. B. wenn der Einnehmer um eines solchen Vortheiles willen die Beitreibung der Abgaben unterläßt, der Recrutirungsbeamte eben deshalb gewisse Subjecte von der Aushebung befreit u. s. w. Häufig enthalten die Particulargesetze nähere Bestimmung hierüber ¹¹¹⁾. Ganz irrig ist es, wenn man die Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit von denjenigen ausnehmen will, die Object der Bestechung sein könnten. Kein Gesetz rechtfertigt dieß ¹¹²⁾. Ebenso wenn man die Geschenke der Verwandten etwa bis zum 6. Grade ¹¹³⁾ von diesem Verbrechen ausnehmen will.

Die Strafe der Annahme von Geschenken Behufs einer Bestechung besteht, außer dem Verluste des Amtes und der Ehre, bei dem Civilrichter in dem Erfasse des doppelten Werthes von dem versprochenen und des dreifachen von dem wirklich gewährten Vortheile, bei dem Criminal-

108) v. Quistorp a. a. D. §. 421. erwähnt mit Beziehung auf Ferdinand III. Reichshofrathsordnung Tit. 1. §. 19. vorzüglich des Falles, wo Minister, Gesandten u. s. w. ohne Vorwissen ihres Herrn Gehalte von fremden Mächten beziehen.

109) Nov. 134. c. 1. in fine.

110) Man vgl. den angez. Visitat.-Absch. §. 46. in den Worten: „wer durch sich selbst noch die Seinigen.“

111) Man vgl. z. B. v. Hohnhorst Jahrbücher des großherzogl. bairischen Oberhofgerichtes zu Mannheim 3. Bd. S. 181: Wenn ein Patshier die ihm bekannt gewordenen Uebertretungen gegen Geschenke verschweigt, ist dieß Rechtsfeilschaft, oder ist dieß Verbrechen nach der Verordnung vom 28. Mai 1810 nur als Dienstpflichtsverletzung anzusehen?

112) Martin a. a. D. §. 222. Note 2. gegen v. Quistorp a. a. D. §. 422.

113) Lauterbach, coll. theor. pract. L. 48. Tit. 11. §. 5. Heil, judex et defensor Cap. VI. §. 42.

richter in mindestens Etil und Vermögensentziehung. Andere Staatsdiener werden, außer dem Verluste des Amtes, mit willkürlicher Strafe belegt, welche wenigstens dem vierfachen Betrage des Bestechungsmittels gleich kommen soll ¹¹⁴). Zu scharfen ist dies, wenn der Bestochene dadurch noch andere mehrere Verbrechen begangen hat ¹¹⁵). Die alten Deutschen bestrafte einen solchen Richter häufig mit dem Tode ¹¹⁶). Ein auf Bestechung sich gründendes Urtheil ist nichtig ¹¹⁷). Die teutsche Praxis, ausgehend von der schon oben erwähnten krigen Annahme der Unanwendbarkeit der römischen Strafen des mehrfachen Ersases, sieht die Strafe für willkürlich an, und verhängt Suspension oder Amtsentsetzung in Verbindung mit Geld-, Gefängniß- und Zuchthausstrafe ¹¹⁸). Den eingeführten Mißbrauch der Geschenkannahme hat man häufig als Mißbeurtheilungsgrund betrachtet.

Die eigentliche Bestechung soll an dem Bestechenden möglichst so gehandelt werden, als an dem bestochenen Beamten, so weit auf Ersteren die Strafen des Letzteren anwendbar sind ¹¹⁹); der Erstere wird als Mithelber angesehen. Hat er in einer Civillsache den Richter bestochen, so wird er seines Anspruches verlustig ¹²⁰), wenn auch gleich ein nicht angefochtenes Urtheil ihm denselben in Folge der Bestechung zuspräche. Concurrenz dabei zugleich ein anderes Verbrechen, so wird nach den Grundsätzen von der idealen Concurrenz verfahren. Zeigt er seine Bestechung selbst an und beweist sie, so soll ihm verziehen, wird im Civilprozeße das Geschenk nicht angenommen, so soll er milder bestraft werden ¹²¹). Die Praxis statuirt auch hier arbiträre, gewöhnlich Geldstrafen und für den Advocaten oder Procurator, der dabei den Unterhändler machte, Suspension oder Remotion nach Analogie der mehrerwähnten Stelle des Diffidationsabschiedes ¹²²).

6) Beugung des Rechtes aus Parteilichkeit, verlegte Richterpflicht (*crimen syndicatus*), ist die Handlung desjenigen Richters, welcher in einer streitigen Rechtsfache durch Nichtausübung (*denegata vel protracta justitia*) oder gesetzwidrige Ausübung seines Amtes, ohne beabsichtigten Gewinn, jedoch absichtlich, eine Ungerechtigkeit begeht ¹²³). Nur streitige Rechtsfachen sind der Gegenstand dieses

114) Analog nach L. 3. C. de adessoribus etc. (1. 51.) L. 1. C. ad leg. Jul. repetund. (9. 26.)

115) Martin a. a. D. §. 223.

116) v. Quistorp a. a. D. §. 423. a. G.

117) L. 7. C. quando provocare non e. nec. (7. 64.)

118) Henke a. a. D. §. 504.

119) Nov. 124. cap. 2. in f. L. 1. §. 2. et L. 21. D. de lege Cornel. de falsis. (48. 10.)

120) L. 1. C. de poena jud. qui male judicav. (7. 49.)

121) Martin a. a. D. §. 223.

122) Henke a. a. D. §. 373.

123) Feuerbach a. a. D. §. 483. Bauer a. a. D. §. 379. Mittmann a. a. D. §. 239.

Verbrechens; nur ihrer erwähnen die Gesetze ¹²⁴). Auch kann der Thäter nur ein Richter sein, auf andere Beamten, patentirte Staatsdiener u. s. w. erstreckt sich dieß Verbrechen nicht, daher nicht auf Cassirer, die schuldige Zahlungen nicht leisten, nicht auf Vormünder, Aerzte, Advocaten u. s. w. ¹²⁵). Geschieht die Beugung des Rechtes in der Absicht eines Gewinnes, so ist das Verbrechen Bestechung oder Erpressung u. s. w., nicht aber das vorliegende Verbrechen, das nach den Gesetzen „von Bitte, Freundschaft, Feindschaft, oder anderen dergleichen Ursachen“ herrührt ¹²⁶). Absichtlich muß die Rechtsbeugung auch geschehen, sonst ist die Parteilichkeit ¹²⁶), welche den Hauptcharacter dieses Verbrechens ausmacht, nicht vorhanden; bloße Trägheit, Ungeschicklichkeit und Nachlässigkeit fallen der Correctivdisciplin anheim ¹²⁷); sie sind zwar auch in Criminal- und Civilsachen strafbar, gehören aber nicht zu diesem Verbrechen ¹²⁸). Nicht bloß durch ein ungerechtes Endurtheil, sondern durch jede Handlung oder Unterlassung im Beginne oder Laufe des Processes wird das Verbrechen begangen, durch welches in Civilsachen die eine Partei vor der anderen begünstigt wird. Uebrigens kann nach den Gesetzen erwähntes Verbrechen nur von „Urtheilern“ und „Richtern“, also von stimmungsführenden Gerichtspersonen zu Schulden gebracht werden ¹²⁹). Zum Thatbestande desselben gehört immer Ungerechtigkeit einer stimmungsführenden Gerichtsperson und ein daraus entstandener Rechtsnachtheil. Es kann aber nicht bloß durch widerrechtliche Entscheidung, sondern auch durch unrechtmäßige Nachsicht, sowie durch unrechtmäßige Schärfe bei der Execution in Civil- und Criminalsachen, durch unterlassene Untersuchung nöthiger Punkte, falsche Berichte, Zeugnisse, Registraturen u. s. w. geschehen. Die Strafe soll nach Beschaffenheit des gethanen Unrechtes und der Mittel dazu, auch nach der Strafbarkeit der Absicht dabei, nach Maßgabe der Größe, Erseßlichkeit oder Unerseslichkeit des gestifteten Nachtheiles und nach den Beweggründen zur Rechtsbeugung, Haß, Feindschaft, Mitleid u. s. w., vorzüglich aber nach der Rücksicht, ob die Handlung zugleich ein anderes bestimmtes Verbrechen enthält, abgemessen werden. Das römische Recht erklärt die vorsätzliche Rechtsbeugung des Civilrichters im allgemeinen für strafbar, das canonische Recht läßt den geistlichen Richter in diesem

124) Martin a. a. D. §. 225. Note 10. Feuerbach a. a. D. §. 484. Note a.

125) Littmann a. a. D. §. 239.

126) Kammergerichtsordnung von 1555. Th. 3. Tit. 53. §. 6. und 10. L. 15. §. 1. D. de judiciis et ubi quisque. (5. 1.) Die irrigen Meinungen derer, welche sogar Bestechung allemal dabei erfordern, siehe in Littmann's erwähnten Grundlinien §. 200 Anmerk., und im Handbuche §. 239. Note k. Uebrigens schließt Littmann selbst (s. Handbuch §. 239) irrigerweise die Bestechung hier nicht aus.

127) Henke a. a. D. §. 195. C. 519 gegen Feuerbach a. a. D. §. 484. Note d. u. e.

128) Bauer a. a. D. Note a.

129) Martin a. a. D. besonders Note 11.

Fälle für die *litis aestimatio* haften, und suspendirt ihn auf ein Jahr vom Amte, mit Vorbehalt der anderen gesetzlich gedrohten Strafen. Die Reichsgesetze erwähnen der Strafbarkeit auch nur im allgemeinen. Die Praxis straft daher willkürlich mit bloßen Disciplinarmitteln, auch Suspension, Remotion, leichteren und schwereren Freiheitsstrafen. Ebenso wird bei Criminalrichtern die Sache angesehen, doch ist die Strafe hier härter; auch bloße Fahrlässigkeit wird da (wenn gleich nicht unter der Kategorie dieses Verbrechens) bestraft¹³⁰).

7) Begünstigung der Flucht eines Arrestaten durch den Gefangenwärter (häufig nicht ganz bezeichnend *crimen extracti s. violati carceris* genannt) bedarf keiner näheren Begriffsbestimmung¹³¹). Der Thatbestand dieses Verbrechens erfordert die absichtlich oder aus Fahrlässigkeit von einer, zur Bewachung eines Straf- oder Detentionsarrestaten öffentlich angestellten Person verschuldete Flucht des Letzteren aus dem Gefängnisse. Auch in dem Falle bloßer Nachlässigkeit ist die Handlung strafbar. Gleichgiltig ist es, besonders nach dem römischen Rechte, in Hinsicht auf den Thatbestand, ob ein Oberaufseher des Gefängnisses (*commentariensis*), oder Gehilfen desselben, Gefangenwärter, Schließer, Frohne, Amtsdiener, Soldaten, oder zur Bewachung befehligte Privatpersonen die Flucht befördert, auch, ob sie dabei physisch oder bloß intellectuell, ob sie absichtlich oder bloß durch Fahrlässigkeit gewirkt, und sich dabei der Vergewaltigung von Personen oder Sachen schuldig gemacht haben, oder nicht; gleichgiltig, ob der Arrestat zur Sicherheit während einer Untersuchung oder zur Verbüßung einer zuerkannten Strafe verhaftet war. Das Verbrechen ist vollendet, wenn der Arrestat die Freiheit erlangt hat, und es ist dann gleich, ob er wieder verhaftet worden ist oder nicht. Die römischen und deutschen Gesetze gedenken nur der, von einem Gefangenwärter bewirkten Begünstigung der Flucht eines Criminalarrestaten aus der Haft¹³²). Nach dem römischen Rechte werden der *commentariensis* und seine Untergebenen mit der *poena talionis*, d. i. in diesem Falle mit derjenigen Strafe belegt, welche der Entsprungene verurtheilt hat, sei er dazu schon condemnirt, oder geschehe dieß erst später¹³³). Doch wird durch die peinliche Gerichtsordnung dieß dahin erläutert¹³⁴), daß nur derjenige Hüter, der dem Gefangenen wirklich „aushilft“, mit dieser Strafe belegt werden soll. Geschieht dieß durch Unfleiß des Hüters, „solcher Unfleiß ist nach Gestalt der sachen vnnnd radt u. s. w. zu straffen.“ Schon früh legten die Rechtslehrer diesen Artikel, soweit das wirkliche Ausheifen zu bestrafen ist, theils von einer gewaltsamen Befreiung, theils

130) Henke a. a. D. §. 195, 521 u. 522. Bauer a. a. D. Littmann's Handbuch §. 240.

131) Henke a. a. D. §. 196. Martin a. a. D. §. 227. Bauer a. a. D. §. 367.

132) L. 4. C. de custodia reorum. (9. 4.) L. 12. u. 14. D. eod. tit. (48. 3.)

133) Vgl. die Gesetze in vorstehender Note.

134) Art. 180.

davon aus, daß dabei ein, einer Capitalstrafe unterworfenen Arrestat vorausgesetzt werde. Dieß sowohl als die allgemein gefühlte Ungerechtigkeit der poena talionis, zumal im vorliegenden Falle die Strafe des Arrestaten häufig sich schwer würde ausmitteln lassen, bewirkten, daß man sehr bald eine arbiträre Strafe einführte. Sie besteht, mit Berücksichtigung der Schwere des Verbrechens des Arrestaten, in Leibes-, neuerlich Zuchthausstrafe, wenn dieser das Leben oder eine sehr lange Freiheitsstrafe verwirkt hat, in Gefängniß, wenn seine Strafe geringer sein würde. Für eine Soldatenwache ist im Fall vorsätzlicher Beförderung der Flucht eines Criminalarrestaten der Tod, im Falle bloßer Nachlässigkeit Degradation oder körperliche Züchtigung gemeinrechtlich gebroht. (Man vergl. das, was oben (Note 12) über die Militärverbrechen gesagt ist und letzteren Artikel selbst.) Nichtmilitärische Wächter (pagani) werden willkürlich gestraft.

8) Verletzung der Amtverschwiegenheit ist diejenige von einem Beamten erfolgte Bekanntmachung der, ihm nur durch Führung seines Amtes bekannt gewordenen, Angelegenheiten, durch welche dem Staate oder Einzelnen ein Schade entstehen kann¹³⁵). Nur ein Beamter kann dieß Verbrechen begehen durch Veröffentlichung der, ihm als Beamtem, nicht in seiner zweiten Qualität als Privatmann, zur Notiz gelangten, auch nicht schon ohne sein Zutun veröffentlichten Angelegenheiten, es mögen diese unmittelbarer Gegenstand seiner Amtsthätigkeit gewesen, oder ihm bei der letzteren Ausübung zufällig bekannt worden sein. Diese Veröffentlichung aber muß widerrechtlich, der Beamte muß zur Geheimhaltung verbunden sein, entweder nach gemeinem Rechte oder nach besonderen Dienstinstructionen oder Particularrechten¹³⁶). Denn nicht für jeden Gegenstand der amtlichen Thätigkeit ist die Verschwiegenheit Pflicht, zumal da die Geschäftsführung der öffentlichen Behörden in der Regel eine öffentliche ist, und sein soll. Die Verschweigung der Geschäftsangelegenheiten kann aber nur aus folgenden Gründen Pflicht werden: 1) wenn die Angelegenheit als ein eigentliches Staatsgeheimniß zu bewahren ist, 2) wenn aus ihrer Veröffentlichung Störungen in der Geschäftsführung und Nachtheile für diese zu fürchten sind, z. B. durch Bekanntmachung der nicht in öffentlichen Sitzungen abgegebenen Stimmen und Ansichten der einzelnen Mitglieder eines Collegiums, oder der decretirten Verhaftungen, Verfolgungen, Hausdurchsuchungen und Sicherheitsmaßregeln, 3) wenn die Veröffentlichung mittelbar oder unmittelbar

135) Man vergl. Litzmann in den Grundlinien 2c. §. 204, welcher nach Klein, in den Grundsätzen des peinlichen Rechtes, §. 532, Grolsman, in den Grundsätzen der Criminalrechtswissenschaft, §. 501, und Grundler in den Grundsätzen des deutschen peinlichen Rechtes, §. 214, dieses Verbrechen zuerst in sein Criminalsystem aufnahm. So auch desselben Handbuch §. 245.

136) Braunschw. Dienstgesetz von 1832. §. 24. Preuß. Gesetz vom 18. Dec. 1834. Anm. z. Bayer. Strafgesetzbuch Th. 3. C. 324, 325. Vergl. Maurenbrecher a. a. D. §. 162. Note h.

für den Staat oder für einen Einzelnen nachtheilig wirkt. Daher ist nach diesen drei Rücksichten selbst die, in Instructionen, Verpflichtungsformeln, und speciellen Anordnungen zur Pflicht gemachte, Geheimhaltung der Geschäfte zu beurtheilen. Buchstäblich kann und muß sie nur ausgelegt werden bei den Bewahrern der öffentlichen Rechnungen, Urkunden, Acten, Archive u. s. w., namentlich bei den Collegien- und Canzleisubalternen, rücksichtlich des Befehles, ohne Vorwissen ihrer Vorgesetzten Anderen nichts daraus mitzuthellen; dann bei Staatsrechnungsführern und den zur Verwaltung der auswärtigen Angelegenheiten angestellten Personen. Bei Allen diesen macht in der Frage über die Verbindlichkeit zur Geheimhaltung weder der Gegenstand der Bekanntmachung noch der letzteren Schadlosgkeit einen Unterschied. Viel kommt dabei auf die Stellung des Beamten bei dem einzelnen Geschäfte an. So z. B. wird der Communalbeamte sich dieses Verbrechen schuldig machen, welcher der oberauffehenden Staatsbehörde in dem Falle eines Prozeßes zwischen dieser und der Commune die der letzteren bei Führung des Prozeßes nachtheiligen Umstände mittheilt. In den entgegengesetzten Fällen ist die Veröffentlichung der Geschäftsangelegenheiten nicht strafbar und kann höchstens, inwiefern sie aus bloßer Plauderei geschah, zu einem Verweis oder noch geringeren Correctivmittel Veranlassung geben. Mittheilungen zu wissenschaftlichen Zwecken ohne die oben erwähnten Nachtheile sind in der Regel für ganz erlaubt zu halten. Die Verletzung der Amtsverschwiegenheit, wenn sie als dieses Verbrechen für sich behandelt werden soll, darf übrigens auch nicht in ein anderes benanntes Verbrechen, z. B. Staats- und Hochverrath, Unterschlagung u. s. w. ausarten, außerdem treten die Grundsätze dieser Verbrechen ein¹³⁷⁾. Zusammenhängend mit dem vorliegenden Verbrechen ist offenbar die strafbare Verletzung des Beichtsiegels von Seiten des Beichtigers; ist aber nicht sowohl nach den Grundsätzen über Amtsverbrechen, als nach den dießfalligen kirchlichen Principien zu beurtheilen. Nach Verschiedenheit des rechtswidrigen Vorsatzes und der Motive dazu, oder der bloßen Fahrlässigkeit und Unvorsichtigkeit, des beabsichtigten oder wirklich gestifteten Schadens u. s. w., ist die Strafe die Verletzung der Amtsverschwiegenheit bloßer Verweis, Geld, Gefängniß, leichte und kürzere Suspension (bloß ab officio), oder Versetzung, längere und strengere Suspension (auch a beneficio), Absetzung, Gefängniß-, Festungs-, Zuchthausstrafe¹³⁸⁾.

Noch werden als besondere Amtsverbrechen häufiger von den Rechtslehrern folgende zwei angeführt:

9) Verletzung der Subordination. Das Letztere ist ein besonders schweres und hart bestrafes Verbrechen bei dem Militär. Andere Beamten sind in dieser Hinsicht zwar nach gemeinrechtlichen Grundsätzen, aber nicht nach den besonderen Bestimmungen des canoni-

137) Zittmann's Grundlinien S. 205. Anm.

138) Ueber diesen Art. vgl. Henke a. a. D. S. 193 und Zittmann im Pandbuche S. 245 flg.

sehen Rechtes, rücksichtlich der Geistlichen (f. S. 228) zu beurtheilen. Nach Obigem (S. 229) muß der Unterbeamte die ihm auf geordnetem Wege zukommenden Befehle seiner Vorgesetzten unbedingt befolgen, wenn sie nicht klaren Pönalgesetzen zuwiderlaufen. Thut er dieß, so ist er straflos. Die Verantwortlichkeit auch der Unterbeamten für ihre Handlungen auf Befehl ihrer Oberen kann sich hier und da nur auf particularrechtliche Vorschriften, und selbst da nur auf irrige Folgerungen aus dem 'auf die Landesverfassung geleisteten Eide gründen. Befolgt der Unterbeamte den vorhin erwähnten Befehl nicht, und die Sache ist eine wahre Dienstsache, beruht auch nicht auf offenbar falschen Voraussetzungen, so sind es, außer in ganz wichtigen Angelegenheiten, und wo aus der Insubordination ein großer Schade entstand, nur gewöhnliche Disciplinarmittel, welche dabei angewendet werden. In den eben gedachten entgegengesetzten Fällen aber, oder wenn der Ungehorsam bis zur Widersetzlichkeit ansteigt, wenn mehrere Grade der Correctivmittel fruchtlos angewendet sind, wenn die Amtssehre durch den Ungehorsam verletzt wird, pflegen dann die Mittel der reinigenden Disciplin, auch Geld-, Gefängniß- und längere Freiheitsstrafen angewendet zu werden¹³⁹⁾.

10) Connivenz der Vorgesetzten gegen ihre Unterbeamten, d. i. die Passivhandlung eines Amtsvorgesetzten, mittelst deren er Dienstvergehen von seinen Untergebenen wissentlich begehen läßt, oder, sind sie begangen, sie nicht pflichtmäßig rügt. Im ersten Falle ist der Vorgesetzte als Gehilfe, im letzteren als Begünstiger des Vergehens nach den dießfalligen allgemeinen Principien zu bestrafen¹⁴⁰⁾. Das letzte und in vieler Art merkwürdigste Amtsverbrechen ist

11) die Veruntreuung im weiteren Sinne (*crimen residui* s. *de residuis*)¹⁴¹⁾, d. i. die, von einem Beamten bewirkte absichtliche, pflichtwidrige Vorenthaltung des, ihm vermöge seines Amtes anvertrauten beweglichen öffentlichen Gutes (*pecunia publica*)¹⁴²⁾. Nicht also blos Staatsgut, sondern auch Kirchen- und Gemeindegut, und zwar bewegliches, in der Regel fungibiles ist der Gegenstand dieses Verbrechens¹⁴³⁾. Depositen gehören also an sich nicht dazu; indes doch wohl inwiefern die Bewahrung derselben vermöge des Staatsschutzes dem Beamten übertragen ist und der Gerichtsherr des Beamten, am häufigsten der Staat, dafür haften muß¹⁴⁴⁾. Wohl aber gehört dazu das Privatvermögen des Regenten und seiner Gemahlin¹⁴⁵⁾. Zurückhaltung, pflichtwidrige Vorenthaltung des anvertrau-

139) Bquer a. a. D. §. 372. Henke a. a. D. §. 194.

140) Ebendasselbst.

141) Rosshirt, Einiges zur Lehre vom *crimen de residuis*, im neuen Archive des Criminalrechtes 10. Bb. 3. Stück, Nr. VIII. S. 453 fig.

142) L. 15. u. 17. D. de verbor. signif. (50. 16.)

143) L. 1. u. 4. §. 7. D. ad leg. Jul. peculatus et de sacrilegis et residuis. (48. 13.)

144) Henke a. a. D. §. 197. S. 539.

145) Arg. L. 6. §. 1. D. de jur. fisc. (49. 14.) L. 3. C. de quadriennii

ten Gutes ist, nach den ausdrücklichen Worten der Gesetze (*qui pecuniam retinuerit, apud quem pecunia publica resedit*¹⁴⁶) — daher *crimen de residuis* —) der Hauptcharacter dieses Verbrechens, das nur ein Beamter, zwar in der Regel der öffentlich angestellte Cassirer, doch auch nicht gerade immer ein eigentlicher Cassenbeamter, sondern jeder Andere, der für Rechnung einer öffentlichen Behörde pecuniäre Leistungen zu verwalten hat, vermöge seines Amtes mit dem Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit¹⁴⁷) begehen kann. Die Einträchtigung des öffentlichen Gutes durch bloße Nachlässigkeit eben so wenig, als durch eine Privatperson ist ausgeschlossen. Das Erstere kann zwar eine Verletzung der Amtspflicht, aber nicht dieß Verbrechen sein. Daher ist die, von älteren Rechtslehrern erfommene Eintheilung in *crimen residui verum* und *quasi crimen residui*, letzteres von dem Falle der bloßen Fahrlässigkeit verstanden, unrichtig¹⁴⁸). Das Motiv dazu, ob Habsucht oder ein anderes, ist für den Thatbestand ganz gleichgiltig¹⁴⁹). Jeder hohe und niedere, zur Besorgung öffentlichen Gutes angestellte Beamte, der es weiß, daß öffentliches Gut in seinen Händen und daß die Unterlassung der Ablieferung desselben an den Staat, oder der Verwendung zu den vorgeschriebenen Zwecken unerlaubt ist, kann das Verbrechen an dem in seinen Händen befindlichen Gute begehen. Begeht er es am Staatsgute, das ihm nicht vom Staate anvertraut ist, das nicht zu seinem Wirkungskreise gehört (z. B. ein Cassirer am Gelde einer Cassen, die er nicht zu verwalten hat); so ist er nur wie ein Fremder anzusehen. Aber jeder Andere, der auch nicht Cassirer ist, der bloß öffentliche Gelder zu verwenden hat, z. B. ein Staatsbaumeister, ein Beamter für die Uniformirung des Militärs u. s. w., kann dieß Verbrechen begehen. Ob der Beamte durch Eid oder durch einfaches Angeldbniß verpflichtet sein müsse, und ob seine Strafbarkeit von diesem Umstande abhängt, ist streitig¹⁵⁰). Aber das ist gewiß, daß der Beamte, der nicht bloß für diese Gutsverwaltung angestellt ist, sondern auch noch für andere Geschäfte, dieses Verbrechens sich schuldig machen kann. Es kann übrigens geschehen durch Unterlassen der Einziehung und Aufbewahrung, oder der Ablieferung und pflichtmäßigen Verwendung des Gutes. Nicht nothwendig zu diesem Begriffe sind die, häufig Behufs dieses Verbrechens begangen werdenden Fälschungen und Verwendung der *pecunia publica* zu anderen Zwecken.

praesc. (7. 37.) Henke's Ansichten a. a. D. §. 197. S. 539 und §. 199. S. 557. kommen auch darauf hinaus, ob sie sich gleich beim ersten Anblicke zu widersprechen scheinen.

146) L. 4. §. 3. u. 4. L. 9. §. 6. D. eod. tit.

147) L. 1. in fine ibid. verb.: *faciat sciens dolo malo*.

148) Henke a. a. D. S. 543.

149) Gegen Litzmann a. a. D. §. 285.

150) Litzmann a. a. D. §. 282 setzt die Verpflichtung im Inverstandnisse mit den mehrsten Particulargesetzen voraus; die Gegner sind bei ihm in der Note y angeführt; rücksichtlich des gemeinen Rechtes gebürt noch Martin dazu a. a. D. §. 230, Note 8.

Da die beiden Gesetze des römischen Rechtes, welche über Verletzung des öffentlichen Gutes disponiren, die *lex Julia de residuis* und die *lex Julia peculatus* in dem vorstehend (Note 143) angeführten Pandectentitel zusammengestellt sind; so ist hier vorerst zu erwähnen, daß beide genannten Verbrechen (s. *peculatus*) vorzüglich in folgenden Puncten verschieden sind. Vor allen Dingen geschieht der *Peculatus* von einer Privatperson, das *crimen de residuis* von öffentlich angestellten Beamten¹⁵¹). Dann setzt der *Peculatus* allemal die active Handlung des Entwendens und Verwendens in den eigenen Nutzen¹⁵²) voraus, das *crimen de residuis* kann aber auch bloß durch eine Unterlassung, durch bloße Innebehaltung, ohne die Absicht der Unterschlagung geschehen. Daher ist es eine irrige Ansicht, daß zu diesem Verbrechen ein eigentlicher Cassendefect vorhanden sein müsse¹⁵³). Vollendet ist das Verbrechen der Veruntreuung des Staatsgutes, sobald die Handlung geschehen ist, durch welche das Staatsgut beeinträchtigt werden soll, durch welche das Staatsgut in den Privatbesitz des Beamten übergeht, es mag das verwendete Gut schon verbraucht sein oder nicht, wenn nur z. B. die Verheimlichung erfolgt ist, eingegangene Gelder noch als Reste in der Rechnung aufgestellt sind u. s. w.¹⁵⁴). Die Absicht, das Entnommene wieder zu ersetzen, hebt das Verbrechen nicht auf. Die Veruntreuung ist entweder Veruntreuung im strengsten Sinne, d. i. die bloß unterlassene Ablieferung oder Verwendung des öffentlichen Gutes zu den vorgeschriebenen Zwecken, oder die Unterschlagung (häufig *Malversation*, und besonders wenn sie an öffentlichen Geldern begangen wurde, *Casseneruntreuung* genannt), d. i. die Zueignung des öffentlichen Gutes, z. B. Behufs der Verwendung zu Privat Zwecken¹⁵⁵). Die Strafe der Ersteren ist bloß nach römischem Rechte zu beurtheilen, da die peinliche Gerichtsordnung darüber schweigt. Die römischen Gesetze belegen dieses Verbrechen, außer dem Verluste des Amtes, mit der Entrichtung des dritten Theiles der zurückgehaltenen Sache¹⁵⁶), wobei sich die Herausgabe der letzteren von selbst versteht. Für einzelne nicht mehr anwendbare Fälle bestimmt das römische Recht noch besondere, zum Theil ebenfalls nicht mehr anwendbare Strafen. Die Unterschlagung hingegen soll, nach der peinlichen Gerichtsordnung¹⁵⁷), wie Diebstahl ge-

151) Littmann a. a. D. §. 281 a. G.

152) L. 1. D. ad l. Jul. peculatus etc. (48. 13.) *verbis: ne auferat, neve intercipiat, neve in rem suam vertat.* L. 4. eod. tit. *verbis: qui pecuniam etc. abstulerit, interceperit.* In L. 6. §. 1. u. 2. ist das Wort *furari* davon gebraucht.

153) Man vgl. über dieses Alles Henke a. a. D. S. 541, und Roschirt a. a. D. §. 6. S. 466 flg.

154) Littmann a. a. D. §. 286.

155) So unterscheidet Bauer a. a. D. §. 384 und wohl richtig wogegen Littmann a. a. D. §. 283 u. 284 gerade die entgegengesetzte Nomenclatur hat.

156) Gegen Feuerbach a. a. D. §. 482a, besonders Note c, womit aber Henke a. a. D. §. 197. S. 543 zu vergleichen ist.

157) Art. 170.

straf werden. Dabei treten nun aber freilich die besondern Rücksichten ein, daß der Staatsdiener durch seine Handlung zugleich seine Amtspflicht, also in der Regel seinen Amtseid verletzt, und daß hier vom Staatsgut die Rede ist, dessen Entwendung selbst beim gemeinen Diebstahle vorzüglich strafbar erscheint. So hat sich denn für beide Arten der Veruntreuung das Princip willkürlicher Strafbarkeit gebildet, wobei die Größe des Schadens, die Gefährlichkeit der bösen Absicht, die Strafbarkeit der angewendeten Mittel, z. B. Vernichtung der Acten und Rechnungsbücher samt Belegen u. s. w., die größere oder mindere Bedeutung der verletzten Pflicht, den Maassstab abgeben. War vorzüglich damit noch ein anderes Verbrechen verbunden, z. B. Fälschung u. s. w.; so steigt dadurch die Strafe, so daß, neben der Amtsentsetzung, 2-, 3-, 4-, 6-, 10jähriges Zuchthaus die Folge sein kann. Particulargesetze erhöhen gewöhnlich diese Strafen, so daß oft schon für Unterschlagung geringerer Summen lebenslängliches Zuchthaus gedroht ist¹⁵⁸⁾. Der Ersatz des Unterschlagenen von Seiten des Beamten versteht sich von selbst; dem Fiskus steht sogar deshalb eine Hypothek an des Letzteren Vermögen zu. Dieser Ersatz, ja sogar die Absicht des Ersatzes, wenn sie auf einer Wahrscheinlichkeit beruhte, werden eben sowohl als drückende Armuth für Milderungsgründe angesehen¹⁵⁹⁾.

Unter den Dienstvergehen und Verbrechen der uneigentlichen oder sogenannten patentirten Staatsdiener im engeren Sinne zeichnen die Gesetze

12) das Verbrechen der Prävarication aus. Im weitern und ursprünglichen Sinne ist dies das Verbrechen des Anklägers, der den von ihm eines öffentlichen Verbrechens Angeklagten begünstigt¹⁶⁰⁾. Da der Anklageprozeß in den deutschen Ländern, wo gemeines Criminalrecht gilt, nicht mehr im Gebrauche ist, so können wir uns nur auf das Verbrechen der Prävarication im engeren, abgeleiteten, uneigentlichen Sinne beschränken, welches von einem Advocaten begangen wird, welcher zum Nachtheile derjenigen Partei, deren Rechte er zu wahren übernommen hat, die Gegenpartei vorsätzlich begünstigt. Also die Absicht der Begünstigung des Gegen-

158) Das altenburgische Malversationsmandat vom 29. April 1740 in der ersten Beisugensammlung zur Landesordnung S. 438 fig. setzt auf Malversation unter 10 Mfl. 2 Monate Hausarrest, bis zu 50 Mfl. 2jähriges Zuchthaus ohne Willkommen, mit ewiger Orts- und Gerichtsdrängung, bis zu 50 Mfl. 5 Jahre lang mit Dienstentsetzung, dem Willkommen und hierauf Landesverweisung, bis zu 100 Mfl. 10 Jahre unter gleichen Schärfungen, über 100 Mfl. lebenslängliches Zuchthaus mit Willkommen. Ueber andere Particulargesetze ähnlich strengen Inhaltes s. Strykus, mod. II. 48, 13. §. 4. Martin a. a. D. §. 229. Note 8.

159) Ueber diesen letzteren Theil des gegenwärtigen Art. ist vorzüglich Littmann a. a. D. §. 287, im allgemeinen aber sind über den Art. besonders Bauer, Henke, Martin und Feuerbach a. a. D. nachzulesen.

160) Bauer a. a. D. §. 312.

theiles wird dabei nothwendig vorausgesetzt, und ein öffentlich angestellter Advocat, Procurator u. s. w. Denn unwillkürliche Vernachlässigung begründet dieses Verbrechen nicht. Und wenn bloß ein Privatgeschäftsführer sich desselben schuldig macht, so ist dies nicht die als öffentliches Amtsverbrechen sich characterisirende Prävarication¹⁶¹⁾. Die unerlaubte Begünstigung kann durch mündliche oder schriftliche Gutachten zum Vortheil des Gegentheiles, Rathsertheilung, Communication der Beweismittel, Verschweigung der für die Partei des Sachwalters sprechenden Gründe u. s. w., jedoch nur in der Rechtsache, in welcher der Sachwalter die Rechte des Klienten vertritt, geschehen. Prävarication ist es nicht, wenn der Sachwalter dem Gegner seines Klienten eine, mit der ihm übertragenen nicht zusammenhängende, Rechtsache führt, vorausgesetzt, daß er ihm nichts vertraut, was er erst durch Führung des Rechtsstreites seines Klienten erfahren hat. Die Prävarication kann aber eben sowohl unentgeltlich, als für eine Belohnung begangen werden. Der Sachwalter muß auch, damit es dieß Verbrechen sei, die Wahrung der Rechte seiner Partei bereits freiwillig, oder vermöge seines Amtes als Armenanwalt, Fiscal u. s. w. übernommen haben, die Sache seines Klienten mag gerecht oder ungerecht sein. Nach aufgehobenem Mandatsverhältniß findet zwar eigentlich keine Prävarication mehr statt, doch würde der Sachwalter, der, nach Aufhebung seiner Vollmacht, die Rechte des Gegentheiles gegen seinen Klienten in der früher von ihm behandelten Sache vertreten, oder jenem die von seinem Klienten vorher erfahrenen Geschäftsgeheimnisse verrathen wollte, allerdings Prävarication begehen¹⁶²⁾. Daß dem Klienten aus der Handlung des Sachwalters auch wirklich ein Schaden entspringen sei; ist zum Thatbestande des Verbrechens nicht nöthig. Obgleich die Gesetze nur von Parteien sprechen, und daher viele Rechtslehrer die Prävarication bloß in streitigen Sachen für möglich halten so muß doch, nach Analogie der Criminalsachen, in denen nach unserer jetzigen Verfassung auch nicht von Parteien die Rede ist, und rücksichtlich deren die Möglichkeit einer Prävarication doch nicht bezweifelt wird, so wie in dem Betrachte, daß da, wo entgegengesetzte Interessen einander begegnen, wie so häufig in Sachen der voluntarischen Gerichtsbarkeit, auch von Parteien die Rede sein kann, die Anwendung der gesetzlichen Vorschriften auch auf Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit für thunlich erachtet werden¹⁶³⁾. Die peinliche Gerichtsordnung¹⁶⁴⁾ droht dem Procurator, der dieses Verbrechens überführt würde, neben der Verpflichtung zum Schadenersatz für seinen Klienten, Pranger oder Halseisen nebst Staupenschlag und Landesver-

161) Gegen Litzmann a. a. D. §. 497.

162) Gegen Litzmann §. 498, welcher die für unsere Meinung sprechende Literatur in der Note m. angibt.

163) Mit Litzmann a. a. D., wo die Literatur über diesen Gegenstand in der Note g. angegeben ist, gegen Martin a. a. D. §. 238, besonders Note 6.

164) Art. 115.

weisung oder willkürliche Strafe. Man wendet den Inhalt des diesfalligen Gesetzes auf die Advocaten an, und die Praxis statuiert Geldbuße von 10, 20, 30 und mehr Thalern, Gefängniß auf 8, 14 Tage, ja häufig zu 3 Monaten, Suspension und Remotion von der Praxis, doch kann dieß auch bis zu mehrjähriger Freiheitsberaubung selbst im Zuchthause ansteigen, wenn der dolus dabei sehr strafbar und der Schade sehr groß ist ¹⁶⁵).

Da Vormünder durch ihr Amt nur eine Bürgerpflicht, und nach unserer Verfassung lediglich eine vom Staate ihnen anvertraute Gewalt ausüben, so rechnet man auch die von ihnen in dieser Qualität begangenen Verbrechen zu den Amtsverbrechen und zählt dazu vorzüglich

13) die Verletzung der Treue von Seiten eines Vormundes gegen seinen Pflegebefohlenen. Unter Vormündern sind hier nur wirkliche Alters- und Standes-, nicht Geschlechtsvormünder zu verstehen. Da das Wohl und Wehe ihres willenlosen Pflegebefohlenen ganz ihren Händen anvertraut ist, so haben mit Recht die Gesetze ¹⁶⁶) ihre Untreue gegen den Pflegebefohlenen für sehr strafbar erklärt, jedoch nur die Strafen der lex Cornelia de falsis demjenigen Vormund ausdrücklich gedroht, der vor Niederlegung seines Amtes und vollständiger Erfüllung aller daraus ihm obliegenden Pflichten mit dem Fiscus einen ihn verbindenden Contract abschließt ¹⁶⁷). Im übrigen sind, mit Ausschluß der Infamie, welche für die untreuen Vormünder bestimmt ist ¹⁶⁸), die Strafen in den eingeführten Gesetzen stillschweigend, aber auch noch ausdrücklich ¹⁶⁹), dem Ermessen des Richters anheim gegeben. Remotion von der Vormundschaft, Gefängniß, ja Zuchthausstrafe bei sehr bedeutender, besonders aus Eigennuz bewirkter Benachtheiligung des Pflegebefohlenen pflegen in der Praxis erkannt zu werden ¹⁷⁰).

Subbens.

Anhalt, als Gesamthaus, besteht jetzt aus den Herzogthümern Anhalt-Bernburg, Anhalt-Deßau und Anhalt-Cöthen, welche zusammen ungefähr 48 □ Meilen ausmachen, auf denen nach den neuesten Zählungen 133,232 Einwohner leben. Jedesmal der Älteste der drei Herzoge heißt ältestregierender (ältester regierender) Herzog zu Anhalt, und leitet als solcher die das Gesamt-

165) Man vgl. über dieses Alles besonders Bauer, Martin u. Littmann a. a. O.

166) L. 1. §. 8. u. L. 2. u. 3. §. 15. D. de suspect. tut. (26. 10.) L. 9. D. de tut. (26. 1.) L. 1. §. 7. D. de officio praef. urbi. (1. 12.) L. 21. §. 6. D. de tutor. et curat. datis. (26. 5.)

167) L. 49. D. locati. (19. 2.) L. un. C. ne tut. vel curat. (5. 41.) L. 1. §. 9. D. ad leg. Corn. de falsis. (48. 10.)

168) L. 13. §. 1. C. arbitrium tutelae. (5. 51.)

169) L. 13. §. 1. C. arbitr. tutel. (5. 51.)

170) Wir sind in dieser Materie Martin a. a. O. §. 234 in der Hauptsache gefolgt, da noch kein anderer Criminalist, so viel wir wissen, dieses Verbrechen förmlich in das Straffsystem und an dieser Stelle aufgenommen hat.

haus betreffenden Geschäfte nach vorheriger Berathung mit den beiden anderen herzoglichen Häusern. Nach dem im J. 1793 erfolgten Aussterben der Linie zu Anhalt-Zerbst hat das Seniorat des Hauses Anhalt mehrere Male unter dessen Regenten gewechselt. Der vorletzte Senior war Herzog Alertus Friedrich Christian zu Anhalt-Bernburg, und nach dessen im J. 1834 erfolgtem Absterben ging dasselbe auf den Herzog Heinrich zu Anhalt-Cöthen über.

Was die Regenten dieser Landestheile anlangt, so nennen die Chronikenschreiber Bernthobald I., II. und III., Behringer I., II., III. und IV. u. s. w. als Ahnherren der jetzigen Herzoge zu Anhalt. Allein es ist vergebliche Mühe, die Abstammung dieses Hauses über den Grafen Esicus IV. von Ballenstedt (Esicus, Esicho, Esche, Asche, Ascaulus), welcher im elften Jahrhunderte lebte, und von dem vielleicht der Name Ascania herkömmt, dem Erbauer des Stammschlosses Anhalt am Harz, und Vollender des Hauses und Schlosses zu Aschersleben, hinaus zu untersuchen. Höchstens kann man als glaubwürdig annehmen, daß nach den anhaltischen Stammtafeln Albrecht V. der Vater dieses Esicus und der Bruder Ludwigs v. Corvey gewesen ist, deren Großvater Albrecht IV. war, und die Einigkeit der neueren Genealogen in der Abstammung des anhaltischen Hauses von Albi von ersetzt den Mangel des Beweises dieser Behauptung ganz und gar nicht. Unter den Regenten, welche sich Grafen zu Ballenstedt und Ascharia (Ascanien, Aschersleben) nannten, ist besonders Otto der Reiche († 1123), welcher das Schloß Anhalt erweiterte, wegen seines vielbewegten Lebens, vorzüglich aber durch seinen berühmten Sohn, Albrecht den Bären merkwürdig, der zwischen 1090 und 1095 geboren ward. Derselbe ward 1123 Markgraf von der Lausitz, etwa 10 Jahre später Besitzer von der sogenannten nordischen Mark (Altmark), und nach des Herzogs Heinrich's des Löwen Unglücksfällen ward ihm 1138 das Herzogthum Sachsen übertragen. Allein Heinrich der Löwe eroberte nicht nur seine Länder wieder, sondern auch die Erblande Albrechts des Bären, welche letztere dieser erst nach einigen Jahren wieder erhielt. Er erbte hierauf in dem Zeitraume von 1142 bis 1147 das wendische Königreich (Mittelmark und Priegnitz), deren Hauptsiß die Stadt Brandenburg war, und 1147 die Grafschaft Plöskau. Nach seinem im J. 1170 erfolgten Tode erhielt von seinen sieben Söhnen der älteste, Otto, die Mark Brandenburg, dessen Linie mit Churfürst Heinrich 1320 ausstarb, Hermann Drlamünde, dessen Stamm zu Ende des 15. Jahrhunderts erlosch, und Bernhard, welcher den Titel eines Grafen zu Anhalt und Ascanien (Aschersleben) annahm, und allein das Geschlecht der Grafen zu Anhalt fortpflanzte, Aschersleben. Dem letzteren wurde, nachdem Herzog Heinrich der Löwe auf dem Reichstage zu Würzburg 1180 in die Acht und seiner Herzogthümer verlustig erklärt worden war, auch ein Theil des Herzogthumes Sachsen verliehen, worauf er den Titel Herzog zu Sachsen annahm. Er starb 1212 und hinterließ zwei Prinzen, Heinrich I. und Albrecht, von denen der erstere die anhaltischen Länder

bekam, und sich zuerst Fürst zu Anhalt nannte, dem letzteren aber das Herzogthum Sachsen zufiel, wodurch die späterhin wieder ausgestorbenen Linien Sachsen-Wittenberg und Sachsen-Lauenburg entsprangen. Unter Heinrich I. ist Anhalt zuerst als abgesondertes Land und Fürstenthum zu betrachten, in welches sich seine drei Söhne so theilten, daß Heinrich II. den Harz, Bernrode und die Grafschaft Aschersleben, Bernhard I. Bernburg, Ballenstedt und einige der thüringischen Güter, und Siegfried I. Cöthen, Dessau und Koswig erhielt, so daß auf diese Weise drei Linien, die aschersleben'sche, die alte bernburgische und die alte zerbstische Linie gestiftet wurden, von welchen die aschersleben'sche schon 1315 mit Otto II. erlosch, worauf ein Prinz aus der Hause Anhalt, welcher zu der Zeit Bischof von Halberstadt war, Fürst Bernhard II., die Grafschaft Aschersleben für das gedachte Bisthum in Besitz nahm, und aller von Seiten Anhalts geschehenen Reclamationen ungeachtet, ist es nie wieder an dasselbe zurückgegeben worden. Die ältere bernburgische Linie starb mit Bernhard VI. 1468 aus, dagegen blühte die Linie Siegfried's, welcher zu Ende des 13. Jahrhunderts starb, fort, und gab allen folgenden und noch jetzt existirenden Linien des anhaltischen Fürstenhauses ihren Ursprung. Von Siegfried's vier Söhnen erhielt Albrecht I. die väterlichen Lande, und erwarb 1307 dazu noch die Stadt Zerbst. Auch schaffte er 1293 nebst Bernhard II. und dem Abt Conrad zu Nienburg an der Saale den Gebrauch der wendischen Sprache in den Gerichten ab, und führte dafür die teutsche Sprache ein. Seine beiden Söhne, Albrecht II. und Woldemar I., regierten gemeinschaftlich, und erkauften im J. 1358 Stadt und Schloß Koslau von den Grafen zu Lindau. Albrecht starb 1362 und Woldemar fand fünf Jahre später seinen Tod in einer Schlacht. Des Ersteren Sohn, Johann I., brachte 1370 die Grafschaft Lindau an sich, und starb 1382 auf einer Wallfahrt nach Palästina. Georg I., der Ältere, welcher von 1405 länger als sechzig Jahre regierte, vereinigte 1448 alles Land auf dem linken Elbufer, wozu 20 Jahre nachher noch Bernburg kam, und verstarb 1474 mit Hinterlassung einer zahlreichen Nachkommenschaft. Unter den nachherigen Fürsten zu Anhalt ist besonders Wolfgang, geb. 1492 und gest. 1565, wegen seines warmen Antheiles an der Reformation merkwürdig; er gehörte zu den Fürsten, welche 1529 gegen den Reichstage zu Speier eine förmliche Protestation einreichten, und in dem darauf folgenden Jahre die augsburgische Confession mit unterschrieben.

Nachdem nun hierauf die anhaltischen Länder nochmals von ihren Regenten unter sich getheilt worden waren, fielen solche 1570 allein dem Fürsten Joachim Ernst anheim. Dieser führte, wie weiter unten näher angegeben werden wird, 1572 ein neues allgemeines Gesetzbuch ein, ließ 1583 die erste Eisbrücke zwischen Dessau und Koslau erbauen, und starb 1586, worauf sein ältester Sohn, Johann Georg I., anfänglich die Regierung führte, aber 1603 sich mit seinen Brüdern, nachdem sie majorren geworden waren, so auseinandersetzte, daß er selbst Dessau, Christian Bernburg, Rudolph Zerbst und Ludwig Cö-

then bekam, August aber mit Vorbehalt seiner Nachfolge, auf den Fall, daß einer seiner Brüder oder dessen Nachkommen ohne Erben versterben sollten, mit Selbe abgefunden wurde. Als nun Ludwigs Sohn, Wilhelm Ludwig, 1665 unbeerbt verstarb, fiel Cöthen an Augusts Söhne, Leberecht und Emanuel. Diese vier fürstlichen Linien blüheten bis 1793 fort, wo die zerbster mit Friedrich August erlosch, dessen Land 1797 unter die übrigen drei Linien vertheilt wurde. So erhielten Zuwachs Anhalt-Cöthen durch die Ämter Roslau, Lindau und Dornburg, Anhalt-Deßau durch die Ämter Zerbst und Walternienburg (letzteres steht unter königl. preuß. Hoheit), und Anhalt-Bernburg durch die Ämter Roswig und Mühlingen; während des französischen Protectorates zog dasselbe noch die im Amte Roswig belegenen Güter der Ordenscommende Burow ein. Während die drei bisherigen Fürsten zu Anhalt in den Jahren 1806 und 1807 den Titel Herzog zu Anhalt angenommen hatten, traten solche unter dem Protectorate Napoleon's 1807 dem Rheinbunde bei, bis dieser mit dem J. 1814 erfolgten Ende der französischen Zwingherrschaft in sich selbst wieder zerfiel.

Gemeinschaftlich besitzt das herzogliche Haus zu Anhalt an Territorium weiter nichts, als seit dem Theilungsvertrage vom 30. Juni 1603: den Berg und das Haus Anhalt (d. h. den am Seltethale am Harz unweit der Grenze der unter königlich preuß. Hoheit stehenden, einem von der Asseburg gehörenden Grafschaft Falkenstein, belegenen großen Hausberg mit der darauf noch sichtbaren Ruine des alten Schlosses Anhalt). Gemeinschaftlich ist ferner das in der Stadt Deßau sich befindende anhaltische Gesammtarchiv, worüber der jedesmahlige ältestregierende Herzog die Oberaufsicht führt, wenn gleich der jedesmahlige herzogl. anhalt-deßauische Regierungspräsident Gesammtarchivar und eines der herzogl. anhalt-deßauischen Regierungsmitglieder Cussos desselben ist. In dasselbe gelangen auch fortwährend die noch jetzt vorkommenden schriftlichen, das Gesammthaus Anhalt angehenden Verhandlungen, während die jedem einzelnen herzoglichen Hause angehenden Schriften in die davon getrennten Hausarchive kommen. Schon bei der 1215 unter Fürst Heinrich zu Anhalt erfolgten Landestheilung ward festgesetzt, daß die verschiedenen Linien einerlei Titel und Wappen führen sollten, welches bis in die neuesten Zeiten, einige Kleinigkeiten abgerechnet, beibehalten worden ist. Jede der drei Linien hat von jeher die Landeshoheit besessen, auf den teutschen Reichstagen aber hatte Anhalt seit Joachim Ernst 1682 nur Ein Wortum. Nachdem Anhalt von dem Rheinbunde sich losgesagt, und 1815 dem teutschen Bunde beigetreten war, führt es in der teutschen Bundesversammlung zu Frankfurt a. M. mit den oldenburgischen und schwarzburgischen Häusern gemeinschaftlich zwar nur Eine Stimme, die 15., in der vollen Versammlung (in pleno) aber hat jeder regierende Herzog zu Anhalt eine eigene Stimme. Vermöge des durch den Theilungsvertrag von 1603 und Erbvertrag von 1635 eingeführten Seniorates, was jedoch kein Majorat sein soll, werden die

gemeinschaftlichen Angelegenheiten, wie schon weiter oben angedeutet wurde, von dem jedesmaligen ältestregierenden Herzoge besorgt, der dafür bestimmte Gelder erhält. Durch die genannten Verträge ist auch festgesetzt, daß, wenn eine der Linien aussterben sollte, die übrigen sich in deren Land gleichmäßig theilen sollen, welches auch von den römisch-deutschen Kaisern bestätigt worden ist. Das Recht der Erstgeburt wurde in den Fürstenthümern Anhalt, wie bei jedem ganz besonders angegeben werden wird, nicht zugleich, sondern zu verschiedenen Zeiten eingeführt, und die nachgeborenen Prinzen erhalten eine Abfindung (Apanage). Die anhaltischen Fürsten erlangen, dem sächsischen Rechte gemäß, mit dem 21. Jahre ihre Majorennität, jedoch sind hiervon in der neuern Zeit Ausnahmen gemacht worden (s. Bernburg). Was die Vormundschaft über minderjährige Fürsten betrifft, so ist die Mutter sowohl quoad effectum educationis als administrationis durch Observanz dazu befähigt. In Hinsicht der Prinzessinnen der herzogl. Häuser war 1603 zur Ausstattung derselben eine Fräulein- oder Prinzessinnensteuer eingeführt, welche jedoch jetzt aus der Tranksteuer bestritten wird. Am 18. November 1836 stifteten die Herzöge den gemeinschaftlichen Hausorden Albrechts des Bären, welcher aus 3 Classen, Großkreuzen, Commandeurs und Rittern, besteht.

Das Münzregal haben die Fürsten zu Anhalt schon seit 1376 ausgeübt, wo sie zu Zerbst eine eigene Münze besaßen. Auch waren früherhin die auf dem Unterharze befindlichen Bergwerke gemeinschaftlich. Nachdem aber Anhalt-Cöthen und Anhalt-Deßau schon früher dem Miteigenthume an solchen entsagt, von Anhalt-Zerbst aber solches noch bis in die Mitte des 18. Jahrhunderts ausgeübt und hierauf aufgegeben wurde, haben die ersteren beiden Häuser schon früher, Anhalt-Zerbst aber erst mit seinem Aussterben aufgehört, Münzen zu prägen, und es wird jetzt nur noch von Anhalt-Bernburg (auf dem Unterharze) Geld geschlagen; sogar aus väterländischem Golde. Was die Lehnverhältnisse Anhalts anlangt, so wurden dessen Fürsten vom römisch-deutschen Kaiser mit ihren Landen belehnt, welches aber mit der Auflösung des deutschen Reiches, wo sie souverän wurden, von selbst wegfiel. Uebrigens ist das gemeine, besonders das sächsische Recht, die Richtschnur in Lehnssachen, wovon auch die anhaltische Landesordnung im 15. und 16. Titel, und die Prozeßordnung im 18. Titel handelt, woraus hauptsächlich nur als abweichend hervorzuheben ist, daß, wenn drei oder mehr Töchter vorhanden sind, die aus dem Erbe ihren Unterhalt und Ausstattung nicht bekommen können, dieselben dafür den zehnten Theil des Werthes der Lehngüter, nach Abzug der Lehnschulden, erhalten sollen, wenn aber der Verstorbene nur eine oder zwei Töchter hinterläßt, denselben ihre Aussteuer von den Lehnsfolgern statt der Alimentengelder bis zu ihrer Verheurathung verzinst werden soll; so wie auch, daß bei Verpfändung eines in ihrem Lande befindlichen Lehngutes die Herzöge ihren Consens nicht länger als auf sechs Jahr ertheilen, nach deren Verfluß derselbe renovirt werden kann, und endlich, daß veräußerte Lehngüter, wenn der Verkäufer noch lebt, bin-

nen Jahresfrist von den Mitbelehnten durch Erstattung des Kaufgeldes, wenn aber der Verkäufer verstorben, binnen 30 Jahren unentgeltlich revocirt werden können. Der oberste Lehnsherr und Inhaber der Lehnscurie ist jetzt in jedem Lande der regierende Herzog. Vergl. übrigens Mosers Staatsrecht des hochfürstl. Hauses Anhalt.

Eine landständische Verfassung, wie sie früher in Anhalt stattfand, ist bis jetzt trotz der Bestimmung der teutschen Bundesacte noch nicht wieder eingeführt worden, indem von 1603 bis 1698 mehrere allgemeine Versammlungen der Landstände oder Landtage, von welchen besonders der Landtagsabschied von 1611 und 1652 als das Hauptgrundgesetz der anhaltischen Landes- und Steuerverfassung zu betrachten ist, zur Regulirung des landschaftlichen Schulden- und Steuerwesens gehalten worden sind. Von 1698 an aber haben wegen der Steuerfachen nur sogenannte Landrechnungstage stattgefunden (Codex Anhaltinus oder von Landtagsdeputationen und Ausschreiben. Zerbst 1794). Zu den Abgaben, welche für die sämmtlichen Herzogthümer erhoben werden, indem jedes einzelne nach einem gewissen Arrangement hiervon Einkünfte hat, gehört die Trancksteuer der Stadt Zerbst. Alle übrigen Abgaben und Steuern Anhalts fließen in die Cassen der einzelnen Herzogthümer, und werden weiter unten bezeichnet werden.

In Anhalt hat bei gerichtlichen Verhandlungen von jeher das sächsische und subsidiarische das römische Recht geolten, wobei die anhaltischen Landesgesetze einzelne Rechtsverhältnisse näher bestimmen. Fürst Joachim Ernst führte den 21. April 1572 mit Bestimmung der Landstände zuerst ein neues allgemeines Gesetzbuch, die anhaltische Polizei- u. Landesordnung ein, wozu der gelehrte Dr. J. Köppen einen Commentar unter dem Titel: *In ordinationes anhaltinas a J. Ernesto 21. Apr. 1572 Dessaviae promulgatas commentar. succinctus auctore J. Koeppen, Jcto. Descript. Servestae 1677*, schrieb, ohne daß solcher jedoch jemals in Druck erschienen ist. Doch giebt es einen gedruckten Commentar von F. G. A. Lobethan, betitelt: *die fürstlich anhalt. revivirte und verbesserte Landes- und Prozeßordnung*, herausgegeben von Lobethan, Cöthen 1804. Hierauf wurde im Jahre 1666 unter den Namen der sämmtlichen damaligen anhaltischen Fürsten, Friedrich, Johann, Leberecht, Johann Georg II., Emanuel und Victor Amadeus eine erneuerte und verbesserte Landes- und Prozeßordnung wieder herausgegeben. 1653 war auch eine Gesindeordnung erschienen, welche in der verbesserten Landesordnung bestätigt wurde, ohne daß sie jedoch vor Gericht zur Anwendung kommt. Nach der im J. 1806 erfolgten Auflösung des teutschen Reichsverbandes wurden von den Herzögen zu Anhalt für ihre Unterthanen die Landesregierungen als oberste Landesjustizcollegien eingesetzt. Nachdem aber die Regenten Deutschlands im hohen Rechtsgefühl beschlossen hatten, für ihre Unterthanen eine oberste und letzte Gerichtsbehörde in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und peinlichen Sachen zu constituiren, vor welcher alle dergleichen Sachen in dritter Instanz entschieden werden sollten, so vereinigten sich die drei regierenden Herzöge zu Anhalt, mit den

zwei regierenden Fürsten zu Schwarzburg zur Errichtung eines gemeinschaftlichen Oberappellationsgerichtes, welches seinen Sitz in Zerbst haben sollte, und unterm 14. Oct. 1817 wurde solches daselbst feierlich installiert. Das Personal desselben besteht aus einem Präsidenten, vier Räten, einem Secretär, welcher jetzt den Titel Canzleirath führt, einem Canzlisten und einem Canzleidiener. Mit der Errichtung dieses gemeinschaftlichen Oberappellationsgerichtes ist für die herzogl. anhaltischen und fürstl. schwarzburgischen Souveränitätslande eine provisorische Oberappellationsgerichtsordnung unter dem Titel: Gesetzliche Vorschriften, die Competenz des gemeinschaftlichen Oberappellationsgerichtes zu Zerbst und das gerichtliche Verfahren bei demselben betreffend, im Druck erschienen. Hiernach ist

1) für die vereinigten regierenden Souveräns selbst §. 14. wörtlich bestimmt worden: „Insbesondere wollen die theilnehmenden durchlauchtigsten regierenden Fürsten in allen Dienstentsetzungssachen bestellter Civilstaatsdiener, und in allen persönlichen Dahlehn- und sonstigen Contractssachen bei Höchstihren Landesjustizcollegien in erster Instanz, jedoch nur nach den Formen des Ordinarprozesses, Recht geben, und dergleichen Sachen in dem gewöhnlichen Instanzenzuge an das Oberappellationsgericht gelangen lassen.“

2) Klagsachen gegen Mitglieder der fürstlichen Familien unterliegen nach §. 15. denselben Bestimmungen, wie andere schriftsfähige Angelegenheiten, d. h. die erste Instanz bilden die Landesregierungen, die zweite Instanz ist die der Reuterung, und in dritter Instanz kommt die Sache an das Oberappellationsgericht zur Entscheidung, und nach §. 52 ist wider ein von dem Oberappellationsgerichte in einer Civilsache ertheiltes Erkenntniß nur dann ausnahmsweise das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde einzulegen nachgelassen worden, wenn Jemand behaupten wollte, daß durch jenes entweder absolut wesentliche Bestandtheile des Prozesses verlegt, oder gegen den klaren Inhalt der Oberappellationsgerichtsordnung oder der speciellen Landesgesetze gesprochen worden sei. Jeder Civilrechtsstreit, wenn dessen Gegenstand 200 Thaler Hauptwerth oder 8 Thaler Jahresnutzung gewährt, oder, wenn er gar nicht zu Gelde abzuschätzen ist (Letzteres jedoch mit mehreren Ausnahmen), wird in dritter Instanz vom Oberappellationsgerichte entschieden; in Criminalfällen ferner gehören vor dasselbe alle Sachen, wo es entweder auf eine Lebens- oder Leibesstrafe von mehr als 2 Jahren, auf Geldstrafe von mehr als 200 Thaler ankommt, oder Fälle, bei denen in thesi Strafen eintreten, wo auf Reinigungseid oder Specialinquisition erkannt worden ist, ferner wo Entsetzung von einem Staatsamte eintritt, und wo bei höheren Ständen auf eine Strafe erkannt worden ist, die den Verlust der Ehre nach sich zieht. Nachdem jedoch durch einen Bundestagsbeschluß die Versendung der Criminalsachen zu einem auswärtigen einzuholenden Spruch verboten worden ist, gelangen auch geringere Criminalsachen in zweiter und letzter Instanz vor das Oberappellationsgericht. Besonders wichtig ist die Bestimmung der §§. 23 und 25, nach welchen die Competenz des Ober-

appellationsgerichtes zu Zerbst auch bei Beschwerden über verweilerte oder verzögerte Rechtspflege sowohl in Civil- als auch Criminalfällen ausgesprochen worden ist. Jeder der vereinigten Höfe führt der Reihe nach abwechselnd ein vom 1. October anhebendes und mit Schluß des 31. Oct. im nächsten Jahre endendes Jahr hindurch die genauere Aufsicht über den Geschäftsgang bei dem Oberappellationsgerichte und über dessen öffentliche Verhältnisse, unter dem Titel eines Inspectionshofes, während von den herrschaftlichen Cassen der fünf vereinigten Souveränitätslande zu gleichen Theilen die Befolungsbeiträge für das Oberappellationsgerichtspersonal eingezahlt werden, und wozu Anhalt-Deffau noch einen besonderen Beitrag unter dem Titel Miethgelber giebt.

Die jedem einzelnen der drei Herzogthümer Anhalt eigenthümliche Verfassung, deren Gesetze u. s. w., siehe bei den Artikeln: Bernburg, Deffau und Cöthen. —

Anklage, Anklageprozeß ist diejenige Art des strafrechtlichen Verfahrens, worin eine besondere, vom Richter getrennte Person eine andere wegen eines Verbrechens vor Gericht verfolgt, die Lieferung der Schuldbeweise gegen dieselbe übernimmt, und die Verurtheilung in die gesetzliche Strafe zu erwirken sucht.

I. Besonders wichtig ist die historische Bedeutung des Anklageprozesses wegen der Erklärung mehrerer älteren Rechtsquellen. — Schon das römische Recht beruhte auf dem Anklageprozeß, welcher bis in die spätesten Zeiten die Hauptform des Strafverfahrens blieb. (Vergl. Kosphirt im Archiv f. Cr. XI. S. 388; über das Anklageverfahren in den quaestiones perpetuae von Birnbaum im Archiv f. Cr. IX. S. 340 fg., besonders über das Wort *crimen* im Sinne von Anklage.) — Vielfache Beweise davon finden sich auch bei dem römischen Classikern (siehe besonders die in Mittermaier Strafverfahren §. 12. Nr. II. u. IV., §. 27. und §. 210. citirten Stellen und dazu Plin. Epistol. X. 98.) — Die Hauptpunkte des Anklageprozesses waren demnach: 1) die *nominis delatio*, 2) die *postulatio rei*, wahrscheinlich da, wo der *reus in ius vocatus* nicht erschien, 3) die *inscriptio criminis*, eine Art von Ausführung oder Rechtfertigung der Anklage, und 4) die *subscriptio in crimen*, die förmliche Unterwerfung unter die Folgen einer falschen Anklage. Damit hingen denn noch mehrere Vorschriften über verläumberische Anklage (*calumnia*), sowie über Verbot des leichtsinnigen Zurücktretens von der Anklage (*praevariatio, tergiversatio*, und *SC. Turpilianum*) zusammen. (Mathaei de crimin. L. 48. Tit. XIII. C. 6.) Aus den Justinianischen Rechtsbüchern sind besonders L. 3. §. 1. D. de accus. (48. 13.) und L. 17. Cod. eod. tit. hervorzuheben; die Hauptfrage betraf die gänzliche oder theilweise Ausschließung gewisser Personen (Verwandter, Weiber, Geistlicher u. s. w.) von dem Rechte der Anklage (s. bes. Kittler, corp. jur. crim. academ. §. 644).

Auch das älteste germanische Recht, sowie alle aus einem wahren Volksleben hervorgegangenen Rechte, erkannten als obersten Satz ihres Criminalprozesses das Axiom: Ohne Ankläger kein Richter (s. bes. die

in Holtair's Gloss. voce Anklage und in Mittermaier d. St. V. §. 27. Note 15—26 angeführten Beispiele). — Im Verlaufe der Zeit bereitete aber hauptsächlich die Besorgniß, es möchten viele Verbrechen in Ermangelung eines Anklägers straflos bleiben, den allmäligen Uebergang zum Untersuchungsverfahren vor. Dahin gehört insbesondere die anfänglich nur für größere Verbrechen, später aber allgemeiner geltende Vorschrift des sogenannten Klagens von amtswegen (s. bes. C. C. C. Art. 88. in fin. Maurer teutsch. G. B. S. 152 und Biener Beiträge zur Geschichte des Inquis.-Prozesses S. 140 fg.). Daher werden auch im canonischen Rechte (z. B. c. 24. X. de accus. V. 1. in fin.) drei Arten des Strafverfahrens, accusatio, denuntiatio und inquisitio als nebeneinander zulässig genannt. So sind auch die meisten Artikel der C. C. C. auf beide Arten des Prozesses (Ankl. u. Unters.-Verf.) anwendbar. Von der ersten Art reden hauptsächlich nur Art. 11, von der Pflicht des Anklägers, die That genau anzugeben, Art. 12—15 von der Sicherheitsleistung wegen Kosten und Schaden für den Fall unrechter Anklage, Art. 17 von der Nothwendigkeit für den auswärtigen Ankläger, einen Wohnsitz zu wählen, Art. 70 fg. von der Stellung der Zeugen durch den Ankläger nebst Ueberreichung von Artikeln, vom Rechte sich über die eröffnete Kundschaft zu erklären, eine Beweisführungsschrift einzureichen. In vielen anderen Artikeln wird dann noch von Anträgen, Vorträgen und Beweisen des Anklägers geredet, so z. B. im Art. 142, wenn der Ankläger beweisen müsse, daß sich der Angeklagte nicht im Stande rechter Nothwehr befunden habe und vergl. — Das alte strenge Anklageverfahren hatte sich aber selbst nach und nach immer mehr zum Unters.-Verf. hingeneigt, vermittelt der Clausel: *super quibus omnibus et singulis etc.* (sc. *imploro officium mobile iudicis*); daher überließ auch der Ankläger die geeigneten Maßregeln dem Richter, und es wird als *communis opinio* der Practiker des XVI. Jahrhunderts angeführt: *et accusationem esse in officio iudicis* (s. j. B. Jul. Clari Sent. §. fin. qu. 12 Nr. 3). Das Unters.-Verf. trug daher den Sieg davon; erst in neuerer Zeit hat man in Deutschland die Zweckmäßigkeit desselben in Frage gestellt, und über den Vorzug des Anklageverfahrens geschrieben (s. bes. die bei Mittermaier §. 27. Note 76 angeführte Literatur). Der Hauptvorzug des letzteren besteht ohne Zweifel in der größeren Bestimmtheit der Formen, während im reinen Inquisitionsprozesse eine schwankende Unbestimmtheit im Verfahren, sowie ein leichter mögliches Uebergreifen der Beamten die Wahrheit eher gefährdet, als befördert. —

II. In Bezug auf die practische Bedeutung des Anklageprozesses ist der Privatankläger von dem öffentlichen zu trennen.

1) In den Ländern des gemeinen teutschen Rechtes, wo das Unters.-Verf. als Regel gilt, erscheint der Anklageprozeß nur als erlaubte Ausnahme, insofern es jedem Privatmanne frei steht, wegen eines Verbrechens als Ankläger aufzutreten. Solche Fälle sind in praxi seltner; man findet ein neueres Beispiel in Hizi's Annalen der teutschen Criminalrechtspflege Heft 14 und 15, wo Jemand wegen Nach-

ahnung der Fama einer andern Handlung auf Tabakspäßen belangt wird. Ueblich ist diese Form des Verfahrens sonst auch in Injurienfachen. Ueber dasselbe gilt im Ganzen als Regel:

a) die Stellung des Anklägers richtet sich im Zweifel nach der Analogie des Civilprozesses, daher muß sich, 1) der Ankläger zur Sache legitimiren, wobei die Vorschriften des römischen Rechtes über die *admissio ad accusationes* wichtig werden; 2) den Ankläger muß eine logisch abgefaßte, gehörig begründete, mit einem Gesuch versehene Klage einreichen oder zu Protocol geben; 3) die von der C. C. C. vorgeschriebene Sicherheitsleistung (s. W. Müller Lehrbuch des Crim.-Proz. S. 187) kann allerdings noch von dem Ankläger gefordert werden, doch beschränkt man wohl richtiger die Verbindlichkeit dazu auf die Fälle, wo die bürgerliche Stellung des Anklägers keine Sicherheit gewährt, z. B. wenn derselbe Ausländer oder vermögenslos¹⁾ ist, und besonders dann, wenn er auf Verhaftung des Angeklagten anträgt (dafür spricht namentlich die Analogie des Arrestprozesses); 4) dem Ankläger können und müssen Termine für seine Handlungen gesetzt werden; wegen Versäumung derselben wird er damit ausgeschlossen. 5) Dem Ankläger wird aufgegeben, Beweise zu liefern, jedoch nur durch einfaches Decret. 6) Wie der Kläger im Civilprozesse, so ist auch der Ankläger auf Verlangen und über jede Einwendung des Angeklagten immer zu hören, und das ergangene Urtheil auf ihm bekannt gemacht werden (Martin Lehrbuch S. 144 a. S. S. 153. Note 2). 7) Der abgewiesene oder ungehorsame Ankläger kann in die Kosten verurtheilt werden. 8) Gegen die Abweisung der Anklage, sowie gegen das seinen Anträgen nicht entsprechende Urtheil steht dem Ankläger das Recht der Berufung an den höheren Richter zu. (Hierin unterscheidet er sich namentlich vom bloßen Denuntianten, der kein weiteres Recht der Theilnahme an der Untersuchung, als es ihm der Richter einräumt, und kein Recht der Appellation hat.)

b) Die Stellung des Angeklagten, sowie die Schritte der Untersuchung von Seiten des Richters erleiden aber durch die Anklage keine Veränderung; auf sie ist die Analogie des Civilprozesses nie anwendbar. Wie im Untersuchungsverfahren nimmt daher der Richter in Abwesenheit des Anklägers die Verhöre vor; eine Mittheilung der Anklageschrift bei der Vorladung des Angeklagten ist nicht nothwendig; dieselbe muß aber nach geschlossener Untersuchung zur Einsicht offen stehen; von amtswegen hat der Richter auch für den Entschuldigungsbeleg zu sorgen, wie dem Angeklagten das unbedingte Recht der Vertheidigung durch einen Advocaten freisteht. Der Richter darf sich deshalb auch mit dem bloßen Geständnisse des Angeklagten nicht begnügen, sondern muß stets die näheren Umstände der eingestandenen

1) Der Ankläger kann in diesem Falle andere Personen um Cautionsbestellung angehen; ist er nicht im Stande, eine Caution herbeizuschaffen, so mag er seine Anklage (wenn sie anders gegründet ist) in eine bloße Anzeige verwandeln.

Thatfache erforschen. Ein besonderes Vorverfahren findet nur da statt, wo der Angeklagte sogenannte prozeßhindernde Einreden (der fehlenden Caution, Legitimation, Einreden der Rechtskraft oder Klagenverjährung u. dgl.) vorbringt, über welche der Ankläger zuerst vernommen werden muß. — Von einer Eideszuschlebung, einem Vergleiche oder nothwendigen Eiden kann aber nie die Rede sein. —

2) In denjenigen teutschen Staaten ²⁾ oder Landestheilen (wie Rhein-Preußen, Rhein-Bayern), wo das Amt des öffentlichen Anklägers (Staatsanwaltes) eingeführt ist, erscheint der Anklageprozeß als gebieterische Regel. Die Fälle, wo das Gericht ohne Anklage eine Untersuchung verfügen oder einleiten kann, sind darnach nur Ausnahmen. — Für die Kenntniß des Institutes der Staatsanwaltschaft vergleiche man besonders W. Müller das Institut der Staatsanwaltschaft nach seinen Hauptmomenten u. s. w. Leipzig 1825 und das Werk von Ortolan et Ledeau le ministère public en France. II. Vol. Paris 1831, wo auch die vom französischen Justizministerium erlassenen Instructionen abgedruckt sind.

Da, wo das Verfahren in Strafsachen auf dem Grundsätze der öffentlichen Anklage ruht, hat der Staatsanwalt nicht nur die Untersuchung durch zweckmäßige Anträge zu beleben, und für Herbeischaffung der Beweise mit thätig zu sein, sondern er führt auch die Anklage bei dem urtheilenden Richter durch, und sorgt für die Vollziehung des erfolgten Erkenntnisses. Der wichtigste Theil der Thätigkeit des Staatsanwaltes ist u. A. die Verfertigung der Anklagsurkunden (acts d'accusation), (s. gute Bemerk. darüber in der neuen Pariser Encyclop. du droit im Artikel „accusation“ S. 188 fg.). Fern von jedem Parteilichereffe kennt der Staatsanwalt nur das Streben nach Recht und Wahrheit, nicht durch Stolz und angemessene Allmacht sucht er dem Gerichte seine Meinung aufzubringen, sondern, jede Leidenschaftlichkeit von sich verbannend, bleibt er stets in ruhig würdiger Haltung, wenn er seine Ansicht vorträgt und das Gericht davon überzeugen will. Er strebe nach Achtung und vermeide Gehässigkeit; denn sein kluges und ehrenhaftes Benehmen wirkt hier meist besser, als die gelehrteste Rechtskenntniß! —

In mehreren teutschen Staaten hat man sich in neuerer Zeit für Anklageverfahren mit Staatsanwaltschaft ausgesprochen, z. B. 1827 und 1831 auf dem Landtage in Bayern; über die von der Gesetzgebung dabei zu beobachtenden Rücksichten vergl. u. A. Archiv f. Crim.-R. XI. Band, S. 446 fg. w. w.

2) Kaum als Anklageprozeß kann dasjenige besonders noch hier und da in Norddeutschland übliche Verfahren betrachtet werden, wo nach geschlossener Untersuchung ein kändig aufgestellter oder auch nur ad processum ernannter Fiscalanwalt Anklageartikel entwirft, z. in einzelnen Theilen von Hannover (s. Deckerley, Hann. Pr. S. 38. in Ungarn, (Vaschetich inst. iur. crim. hung. Lib. II. S. 31.) und Holstein, nach v. Schirach in Falck's neues St. B. Magazin III. 2. S. 405.

Annaten ¹⁾. Der Grundsatz, daß das Sacrament der Weihe unentgeltlich ertheilt werden müsse, zieht sich durch die kirchliche Gesetzgebung ²⁾ von der ersten Zeit an, aus welcher überhaupt Gesetzgebungsdocumente urkundlich erhalten worden sind. Zeitig schon findet sich jedoch eine Reaction gegen denselben, gegen welche das ökumenische Concilium von Chalcedon ³⁾ vergeblich das göttliche Gebot *gratis accepistis, gratis date* (Matth. 10, 8.) zu sichern bemüht war, und endlich wurde unter Justinian das Unrecht sogar zum Recht erhoben, indem für die Ordination gewisse durch die 123. Novelle festbestimmte Taxen theils zum Vortheil des Ordinirenden, theils der Notarien angeordnet wurden ⁴⁾. Auch in der römischen Kirche hatten diese Einrichtungen Eingang gefunden; aber schon im Jahre 595 findet sich auf einer unter Gregor d. Gr. gehaltenen römischen Synode eine absolute Erneuerung des verdrängten alten Rechtes ⁵⁾, durch welche jedoch, wie ausdrücklich hinzugefügt wird, freiwillige Geschenke an den ordinirenden Clerus nicht verboten werden sollten. Wie gering der Erfolg dieser Maßregel gewesen, bezeugen die Klagen der Kirchenversammlungen, insbesondere der großen im J. 829 versammelten Synode von Paris, welche laut und dringend forderte, daß jene *odibilis pestis a Romana ecclesia amputaretur, quoniam, si caput languerit, membra incas-*

1) Aus der reichhaltigen Literatur über die Annaten sind insbesondere hervorzuheben: Thomassin *vet. et nov. eccl. disc.* p. III. l. II. c. 56—59. — P. de Marca *concord. sac. et imp.* L. 6. c. 10. seq. — Barthel *Diss. de concordatis.* (in *Opp. rec. Bamb.* 1761. T. II. p. 252 seq. — Gregel *Diss. de iuribus nat. Germ. ex accept. Decretor.* Basil. *quaesitis.* 8. 67. seq. (in *Gratz Contin. thesaur. iur. eccl.* Vol. I. Mogunt. 1829. p. 87.) — v. Sartori *geistl. und weltl. Staatsr.* Band I. Theil II. C. 14. 17. —

2) Vergl. die Zusammenstellung bei Gratian *Caus. I. qu. 1—7.*

3) C. 2. (c. 8. C. I. qu. 1.)

4) C. 3. „*Pro consuetudinibus autem illa sola permittimus praebere ab ordinatis episcopis, quae subsequenter praesenti legi inserta sunt. Jubemus igitur beatissimos archiepiscopos et patriarchas, h. e. seniores Romae et Constantinopoleos et Alexandriae et Theopoleos et Hierosolymorum, si quidem consuetudo habet, episcopis et clericis in eorum ordinatione non minus quam viginti auri libras dari; ipsa solummodo praebere, quae consuetudo recognoscit; plus autem ab hac quantitate nihil supra viginti auri libras praebere. Metropolitanus autem a propria synodo aut a beatissimis patriarchis ordinatos et alios omnes episcopos, qui aut a metropolitibus ordinantur, dare pro inthronisticis quidem solidos centum, notariis autem ordinatis et aliis ministrantibus ei et solenniter accipientibus solidos trecentos etc.*“ — C. 16.: „*Sed neque clericum cuiuscunque gradus dare aliquid ei, a quo ordinatur, aut alii cuilibet personae permittimus; solas autem praebere eum consuetudines iis, qui ordinationum ministrantes sunt, ex consuetudine accipientibus unius anni emolumenta non transcendentes.*“ Namentlich in der letzten Stelle pflegt der Ursprung der Annaten, und zwar selbst der quantitativen Bestimmung gesucht zu werden, eine Ableitung, welche immerhin mißlich ist, da es an der nöthigen Vermittelung zwischen jener Bestimmung Justinians und dem späteren Rechte fehlt.

5) L. 4. C. 1. qu. 2.

sum vigeant necesse est⁶⁾, und fast zwei Jahrhunderte später die Briefe des Ivo von Chartres (*Romanae ecclesiae consuetudine se defendunt, in qua dicunt cubicularios et ministros sacri palatii multa exigere a consecratis episcopis vel abbatibus, quae oblationis vel benedictionis nomine palliantur, quum nec calamus, nec charta gratis ibi, ut ajunt, habeatur*). Allgemein wurde diese Klage, als inzwischen das Recht die erwählten Bischöfe zu weihen und zu bestätigen ein päpstliches, jene Abgabe zu einer allgemeinen geworden war, wie denn unter anderen Guil. Durantis, Bischof von Mendè⁷⁾, in seiner Schrift: *De modo generalis concilii celebrandi* ausdrücklich unter den der Abhilfe bedürftigen Punkten jenen kaiserlichen Mißbrauch der römischen Kirche erwähnt, in qua etiam coetus dominorum cardinalium vult habere una cum domino Papa certam portionem a praelatis, qui promoventur ibidem. Die Aufhebung aber war am wenigsten in einer Zeit zu erwarten, in welcher alle materiellen und sittlichen Kräfte des römischen Hofes gelähmt waren, wie nie zuvor noch später. Deshalb blieb nicht nur jene Abgabe von den zu Rom bestätigten Metropolitane und Bischöfen (für welche schon im J. 1317 der Name *servitia communia* erscheint⁸⁾), sondern Johann XXII.

6) L. 1. C. 11.

7) Ep. 133.

8) (Paris 1671) vergl. de Marca a. a. D., der jedoch den Speculator mit seinem Neffen und Nachfolger, dem Verfasser der erwähnten Schrift verwechselt, vergl. v. Savigny Gesch. des R. R. V. 510. 528.

9) In einer Quittung bei Kleinmairn, Nachrichten von Sübavia S. 163—165. — Die Behauptung, daß die Annaten schon im 13. Jahr. quantitativ (nach dem Werthe der Früchte eines Jahres), bestimmt gewesen seien, wird von fast allen Kirchenrechtsschriftstellern (vgl. z. B. de Marca a. a. D. C. 10. §. 14. a. E. und unter den neuesten auch noch von Walte r Lehrb. des R.-R. 7. Aufl. §. 194 Note O, und Eichhorn L. Staats- und Rechtsgesch. 4. Ausg. §. 465. Note b.) durch Berufung auf die Lectura Hostiensis ad c. Inter cetera 15. X. de off. iud. ord. l. 31. begründet. Dies ist jedoch ein Versehen, welches durch eine Stelle in dem Commentar des Joannes Andreae zu der citirten Decretale veranlaßt worden ist. Dort heißt es nämlich (nach der Ausg. Venet. 1489. p. 154): „In gl. ult. in f. dicit Hostiensis, quod Romanam ecclesiam excusat necessitas, quod nec de suo posset omnibus providere; item privilegium de antiqua consuetudine iam obtentum, et dicit, quod episcopi conantur etiam hoc mutari (imitari), quod esse non debet, ut in decretali prima de temp. ord. et de re iud. in causis. Pluries clamavi in tantum, quod de hoc fuit sermo in concilio Viennensi, quod optarem, quod curia reciperet vicesimam reddituum clericorum totius orbis ad sustentationem Papae et cardinalium, et nihil exigi vel recipi posset pro servitiis praelatorum, quos promovit, exceptis salariis taxatis laborantium, puta scriptorum et similium, et tunc provideret legatis et nunciis, quos mittit de praedicta quota et abtineret ab exactione fructuum primi anni, exactionibus decimarum et similium.“ Bei Hostiensis ist jedoch lediglich von der Forberung des Papstes die Rede, daß Legaten und Nunciis von den Bischöfen erhalten werden sollten, in deren Diöcesen sie gesandt würden. Die angeführte Stelle des Joannes Andreae ist übrigens wörtlich in die Glossen des Zabarella, Panormitanus u. X. übergegangen.

forderte als außerordentliche Steuer auch von allen anderen, der Wahl nicht unterworfenen Pfründen auf drei Jahre die Früchte des ersten Jahres nach der Behntentare, oder wo solche nicht vorhanden, nach der Hälfte des wahren Werthes¹⁰⁾. Endlich gestaltete sich unter Bonifaz IX.¹¹⁾ diese tranſitorische Abgabe zu einer regelmäßigen, auf die Hälfte des Ertrages nach einer besonderen Kammertare festgestellten (unter dem wohl erst in der zweiten Hälfte des 14. Jahrhunderts gangbar gewordenen Namen *Annaten*)¹¹⁾, und es erscheint nunmehr also ein völlig ausgebildetes Besteuerungssystem für alle von Rom irgend abhängige Pfründen, so zwar, daß von Bischöfern und Abteien die gleichzeitig durch Zusammenrechnung der Conſervationsgebühren und der Annaten um das Doppelte gesteigerten *servitia*¹²⁾, von den von Rom aus verliehenen niederen Pfründen die einfachen Annaten gezahlt werden. Diese bestätigte unter geringen Modificationen der Concilier Vergleich¹⁴⁾, auf welchen auch die Aſchaffenburger oder Wiener Concordate¹⁵⁾, nach der durch das Concil von Basel¹⁶⁾ vergeblich decretirten völligen Aufhebung, zurückgegangen sind. Seit dieser Zeit nun sollten die an den römischen Stuhl zu zahlenden Abgaben sich in folgender Weise gestalten:

1) Die *servitia communia* von den durch den Pabst im Conſtorio präconſirten Erzbischöfen, Bischöfen und Aebten. Sie sollen nach dem Werthe der Früchte eines Jahres, wie dieser in der apostolischen Kammertare festgesetzt ist, und zwar nach den Wiener Concordaten in zwei gleichen jährigen Raten gezahlt werden, und fallen halb dem Pabste, halb den Cardinälen zu.

10) C. 10. 11. de praeb. in extr. comm. — Für Mainz vergl. die in das erste Regierungsjahr Johannes XXII. gehörende Bulle bei Würdtwein suba. dipl. I. 458. — Ein ähnliches Verhältniß findet sich auch früher schon öfter, indem einzelne Bischöfe, wo nicht ein *ius deportus* hergebracht war, das Inbuit erhielten, die Früchte vacant werdender Pfründen, auch um ihres Nothstandes willen, auf einige Zeit ziehen zu dürfen, z. B. der Bischof von Toul c. 32. X. de verb. sign. V. 40. — Vergl. auch c. 10. de resc. in VI. (I. 3.) über die um das J. 1305 durch Clemens V. ausgesprochene Reservation, nach welcher die Früchte der in England während eines zweijähr. Zeitraums vacant werdenden Pfründen der Curie zufallen sollten, vgl. Thomas a. a. D.

11) Odoricus Raynaldus ad A. 1392.

12) Vergl. z. B. das Instrument, in welchem die Mainzer Capitel und Aebter sich gegen den vom Pabste ausgeschriebenen Zehnten vereinigen bei Gudon Cod. dipl. III. 507. Für das *ius deportus* kommt der Name schon früher vor, und wahrscheinlich ist er von diesem auf die an die päpstliche Kammer zu leistende Abgabe übertragen worden. Vergl. Du Cange Gloss. s. v. *Annata*, *Annata*.

13) So hatten sich z. B. für Salzburg die Annaten von 6250 Gfl., welche 1339 bezahlt worden, im J. 1396 auf 12066 Gfl. gesteigert. Kleinmairn a. a. D.

14) Bei Münch Samml. aller Concordate I. 27.

15) Bei Koch sanctio pragm. p. 230.

16) Sess. XXII. in Verb. mit dem Acceptationsinstrumente vom 26. Mai 1439. (Münch a. a. D. S. 82.)

2) *Servitia minuta* 17), welche nach schwankendem (zuweilen 5:1 angenommenem) Verhältniß zu den *serv. comm.* als Ganzleihen bühren an die päpstlichen Unterbeamten gezahlt werden.

3) Annaten im eigentlichen Sinne, von den vom Pabste außer dem Consistorio verliehenen (niederem) Pfründen, nach Höhe des halben Werthes der Früchte eines Jahres; jedoch nicht von denen, welche nicht über 24 Goldgulden (*floreni de camera*) angelegt sind.

4) Die *Quindennia*, eine von Paul II. eingeführte Abgabe, welche von allen für immer unierten Pfründen in je 15 Jahren zum Ersatz der durch die Union weggefallenen Annaten nach dem Maßstabe dieser letzteren gegeben werden sollen 18).

In Teutschland sind nun diese Taxen nicht durchgängig, oder doch nicht unter den vorbezeichneten Formen in's Leben getreten. Zuvörderst sind die *Quindennien* nicht practisch geworden, und auch die eigentlichen Annaten konnten, wenn nicht als abgeschafft, doch als minder beschwerlich angesehen werden, da in den Büchern der römischen Kammer die meisten niederen Pfründen in Teutschland nur mit 24 Kammergulden angelegt sind 19). Dagegen erscheinen die *servitia communia* unter ungünstigeren Bedingungen, als diese im Wiener Concordate vereinbart worden waren; denn nicht nur verlangte der römische Stuhl 20) die Bezahlung in ungetrennter Summe vor der Confirmation, und zwar bei Versetzung eines Bischofs doppelt, sondern die Taxe 21) war fortwährend eine willkürliche, der Steigerung unterworfen geblieben. Mit der Auflösung der teutschen Kirchenverfassung in Folge des Reichsdeputationshauptschlusses lösten sich auch diese Beschwerden, auf deren Beseitigung namentlich die *Emser Punction* 22) nachdrücklich gedrungen hatte. Bei der Wiederherstellung der Verfassung durch die mit dem römischen Stuhle geschlossenen Verträge sind indessen die Annaten zum Theil wiederhergestellt worden. So bestimmt u. a. das bayerische Concordat, A. IX. 23), daß die Annaten und Ganzleitaren nach dem Maßstabe der jährlichen Einkünfte eines jeden Bisthums von Neuem festgestellt werden sollen, und nach Brendel und Kopp 24) ist dieß dergestalt geschehen, daß für München 1000, für Bamberg 800, für Regensburg, Augsburg, Würzburg 600, für Passau, Eichstädt und Speier 400 Goldgulden (zu 4 Fl. 50 Kr. rhein.) an-

17) Vergl. *Gregel a. a. D. §. 82.* und *Kleinmairn a. a. D. S. 165.*

18) Vergl. *c. 4. de annatis in VII. (II. 3.)*

19) *Chokier ad Reg. canc. LXI. §. 21.*

20) Kopp die *kathol. Kirche im 19. Jahrh. (Ratz 1880) S. 23.*

21) Eine Zusammenstellung solcher Taxen ist im J. 1661 von Band zu Francker herausgegeben worden. Nach ihr zahlten Mainz, Olin u. Salzburg 10,000, Eättich 7200, Wien 7000, Bamberg 8000, Constanz 2500, Würzburg 2300 röm. Kammergulden. — Kehnliche Taxrollen hat Sartori a. a. D.

22) *Münch a. a. D. Bb. I. S. 416.*

23) *Derf. a. a. D. Bb. II. S. 222.*

24) *Derf. a. a. D. S. 26.*

genommen worden sind. Nach der Circumscriptionsbulle *De salute animarum* für Preußen²⁵⁾ ist Köln mit 1000, Gnesen-Posen mit 1000, Breslau mit 1100 $\frac{1}{2}$, Trier, Münster, Paderborn, Culm und Emeland mit 666 $\frac{2}{3}$ Sgulden angefest. Für Hildesheim beträgt nach der Umschreibungsbulle *Impensa Rom. Pont.*²⁶⁾ die Taxe 756, für Osnabrück 666 $\frac{2}{3}$ Sgulden. In der oberrheinischen Kirchenprovinz endlich ist in der Bulle *Provida sollersque*²⁷⁾ Freiburg mit 668 $\frac{1}{2}$, Mainz mit 348 $\frac{1}{2}$, Fulda mit 332, Rottenburg mit 490, Limburg mit 332 Gfl. abgeschätzt, während die „Grundzüge zu einer Vereinbarung über die Verhältnisse der katholischen Kirche in teutschen Bundesstaaten“ (S. 95.²⁸⁾), bestimmt hatten: bei Bestätigung der Erzbischöfe und Bischöfe sollen keine Taxen oder Abgaben, von was immer für einer Art, an den römischen Hof bezahlt werden, und noch zuletzt in der in den Staaten der oberrheinischen Kirchenprovinz publicirten Verordnung²⁹⁾ über die Ausübung des oberhoheitlichen Schutz- und Aufsichtsrechtes über die katholische Landeskirche ausdrücklich ausgesprochen worden ist, daß Taxen oder Abgaben, von welcher Art sie auch seien, oder wie sie auch Namen haben mögen, weder von inländischen noch ausländischen geistlichen Behörden erhoben werden dürfen; die Erhebung von Expeditionsgeldern aber in jedem Staate von der landesherrlichen Bestimmung abhängen soll. —

Soviel nun zuletzt die Frage nach der Rechtmäßigkeit der Annaten anlangt, so ist diese mit der anderen nach dem Verhältnisse der päpstlichen Befugnisse zu dem Rechte überhaupt identisch, und eben deshalb hier nicht zu erörtern. Die Billigkeit einer Abgabe aber zur Erhaltung des anerkannten höchsten Regiments der katholischen Kirche wollen auch wir, die wir auf dem entgegengesetzten Standpunkte stehen, nicht bestreiten.

Richter.

Antipapinianus heißt bei den griechischen Rechtsgelehrten der Theil der Justinianischen Pandecten, welcher das 20., 21. und 22. Buch umfaßt¹⁾. Der Name kommt in den Basiliken und den späteren Rechtsquellen gewöhnlich verstümmelt vor. Er heißt da *Avriπαινανός*, was sich einfach daraus erklärt, daß der Jurist Papinianus bei den Griechen und Lateinern des Mittelalters fast durchweg Papianus genannt wird²⁾. Den Namen erklärt schon Jacob Cuias³⁾ für einen Collegienamen, und leitet seinen Ursprung scharfsinnig genug aus der Einrichtung der alten Juristenschulen her, in welchen vor

25) Münch. a. a. D. S. 290.

26) Derf. das. S. 305.

27) Derf. S. 320.

28) Derf. S. 365.

29) Vergl. u. a. für Hessen-Darmstadt Lippert, Archiv des R. R. Bb. I. S. 211. §. 22.

1) Vergl. Hugo's civilistisches Magazin, Band 6. S. 370 fig.

2) Vergl. Zirardini *Novellae* p. 37—48, Conradi *parerga* p. 101, Savigny *Geschichte des R. R. im Mittelalter* Band 2. S. 25.

3) *Obs. et emendat. lib. VII. Cap. 33.*

Justinian den Studenten im dritten Jahre des academischen Lehrcur-
sus Papinian's responsa vorgetragen wurden ⁴⁾, während nach Justi-
nian's ausdrücklicher Vorschrift ⁵⁾ an deren Stelle das 20., 21. und
22. Buch der Justinianischen Pandecten denselben erklärt werden
musste. Somit scheint es, als haben die genannten drei Bücher der
Justinianischen Pandecten, indem sie die Stelle der Papinianischen
responsa nach dem neuen Lehrplane vertraten, den gedachten Namen
erhalten, welcher der Etymologie nach nur das bezeichnen kann, was
an die Stelle des Papinianus getreten ist. Die griechischen Scholia-
sten der Basiliken citiren diese Bücher so: *ὁ γ. τῶν ἀντιπινιανῶν
μνοβιβλαῶν* (Buch 22) ⁶⁾. Es erklärt sich diese Citirart daraus, daß
Buch 20—22 der Pandecten von Justinian selbst als *libri singulares
Digestorum* bezeichnet worden sind ⁷⁾. Heimbach.

Antoninus ist ein von den römischen Kaisern des zweiten und
dritten Jahrhunderts nach Christi Geburt beliebter Beiname. Pius
war der erste Kaiser dieses Namens. Seit dieser Zeit haben ihn er-
weislich folgende Kaiser getragen: Marcus Aurelius, Lucius Verus,
Commodus, Caracalla, Geta, Diadumenianus, Heliogabalus ¹⁾. In
Betreff des Lucius Verus und Geta fehlt es freilich an Münzen,
welche diese Angabe bestätigen ²⁾. Auch Macrinus soll sich den Na-
men Antoninus beigelegt haben ³⁾. Allein es bedarf dieß wohl noch
einer Bestätigung. Auch vom Geta haben es schon mehrere der
alten Geschichtschreiber bezweifelt, ob er wirklich den Namen Anto-
ninus getragen habe ⁴⁾, und selbst der Kaiser Alexander Severus scheint
diese Ansicht getheilt zu haben. Daher kommt es, daß Manche 8,
Anderer 7 Antonine unter den römischen Kaisern haben finden wol-
len. Hierzu tritt noch ein Sohn des Pius, M. Annius Galerius Anto-
ninus, welcher zwar nicht den Titel Augustus geführt hat, aber doch
auf den Kaisermünzen als Antoninus genannt wird ⁵⁾. Bis zu Com-
modus war der Name Antoninus erblich; die späteren Kaiser haben
ihn nur als Titel angenommen. Bei den classischen Juristen werden
nur 3 Kaiser mit diesem Namen belegt, nämlich Pius, Marcus Au-
relius und Caracalla ⁶⁾. Pius heißt bei den Juristen, die zu seiner Zeit

4) Vergl. *constitutio ad antecess. Omnem reipublicae* §. 1.

5) *Ibidem* §. 5.

6) *Basil. ed. Fabr. tom. V. p. 642. A. 7., B. 6., tom. VII. p. 272.*

C. 4.

7) *Const. Omnem* §. 5.

1) *Capitol. in Macrino cap. 8., in Vero cap. 4., Lampridias in Severo
cap. 20., in Geta cap. 1.*

2) Vergl. *Spanheim de usu et praestantia numismatum diss. 12.
§. 15. tom. I. p. 506—508.*

3) *Capitol. in Macrino. cap. 11.*

4) *Capitol. in Diadum. cap. 6.*

5) Vergl. *Spanheim a. a. D. S. 507.*

6) Vergl. *Kammerer Beiträge zur Geschichte und Theorie des R. R.
1. Nr. 1. §. 3.*

schrieben, gewöhnlich *imperator Antoninus* 7), wenn er als lebend bezeichnet wird; nach seinem Tode heißt er *Divus Pius Antoninus* 8), oder *Divus Pius*. — *Marcus Aurelius* wird von den Juristen, welche vor *Caracalla* schreiben, oft kurzweg mit dem Namen *Antoninus* bezeichnet, bei den späteren heißt er gewöhnlich *Divus Marcus*. — *Caracalla* wird von den Juristen, welche unter ihm schreiben, gewöhnlich *imperator Antoninus* genannt, und wahrscheinlich ist auch der Ausdruck *Divus Antoninus* oder *Divus Magnus Antoninus*, wenn er von Juristen, welche gleich nach seinem Tode schreiben, gebraucht wird, auf ihn zu beziehen 9). Der letztere mit um so größeren Rechte, je gewisser es ist, daß nur er sich den Beinamen *Magnus* beigelegt habe 10). — *Hellogabalus* heißt nur in einzelnen Unterschriften der kaiserlichen Constitutionen *Antoninus* 11).

Getraubt.

Anwachungsrecht. *Accrescere* kommt zunächst in unseren Quellen, und zwar in ganz vulgärem Sinne, für *crescere* mit hinzugefügter Verstärkung (*ad*) vor, d. h. heranwachsen 1). Insbesondere aber wird es für jede Vermehrung einer zunächst in's Auge gefaßten Hauptsache gebraucht, in welchem Sinne es mit *accedere* synonym ist 2). Noch beschränkter ist die Bedeutung, wo das zu vermehrende Principale der eine ideelle Theil einer Sache, dasjenige aber, woraus die Vermehrung entnommen wird, ein anderer ideeller Theil derselben Sache ist, so daß also durch die *Accrescenz* nicht die Sache selbst, sondern die Antheilsquote des einen von mehreren Mitberechtigten vermehrt wird 3). Ist die Sache, um deren Quoten es sich handelt, eine Erbschaft, oder ein Vermächtniß, so nennen wir das Recht, durch welches demjenigen, der zu der einen Quote berufen ist, unabhängig von einer besonderen, für diesen Fall getroffenen, Verfügung des Erblassers, die Quote eines anderen zugleich mit ihm Verufenen, welche dieser nicht erwirbt, oder wieder verliert, ganz oder theilweise zufällt, im technischen Sinne *ius accrescendi*, Anwachungsrecht.

In ganz abweichender singulärer Bedeutung reden die Römer auch von einem *accrescere*, wo es sich nicht um anwachsen, sondern um einwachsen handelt. Die Präterition gewisser *sui* (der Tochter und der Enkel) nämlich macht nach vorjustinianischem Rechte das Testament nicht null und nichtig, sondern läßt sie nur den eingesezten Erben in der Art, gleich als ob sie im Testamente ebenfalls berufen

7) *Caus inst.* I. §. 102., II. §. 126.

8) *Caus* II. 195.

9) Vergl. *Simmern Geschichte des römischen Privatrechtes* bis auf Justinian Th. 1. S. 185.

10) Vergl. *Schulding ad Ulpiani fragm.* tit. 20. §. 10.

11) *L. 8. C. de negotiis gestis.* (2. 19.)

1) *Dirksen Manuale latinis fontium h. v.* §. 3. cf. *Schumann ad Forcellini Lexicon tot. latinis h. v.*

2) *L. 13. §. 14. D. de act. emti.* (19. 1.) *L. 12. D. de condict. c. d.* (12. 4.)

3) *Ulpiani fragm.* I. 18. *Pauli rec. sent.* IV. 12. §. 1.

wären, einwachsen, daß die Letzteren, wenn sie extranei sind, ihnen die Hälfte, wenn sie aber selbst ebenfalls sui sind, einen Kopfteil des Nachlasses herausgeben müssen ⁴⁾. So ist denn diese Accrescenz der entfernteren sui eine Decrescenz für die instituirten Erben.

Schon aus dem Gesagten ergibt sich, daß von einem Accrescenzrechte im eigentlichen Sinne nur da die Rede sein kann, wo der Eine bereits zu der demnächst dem Anderen accrescirenden Quote wirklich berufen war. Wo also vielleicht dem Einen für den Fall, daß er überhaupt, oder doch in dem, die Succession entscheidenden Momente existent und erbfähig sein sollte, eine Quote bestimmt ist, da kann die letztere, im Falle jener überhaupt nicht zur Existenz gelangte, oder im Falle er vor dem entscheidenden Augenblicke wieder aufhörte zu existiren, oder erbfähig zu sein, zwar vielleicht nach ähnlichen Grundsätzen vertheilt werden; ein eigentliches Accrescenzrecht ist es aber nicht, durch welches die zugleich Berufenen den so erlebigten Theil erhalten. Hierher gehören die Fälle, wo einzelne der Intestat- oder Testamentserben vor dem Erblasser verstarben ⁵⁾, wo Personen, die im Testamente honorirt waren, schon damals nicht mehr lebten ⁶⁾, oder umgekehrt, wo dieselben als postumi bedacht wurden und nachher nicht zur Welt kamen u. s. w. ⁷⁾. Ähnlich verhält es sich mit der dreifachen Portion, die bei der Intestatsuccession für die zu erwartenden Nachgeborenen zurückgelegt werden soll, und welche demnächst, wenn gar kein postumus geboren wird, ganz, wenn aber weniger als drei Kinder zur Welt kommen, theilweise den Miterben zufällt ⁸⁾. Aus den gleichen Gründen läßt sich ferner auch dann vom Anwachsungsrechte im eigentlichen Sinne nicht reden, wenn der Erblasser über die Quoten seines Nachlasses nur unvollständig verfügt hatte, und der von seinen Dispositionen nicht betroffene Rest unter den eingefetzten Erben pro rata vertheilt wird ⁹⁾. — Daß dagegen derjenige, dem die, einem Anderen bestimmte Quote accresciren soll, die seinige bereits wirklich erworben habe, ist keineswegs erforderlich ¹⁰⁾.

4) Princ. J. de exhered. liber. (2. 13.) L. 4. C. de liberis praet. (6. 28.) Gaji J. II. 124—26. Ulpiani fragm. XXII. 17. Pauli rec. sent. III. 4. B. §. 8. Fragm. de iure fisci §. 11. Huschke nemo pro parte testatus im rhein. Museum VI. 315. 16.

5) L. un. §. 3. 4. C. de caducis toll. (6. 51.)

6) L. 31. D. de acqu. vol omitt. her. (29. 2.)

7) L. 15. §. 1. L. 16. §. 2. D. de legatis. (1. 30.) L. 7. pr. D. de reb. dub. (34. 5.) Vergl. Karl Albert Schneider, das altcivile und Justinianische Anwachsungsrecht bei Legaten und den caducarischen Bestimmungen der lex Julia et Papia S. 42 flg.

8) L. 3. 4. D. si pars heredit. pet. (5. 4.) vergl. mit L. 30. §. 6. D. de acqu. vel om. her. (29. 2.)

9) §. 7. J. de hered. inst. (2. 14.) L. 13. §. 2. 3. D. ibid. (28. 5.) Vergl. Huschke a. a. D. S. 303.

10) Anderer Meinung scheint Gans' Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung II. S. 424.

In obiger Weise beschränkt kommt nun das *ius accrescendi* sowohl unter denen vor, die zugleich zu einer Erbschaft berufen sind, als unter den, mit einem Vermächtniß Bedachten; jedoch mit dem Unterschiede, daß es dem Wesen der Legate und Fideicommissa im allgemeinen durchaus nicht widerspricht, wenn der, durch den Ausfall eines von mehreren zusammen Honorirten erledigte Theil nicht den Collegatarien zufällt, sondern in der Erbschaft bleibt, daß es also zur Begründung eines Accrescenzrechtes unter Vermächtnisnehmern noch eines besonderen, in Form oder Inhalt des einzelnen Vermächtnisses liegenden Rechtsgrundes bedarf, während das Accrescenzrecht unter Miterben schon in dem Wesen der Universalsuccession, wie sich dieselbe bei den Römern entwickelt hat, wurzelt. Die wesentliche Einheit der zu vererbenden familia gestattet nämlich überhaupt keine ausschließende Erbesberufung (durch letzten Willen oder durch Gesetz) zu einem Theile des Vermögens, so daß der Rest unabhängig seinem anderweiten Schicksale überlassen bliebe, sondern jede Berufung zur Universalsuccession ist in der Art auf das universum *ius defuncti* gerichtet, daß sie, sobald die concurrirenden Miterben den Berufenen nicht mehr auf eine bestimmte Quote beschränken, den ganzen Nachlaß umfaßt¹¹⁾. Insbesondere aber die wesentliche Untheilbarkeit des subjectiven Willens, durch welchen der Erblasser sich Testamentserben beruft, läßt es nicht zu, daß diese Berufung, als auf einen Theil des Nachlasses beschränkt, und der Rest als der gesetzlichen Erbfolge anheim gefallen gelte (*nemo paganus pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*)¹²⁾. Wesentliches Princip des Accrescenzrechtes unter Universalsuccessoren ist also, daß den aus dem gleichen Rechtsgrunde zusammen Berufenen die Erbschaft allein, ohne Zuziehung dritter, aus einem anderweitigen Rechtsgrunde zu Berufender, ausschließlich verbleibt, sollten auch Einzelne unter ihnen nicht zur Succession gelangen¹³⁾. Es ist also ihr Accrescenzrecht mit anderen Worten, da jeder von ihnen eventuell zum ganzen Nachlasse berufen ist, beim Ausfall der Einzelnen ein *ius non decrescendi*. Hieraus ergibt sich denn von selbst, daß der accrescirende Theil, da er ja in demjenigen, auf welchen die Berufung sich zunächst erstreckte, eventuell bereits enthalten war, nicht erst selbstständig neu deferirt wird, und nach Gefallen angenommen oder ausgeschlagen werden kann, sondern daß er unabhängig von der Willkür desjenigen, dem er zunächst, wenn dieser die Erbschaft von seinem Theile bereits angetreten hatte, ja selbst wenn er nicht mehr am Leben, und sein Erbtheil bereits auf seinen Erben übergegangen sein sollte¹⁴⁾, diesen Erbtheil *ipso iure* vermehrt. Umgekehrt kann natür-

11) Guchke a. a. D. S. 279—81, 305.

12) Guchke a. a. D. S. 296 fig. 304.

13) §. 5. J. de honor. possess. (3. 9.) L. 3. §. 9. L. 4. 5. D. *ibid.* (37. 1.) L. 1. §. 10. D. de success. edicto. (38. 9.)

14) L. 9. D. de suis et legit. (38. 16.) Ebenso gebührt die accrescirende Portion auch dem Käufer des Erbtheiles, welchem accrescirt. Wühlenschlag Lehrbuch des Pandectenrechtes §. 703. Anm. 5.

lich nachdem einer der Erben ausgefallen ist, felner der Miterben, welcher die Erbschaft bis dahin noch nicht angetreten, seinen Erbtheil nunmehr ohne den Zuwachs aus der Portion des Ausgefallenen erwerben¹⁵⁾.

Ferner ist wahre Erledigung eines Erbtheiles, also ein Accresciren desselben, nur so lange möglich, als der zu ihm Berufene ihn noch nicht erworben hat; denn da, wer einmal Erben geworden ist, nicht wieder aufhören kann, Erbe zu sein¹⁶⁾, so ist auch eine Vertheilung seiner Portion an die Miterben nicht denkbar. Dessen ungeachtet wird factisch ein Erbtheil mehrfach mit allen seinen Vortheilen und Lasten von der Person des Erben wieder getrennt, so daß diesem nur das nudum nomen heredis bleibt. Geschieht dieß nun nicht in der Art, daß der dem Erben entgehende factische Inhalt des Erbtheiles aus einem besondern Rechtsgrunde sofort auf einen bestimmten Anderen übertragen wird, wie bei der Restitution des Universalfideicommisses und in den meisten Indignitätsfällen, sondern kommt es zunächst nur darauf an, daß der Erbtheil factisch von dem Erben wieder losgetrennt werde, so läßt sich weiter fragen, was nunmehr das Schicksal des Ersteren sein solle? Die wichtigsten unter den hierher gehörigen Fällen sind die des suus, der sich von der Erbschaft abstinirt, und des minor, der gegen die bereits erfolgte Erbschaftsantrittung in integrum restituirt wird¹⁷⁾. Ob nun gleich in beiden Fällen von einer eigentlichen Accrescenz nicht die Rede sein kann, so wird doch der erledigte Theil auf die Miterben übertragen; indesß nach ganz anderen Grundsätzen als beim Anwachsungsrechte. Hat der Miterbe des suus oder des minor nämlich erst nachdem der Erste sich abstinirt hat, oder der Letzte gegen die Antre-

15) L. 53. §. 1. D. de A. v. o. h. (29. 2.) L. 6. pr. in f. D. de bon. poss. (37. 1.) L. 2. §. 8. in f. de B. P. S. T. (37. 11.) — L. 20. §. 2. D. de A. v. o. h., welche als widersprechend angeführt worden ist, redet überall nicht vom Accrescenzrechte, sondern von einer zweiten Einsetzung desselben Erben sub conditions. Ist hier der Eingesezte ein Sklave, so soll die Antretung des pure hinterlassenen Erbtheiles noch nicht hinreichen, damit existente conditions auch der zweite (unter dieser Bedingung zugewiesene) Erbtheil ipso iure erworben werde, sondern es soll dazu einer zweiten Antretung bedürfen. Ebenso, aber ohne Unterscheidung zwischen Freien und Sklaven, verhält es sich, wenn der heres pro parte durch eine zweite Berufung einem seiner Miterben substituirt ist. L. 35. pr. D. de A. v. o. h. Anderer Meinung sind indesß Gordon, praetermissor. cap. 18. in Otto Thesaurus II. 890—892. und Chifflet, de substitutionib. cap. 5. ibid. V. 683. Was endlich den Erbtheil betrifft, den Nov. 1. cap. 1. §. 1. dem Institutus wegen nicht präfirter Legate entreißt, so fällt derselbe theils, ungeachtet der entgegengesetzten Meinung des Cujacius (expositio Novellar. h. l. Opp. ed. Veneto-Mutiniens. II. 881. c., recitat. solemn. in cod. VI. 10. Opp. IX. 611), allerdings ebenfalls den Miterben ipso iure zu, theils gehört die Bestimmung der Kovelles, wie Cujaz hier ganz richtig bemerkt, nicht in die Lehre vom Accrescenzrechte, sondern zu den Indignitätsfällen.

16) L. 7. §. 10. D. de minoribus. (4. 4.) L. 88. in f. D. de heredib. instit. (28. 5.)

17) L. 57. pr. §. 1. D. de A. v. o. h. (29. 2.) L. 1. §. 7. D. si quis omissa sausa. (29. 4.) L. 30. §. 10. D. de fideicomm. libert. (40. 5.)

tung restituirt worden ist, für seinen Theil angetreten, oder, wenn er selbst ein suus ist, sich immiscirt, oder hat der Miterbe des minor umgekehrt angetreten, bevor noch der Letzte das Gleiche gethan, so muß er sich den Anfall der durch Abstiniren oder Restitution erledigten Portion ohne Weiteres gefallen lassen, denn im ersten Fall kannte er die Erledigung bereits, oder konnte sie doch kennen, und im letzten mußte er gewärtig sein, daß ihm der Theil des Miterben durch gewöhnliche Accrescenz zufallen werde¹⁸⁾. Trat dagegen der Miterbe des suus an, oder immiscirte er sich zu einer Zeit, wo jener von dem ius abstinendi noch keinen Gebrauch gemacht, so kann er zwar nicht nach eigener Willkür den nachher durch Abstinenz erledigten Theil des suus ausschlagen und die ursprünglich eigene Portion behalten; er hat aber das Vorrecht, auch wenn er ein extraneus ist, dem kein ius abstinendi zusteht, den also der Grundsatz semel heres semper heres in seiner ganzen Strenge trifft, trotz der bereits erfolgten Antretung, um den Erwerb der erledigten Portion zu vermeiden, sich von beiden zugleich (der eigenen und der nun zufallenden) durch ein übertragenes ius abstinendi loszumachen. Dabei ist auch die Untrennbarkeit der beiden Portionen nicht so wesentlich, daß nicht die persönlichen Gläubiger des Erben droht, wenn er ihnen droht, von der Befugniß, seinen ursprünglichen Theil nun wieder aufzugeben, Gebrauch zu machen, gestatten könnten, wenn er ihnen nur nach wie vor für diesen gerecht werde, den ihm neu zufallenden, von ihren Ansprüchen unangefochten für sich allein zu behalten (also eine Art von beneficium separationis unter Erbtheilen)¹⁹⁾. Noch weiter von den Grundsätzen des Accrescenzrechtes entfernt sich das Recht des Miterben an dem Theile, welcher erst, nach dem ersterer angetreten, durch in integrum restitutio des minor erledigt wird. Da nämlich diese letztere ein außerordentliches Rechtsmittel ist, und von dem Miterben, als er sich zur Antretung entschloß, nicht verlangt werden konnte, daß er auf eine solche Restitution, als eine zu erwartende, Rücksicht nehme, so ist Annahme oder Ablehnung des so erledigten Erbtheiles ganz in seine Willkür gestellt²⁰⁾.

18) L. 38. D. de A. v. o. h. (29. 2.)

19) L. 55. 56. D. eod.

20) L. 61. eod. Vergl. A. Faber errores pragmaticor. decas L. err.

8. — Bieulich unjustifisch meint Baumeister das Anwachsungsrecht unter Miterben §. 131., der Miterbe, dem der Theil des Abstinirenden zufällt, bleibe im Falle der L. 55. cit., auch wenn die Gläubiger die Trennung beider Portionen zugestanden hätten, juristisch Erbe auch in Beziehung auf die accrescierende Portion. Bekanntlich aber gebührt dieß Prädicat (nur juristisch Erbe zu sein) nicht jenem, sondern dem abstinirenden suus. Die Worte: quia non potest exonerari, nisi deferatur conditio hat Baumeister gleich den meisten andern Auslegern falsch verstanden. Sie enthalten nur den Grund, warum die Gläubiger sich zuzugeben entschließen, daß der Erbe ihnen bloß seinen ursprünglichen Erbtheil zur Befriedigung überlasse. Der Regel nach konnte er sich der einmal erworbenen Erbschaft nicht mehr entledigen, den Gläubigern also dieß Object ihrer Befriedigung nicht mehr entziehen. Nun kann er es aber ausnahmsweise, weil die zu Anfang der Stelle erwähnte

Das erbchaftliche Accrescenzrecht, dessen Grenzen nunmehr genauer festgestellt sind, kommt in gleicher Weise, wie bei der eigentlichen hereditas, bei der *honorum possessio* und bei der testamentarischen Succession in das castrensische Vermögen eines *filiusfamilias miles* vor²¹⁾. Ferner tritt sie, obgleich nicht ganz in gleicher Weise, bei der Succession gegen das Testament, aus dem Testamente, und ab intestato ein.

Was zunächst das Accrescenzrecht bei *succo. ab intestato* betrifft, so ist es allgemeines Princip, daß, wenn einer der Miterben, nachdem die Erbschaft ihm bereits deferirt war, dieselbe ausschlägt, verstirbt, oder sonst ausfällt, die übrigen berufenen Erben ganz ebenso succediren, als ob jener bereits vor der Delation verstorben wäre.

Hieraus ergibt sich von selbst, daß, wenn der dem einen Miterben zufallende Antheil nicht allen übrigen Miterben gegenüber eine *portio virilis*, oder einen bestimmten Theil der *portio virilis*, sondern wenn er nur einen Theil der für mehrere Miterben, ohne Rücksicht auf ihre Anzahl zu berechnenden Collectivportion ausmacht, er durch den Ausfall des Erben, für den er bestimmt war, nur den an dieser Collectivportion theilhabenden, nicht aber den übrigen Erben zuwächst. Nicht allein also wächst nach der *Nov. 118*, wenn einer von mehreren Enkeln aus demselben Sohne, oder einer von mehreren Neffen aus demselben Bruder ausfällt, dessen Portion mit Ausschluß der übrigen Söhne und der Enkel aus ihnen, und mit Ausschluß der übrigen Brüder und der Neffen aus ihnen, allein den Enkeln aus demselben Sohne oder den Neffen aus demselben Bruder zu²²⁾; sondern in gleicher Weise vermehrt der Ausfall eines der gleich nahe verwandten väterlichen Ascendenten nur die Portionen der übrigen Ascendenten väterlicher, nicht aber mütterlicher Linie. Concurrirten dagegen mit diesen Ascendenten Brüder oder Bruderkinder, so kommt bei dem Ausfall eines der Ascendenten, oder eines der Brüder allen Concurrenten zu Gute. Ebenfalls nur gewissen, nicht aber allen Miterben accrescirt die erledigte Portion bei der *dimidiae partis honorum possessio* des Patronus gegen das Testament oder gegen die *suos non naturales* des libertus, und bei der *honorum possessio ex edicto de conjugendis cum emancipato liberis*. Fällt nämlich im ersten Falle einer der mehreren Patrone aus, so accrescirt sein Theil nur den Miterpatronen, nicht aber den Testamentserben, den Adoptivkindern, oder der Frau in manu des Freigelassenen²³⁾; succedirt dagegen überall kein Patron, so kann man bei der wesentlichen Verschiedenheit des Principes der Berufung nicht sagen, die den Patronen gebührende *pars*

conditio ihm deferirt ist. Um dieß Resultat zu vermeiden, entsagen die Gläubiger lieber ihren Ansprüchen auf den zuwachsenden Theil.

21) L. 3. §. 9. L. 5. D. de bon. poss. (37. 1.) L. un. C. quando non petentium. (6. 10.)

22) Vergl. L. 12. pr. D. de bon. poss. c. tab. (37. 4.)

23) L. 6. D. de bon. poss. (37. 1.) L. 21. D. de bon. libert. (38. 2.) L. 3. §. 7. D. de assignand. libert. (38. 4.)

dimidia accrescere den Testaments- oder Intestaterben des Liberten, sondern nur dessen Nachlaß werde von einer auf ihm geruht habenden Last befreit. Ebenso wenig vergrößert natürlich der Ausfall eines der scripti heredes oder der sui non nat. des Freigelassenen die pars dimidia der Patronen ²⁴). Handelte es sich dagegen um die am Nachlaß des libertus centenarius maior nach dem Papischen Gesetze dem Patrone, weniger als drei Kindern (auch suis naturalibus) gegenüber, gebührende Virilportion, so würde diese durch den Ausfall eines Kindes allerdings von $\frac{1}{3}$ auf $\frac{1}{2}$ steigen.

Im zweiten Fall, dem der nova clausula Juliani, vermehrt der Ausfall eines der mehreren vom Erblasser in potestate gehaltenen nepotes nicht allein nicht die Portionen der übrigen Erben, sondern nicht einmal die seines emancipirten Vaters, vielmehr kommt dieser Ausfall bloß den in gleicher Stellung befindlichen nepotes, seinen Geschwistern, zu Gute. Umgekehrt accrescirt die Portion des emancipirten Vaters, wenn sie erledigt wird, nur dessen in großväterlicher Gewalt befindlichen Kindern, nicht aber dessen Brüdern ²⁵).

Nach dem, erst in Justinians neuerer Gesetzgebung wieder abgeänderten, Rechte der christlichen Kaiser succedirt die Mutter des Erblassers, dem Vaters Bruder und dessen Söhnen und Enkeln gegenüber, anfangs je nachdem sie selbst das ius trium liberorum hat, oder nicht, in $\frac{1}{3}$ oder in $\frac{2}{3}$ ²⁶), später allgemein in $\frac{2}{3}$ des Nachlasses ²⁷). Ebenso muß sie den emancipirten Brüdern $\frac{1}{3}$ herausgeben ²⁸). Ferner sollen des Erblassers Enkel aus einer Tochter nicht, wie nach der reinen successio in stirpes, den vollen Kopftheil der ihrer Mutter gebührt hätte, erhalten, sondern den Geschwistern ihrer Mutter $\frac{1}{3}$, anderweitigen Agnaten aber $\frac{1}{2}$ des mütterlichen Erbtheiles abgeben ²⁹). Endlich erhält in der Concurrenz emancipirter und agnatifcher Geschwister des Erblassers jeder der letzteren doppelte Portionen ³⁰). In den beiden letzten Fällen unterliegt es nun keinem Bedenken, daß, trotz der Ungleichheit der Portionen bei dem Ausfall eines der Zusammenberufenen, Accrescenz nach allgemeinen Grundsätzen, jedoch mit ebenso ungleicher Vertheilung der accrescirenden Portion, eintritt. Waren also zwei agnatifche und zwei emancipirte Geschwister vorhanden, und fällt einer der ersteren aus, so wird sein Dritttheil in der Art vertheilt, daß dem agnatifchen Bruder noch $\frac{1}{6}$, den beiden Emancipirten aber zusammen nur $\frac{1}{6}$

24) Vergl. auch L. 42. §. 1. D. de bon. libert. u. L. 1. §. 9. D. ad. SC. Tertullian. (38. 17.)

25) L. 1. §. 12. D. de conjungend. c. emanc. lib. (37. 8.)

26) Theod. Cod. V. 1. const. 1. 2.

27) Const. 7. pr. ibid.

28) §. 2. ibid., §. 5. J. de SC. Tertull. (3. 3.)

29) Theod. Cod. I. c. const. 4. 5. §. 15. 16. J. de heredit. qu. ab intest. (3. 1.)

30) Theophili paraphr. ad §. 1. J. de successione cognatorum. (3. 5.)

zuwächst³¹⁾. Im Falle der Concurrenz der Mutter mit patruis oder mit emancipirten Brüdern dagegen, kann nur unter diesen letzteren von Accrescenz die Rede sein; der Ausfall der Mutter aber befreit, gleich dem bereits erwähnten des Patrons, nur die Blutsverwandten von einer Beschränkung.

Nicht unähnlich dem so eben erwähnten Rechte der Mutter ist nach der Nov. 117. das der dürftigen Wittwe; jedoch mit dem Unterschiede, daß ihr, drei und mehreren Kindern des Erblassers gegenüber, nicht eine unabänderliche, sondern eine Virilportion zufließt. Daraus ergibt sich denn, daß, bis die Zahl der concurrirenden Kinder auf drei zusammengeschmolzen ist, der Ausfall eines Einzelnen allerdings den der Wittwe gebührenden Kopftheil vergrößert, also Accrescenz für sie bewirkt. Fällt aber von drei Kindern eins aus, so vermehrt sich dadurch nur der Antheil der beiden anderen, und dem der Wittwe wächst nun weiter nichts mehr zu, sollte auch keines der Kinder zur Erbschaft gelangen³²⁾.

Während bei der Succession der dürftigen Wittwe sich die Folge nach Virilportionen in eine *successio in certam partem* verwandelt; kommen noch andere Fälle vor, wo das Princip der Vertheilung ein anderes ist, je nachdem ein Mitberufener zu den Successoren gehört oder nicht; es kann sogar geschehen, daß die Zulassung eines Dritten davon abhängig ist, ob ein Mitberufener ihm durch seine Dazwischentunft den Weg zur Erbschaft bahnt, oder unter Umständen auch umgekehrt ihn zurückweist. Von der ersteren Art ist die, von Justinian erst eingeführte³³⁾, später aber wieder abgeschaffte³⁴⁾, Verschiedenheit des Erbrechtes der Mutter, je nach dem Geschlechte der Geschwister des Erblassers, mit denen sie concurrirt, sowie ferner die Verschiedenheit der Theilung unter Ascendenten, je nachdem vollbürtige Geschwister und deren Kinder concurriren oder nicht³⁵⁾, und dem teutschen Reichsgesetze zufolge auch unter Geschwisterkindern, je nachdem sie allein stehen oder mit Ascendenten oder Geschwistern zusammentreffen³⁶⁾. Hier fragt sich nun im ersten Falle, ob, wenn die Mutter mit drei Schwestern und einem Bruder concurrirte, jedem Erben also $\frac{1}{4}$ gebührte, beim Ausfalle des Bruders dessen Portion lediglih den Schwestern, oder zu gleichen Raten ihnen und der Mutter accresciren, oder ob nunmehr die andere Art der Theilung eintreten, und die Mutter $\frac{1}{2}$, jede der Schwestern aber nur $\frac{1}{4}$ erhalten soll? Ferner im zweiten Falle, ob die Portion des einzigen, nunmehr ausgefallenen Bru-

31) Baumeister a. a. D. S. 32, 33.

32) Glück Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge, 2. Ausg. S. 156, 471. Baumeister a. a. D. S. 59 — 61. Witte preuß. Intestaterbrecht S. 89. Anm. 11.

33) L. 7. pr. C. ad SC. Tertull. (6. 56.)

34) Nov. 22. cap. 47. §. 2.

35) Nov. 118. cap. 2.

36) Abschied des Reichstags zu Speier von 1529. §. 31. R. Samml. der Reichsabschiede II. 299. u. 301.

ders, unter Beibehaltung der durch seine Concurrenz hervorgerufenen Theilung in capita den Ascendenten zuwachsen, oder ob jetzt unter diesen in lineas getheilt werden soll? Endlich im letzten Falle, ob unter den Bruderkindern die Succession in stirpes, welche die Concurrenz mit dem Bruder u. s. w. bewirkte, nach dem Ausfalle des letzteren fortbesteht, oder sich in successio in capita verwandelt? — Ueber das gesammte Successionsrecht des einen Miterben entscheidet die Concurrenz des anderen namentlich in folgenden Fällen: 1) Obgleich der consanguineus und die consanguinea unter den legitimis zusammen succediren, hat dennoch die Mutter nach dem Tertullianischen SC. agnatischen Brüdern des Erblassers gegenüber kein Erbrecht; mit Schwestern allein aber concurrirt sie ohne Rücksicht auf die Zahl der Schwestern zu einer Hälfte³⁷⁾. Umgekehrt schließt 2) trotz der, wie oben erwähnt ward, gleichen Berechtigung der Mutter und der Schwester, die letztere sowohl den Vater des Erblassers, der aus irgend einem Grunde weder Gewalthaber, noch Manumissor, sondern nur Cognat ist³⁸⁾, als dessen in adoptiva familia befindliche Kinder aus, während die Mutter diesen Personen allein gegenüber von dem Tertullianischen Erbrechte keinen Gebrauch machen, sondern nur gemeinschaftlich mit ihren im ordo cognatorum succediren darf³⁹⁾. — Soll nun im ersten Falle der Ausfall des einzigen Bruders nur die Erbtheile der Schwestern vermehren, oder soll nunmehr die Mutter zur Hälfte des Nachlasses zugelassen werden, und soll im zweiten, ungeachtet des Ausfalles der Schwester, der cognatische Vater oder adoptirte Sohn ferner für ausgeschlossen gelten, oder sollen umgekehrt diese Personen nunmehr neben der Mutter succediren? In ähnlicher Weise ist nach der Nov. 118⁴⁰⁾, welche Bruderkinder neben Ascendenten nicht zuläßt, zu fragen, ob der Ausfall des einzigen Ascendenten nur die Portionen der Geschwister vermehrt, oder nunmehr auch den Bruderkindern Raum gibt?

Die richtige Antwort auf diese Fragen ist nun diejenige, welche sich aus consequentem Festhalten an dem Grundprincipe, daß der Ausfall eines der mitberufenen Erben den Nachlaß so vertheilen läßt, als wäre dieser Erbe niemals vorhanden gewesen, ergibt. In Betreff des Tertullianischen Erbrechtes der Mutter wird es ausdrücklich bezeugt, daß, wenn neben der Mutter zwei Successoren vorhanden waren, deren einer den anderen ausschloß, während dieser letzte mit ihr allein concurrirte, der Ausfall des ersteren nicht etwa nur die Portion der Mutter vermehrt, sondern sie mit dem letzteren zusammen ganz ebenso succediren läßt, als wäre der Erste nie berufen gewesen⁴¹⁾. Dieses Princip für

37) §. 3 in f. J. de SC. Tertull. (3. 3.) Schrader in notis ibid. ad verba „soror . . . pariter.“

38) Witte D. de luctuosio hereditatib. p. 29—32.

39) L. 2. §. 9, 17—20. D. ad SC. Tertull. (38. 17.) cf. Witte D. cit. p. 33—35.

40) Cap. 3. pr. fin. vers.

41) L. 2. §. 18. D. ad SC. Tertull. — Zwar hat man aus h. 2. §. 14. eod. herleiten wollen, daß umgekehrt, wenn die Mutter mit Schwestern und

ein singuläres zu halten, ist um so weniger Grund, als bei anderer Gelegenheit ganz allgemein ausgesprochen wird: *Non pro numero superstitum mortis tempore, sed succedentium scinditur hereditas* 42). Wenn dagegen allerdings die Nähe der zur Succession berufenden Verwandtschaft nach der Zeit der Delation und nicht nach den späterhin etwa eingetretenen Veränderungen beurtheilt werden soll 43), so ist dieser Grundsatz nur für die Berufung zur Erbschaft im Allgemeinen entscheidend; keineswegs aber folgt aus ihm, daß jeder so Berufene auch sogleich im Momente der Delation ein *ius quaesitum* auf eine bestimmte Quote der Erbschaft erlange. Hingegen kommt auch nicht in Betracht, daß nach diesen Grundsätzen, scheinbar gegen die Natur des Anwachsungsrechtes, der Ausfall eines Erben die Portionen einzelner Miterben, statt zu vergrößern, verkleinern kann; denn einestheils beweisen die Wirkungen der Nachgeburt eines Postumus, daß auch nach erfolgter Delation die Erbschaftsquote noch gemindert werden kann, anderentheils müssen auch die Gegner des obigen Principes 44), wenigstens für den Fall der Succession des Vaters in einen Viriltheil des *Ususfructus* an dem seinen emancipirten Kindern von der Mutter hinterlassenen Vermögen einräumen, daß das *ius accrescendi* unter Umständen factisch in eine *Decrescenz* umschlage 45).

Die oben erwähnten, durch den Ausfall eines ursprünglich Berufenen, nachträglich eintretenden Personen (die Mutter, der cognatische Vater und die Bruderkinder), standen bereits in einem unmittelbaren verwandtschaftlichen Verhältnis zu dem Erblasser. Es kann aber auch geschehen, daß ihre Verwandtschaft eben durch den jetzt Ausfallenden vermittelt ward, und insbesondere für diesen Fall wird vielfach geleugnet, daß solchen, zur Zeit der Delation gar nicht in einer zur Intestatfolge berechtigenden Verwandtschaft stehenden, Personen, so lange noch mit dem Ausgefallenen zusammen Berufene vorhanden sind, Erbrecht gewährt werden könne, oder daß, wie man die Frage ebensowohl ausdrücken kann, in den drei ersten Classen des neuesten Intestaterbrechtes das *Accrescenzrecht* durch *successio graduum* ausgeschlossen werde. Zu solchen nur mittelbar mit dem Erblasser verwandten Personen gehören entferntere Descen-

einem einzigen Bruder des Erblassers concurrirte, der Ausfall dieses Bruders nur den Schwestern *Accrescenz* bringe, nicht aber die Mutter zulasse. Baumeister a. a. D. S. 25—27. Es bedarf aber kaum einer Erinnerung, daß man, wie auch schon die Basiliken (XLV. 1. cap. 28. §. 10. Ed. Fabrot. VI. 14.) und die Glosse thun, unter denen, *qui cum filio admittuntur* jener Stelle nur andere Kinder des Erblassers, und wenn letzterer *centenario maior* ist, den Patron, keinesfalls aber Brüder verstehen kann.

42) L. 2. C. ad SC. Orphitian. (6. 57.)

43) Baumeister a. a. D. S. 40. Anm. 52.

44) Baumeister a. a. D. S. 61 flg. Vgl. mit Schrader Abhandlungen aus dem Civilrechte I. 98—164.

45) Vergl. überhaupt M. S. Mayer d. Recht d. Anwachsung bei dem testamentl. und gesetzl. Erbrechte und den Legaten oder Fideicom. S. 251 bis 265. Witte preuß. Intestaterb. S. 48, 49.

denken, wenn ihre Väter (oder Mütter), durch die sie vom Erblasser abstammen, ausfallen; ferner entferntere Ascendenten, wenn ihre Kinder u. s. w., welche die einzigen näheren Ascendenten waren, und durch welche der Erblasser von ihnen abstammte, nicht zur Erbschaft gelangen, endlich Bruder- (oder Schwester-) Kinder, wenn ihre, mit dem Erblasser verschwisterten, Eltern nicht Erbe werden können oder wollen. In diesen Fällen nun zwar die entfernteren Verwandten zur Succession zu lassen, wenn die ihnen bisher im Wege gestanden habenden durch natürlichen oder bürgerlichen Tod hinwegfielen, sie aber auszuschließen und unter den Rest der ursprünglich berufenen Erben Accession eintreten zu lassen, wenn jene näheren Verwandten die Erbschaft ausschlugen, wie dieß namentlich Koch⁴⁶⁾ gethan hat, dazu ist, wie schon Glük⁴⁷⁾ und Andere bemerkt haben, kein rechtlicher Grund; denn entweder sind Alle, denen im Augenblicke der ab intestato deferrirten Erbschaft noch ein Anderer im Wege stand, für immer ausgeschlossen, und dann gewährt ihnen auch der Tod des Vorgehenden kein Erbrecht, oder jener Moment ist nicht ausschließlich entscheidend, und dann müssen jene Entfernteren zugelassen werden, so oft der Nähere aus irgend einem Grunde nicht Erbe wird. Wenn nun allerdings in den Justinianischen, vor der Novelle 118 complicirten, Rechtsquellen Fälle der angegebenen Art, wo der entferntere Verwandte, nachdem der nähere, durch welchen er mit dem Erblasser verwandt ist, ausgefallen ist, zugleich mit denen succedirte, mit welchen auch der Ausgefallene die Erbschaft zu theilen gehabt hätte, nicht vorkommen, so liegt der Grund davon weder in einem, diesen Letzteren durch die Delation erworbenen, eventuellen ius quaesitum auf die ganze Erbschaft, noch in dem, von unseren Rechtsgelehrten erbichteten, Repräsentationsrechte, durch welches nur ein zur Zeit der Delation bereits Verstorbener von seinen Descendenten (oder Ascendenten) repräsentirt werden könnte; sondern lediglich in dem speciellen Principe der Succession in den einzelnen Ordnungen des älteren Erbrechtes. Dem Civilrecht nämlich war überall eine successio graduum so wenig als eine successio ordinum⁴⁸⁾ bekannt. Das prätorische Recht gewährte zwar die letztere, konnte aber die erste in die, dem Civilrechte nachgebildeten, oder unverändert aus ihm aufgenommenen, ordines liberorum und legitimorum nicht hineinragen⁴⁹⁾, und im ordo cognatorum, in welchem successio graduum galt, konnte der Fall, daß ein früher durch einen ihm im Wege Stehenden Ausgeschlossener, nach dessen Ausfall mit dessen Concurrenten succedirte, um deßhalb niemals vorkommen, weil in diesem ordo überall nur dem Grade nach gleich nahe Verwandte zusammen berufen wur-

46) Successio ab intestato §. 73. Nr. IV. p. 134. §. 102. p. 160—62.

47) Intestaterbfolge §. 150, 152.

48) Glük Intestaterbfolge §. 66. S. 255. Vergl. indeß Schrader ad §. 7. J. de legit. agnat. succ. (3. 2.) verbis: „In eo genere.“

49) Daß im ordo liberorum successio graduum gegolten habe, behauptet indeß Mayer Recht der Anwachsung S. 271—282.

den. Justinian hat nun die *successio graduum* schon vor der Novelle 118 für die Agnaten ausdrücklich eingeführt⁵⁰⁾, und unzweifelhaft passen die Gründe, auf welche er sich dabei stützt, ganz ebensowohl auf den *ordo liberorum*. Wenn also diese *successio*, wie schon die Glossatoren annahmen⁵¹⁾, bereits nach dem Rechte des Codex für alle Ordnungen der Intestaterbfolge galt, so muß sie auch in jeder Classe der Nov. 118 und 127 zugelassen werden, und alsdann ist wieder kein Grund vorhanden, diejenigen auszuschließen, die nach dem Ausfalle der ihnen bisher Zuverstehenden, die dem Grade nach Nächsten und mit den übrigen bereits Berufenen gleichmäßig zur Succession berechtigt sind⁵²⁾. — Auch bei diesem Einrücken neuer Successoren kann es geschehen, daß dadurch das Princip der Theilung verändert wird; doch ist daraus eben so wenig als in den oben erwähnten Fällen ein Argument gegen die Geltung des aufgestellten Grundsatzes herzuleiten. Sind also ein Bruder und eines vorverstorbenen Bruders Kinder zur Intestatsuccession berufen, so kann der Erste, falls er zahlreichere Kinder besitzt, als sein verstorbener Bruder hinterlassen, dem teutschen Reichsgesetze zufolge, die auf seinen Stamm fallende Portion dadurch vermehren, daß er die Erbschaft repudiirt, und dadurch seinen Kindern mittelst der *successio graduum* Zutritt gewährt⁵³⁾.

50) §. 7. J. de leg. agn. succ. Schrader *ibid.* verb.: „Sed nos.“ Witte *leges restitutae* p. 195. Nr. XX.

51) Gl. Negat in f. ad L. 3. C. unde liberi (6. 14.) Azo *summa cod. tit. de succ. ed.* (6. 16.) Nr. 3

52) Unter den älteren Juristen wurde dieß Princip mindestens für das Einrücken der Bruderkinde nach dem Ausfalle ihrer Eltern von Vielen anerkannt: Stryk *successio ab intestato* D. III. cap. 1. §. 11. Leyser *meditationes ad Pandectas. spec.* 423. med. 4. Im Allgemeinen wurde es aber verneint: Ant. Faber *codex definition. forens.* II. 3, defin. 15. Nr. 5. 6. Die neueren Juristen erklären sich durchgängig dagegen. Vergl. Baumstark a. a. D. S. 42—53. Verfochten ist dasselbe neuerlich von Francke, Beiträge zur Erläut. einzelner Rechtsmat. S. 167—186. Mayer a. a. D. S. 266—297. Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gem. Civilrechtes 5. Ausg. III. §. 439. Anm. r. Schweppe d. röm. Privatrecht 5. Ausg. von Mejer §. 880. Anm. 1. Witte *preuß. Intestaterbrecht* S. 43—46. — Es könnte scheinen, als wäre eine solche *successio graduum* schon deshalb unzulässig, weil sie alles Transmissionsrecht überflüssig machen würde. Theils aber verliert dieß Bedenken zunächst aus dem Grunde an Gewicht, weil die Theodosische und Justinianische Transmission sich auf das Recht einer Zeit beziehen, welcher die *successio graduum* noch unbekannt war; theils findet jenes Zusammentreffen nur allenfalls für Descendenten und Brüder, nicht aber für Ascendenten statt; theils endlich wirkt auch die *successio graduum* ganz anders als die Transmission. Die Justinianische, auf die es hier allein ankommt, setzt voraus, daß die Deliberationsfrist noch nicht abgelaufen sei; die *succ. grad.* gerade umgekehrt, daß weder der zunächst Berufene, noch wer an seine Stelle getreten, mehr succediren könne. Die Transmission überträgt das Erbrecht als das des Transmittirenden auf seine Testaments- oder Intestaterben; die *succ. grad.* dagegen beruft den Einrückenden aus dessen eigenem Rechte. — Die Transmission also schließt eben sowohl *succ. grad.* als Accrescenz aus.

53) Stryk l. c. Schweppe a. a. D. Anderer Meinung ist Voet *comment. ad pandect.* XXXVIII. 17. §. 3. in f.

Sind den Intestaterben durch einen *codicillus ab intestato*, oder durch eine *Codicillarclausel* Lasten auferlegt, so ist zum Behuf der Beantwortung der Frage, ob derjenige, dem die Portion des Ausgefallenen *accrescit*, in gleicher Proportion deren Lasten zu tragen habe, weiter zu unterscheiden: Ist die Belastung dem namentlich bezeichneten, nunmehr ausgefallenen Erben auferlegt, so wird sie durch den Ausfall jenes Erben ebenso unwirksam, wie überhaupt das an einen bestimmten Erben gerichtete *Fideicommiss* dadurch, daß derselbe nicht Erbe wird (*portio transit sine suo onere*)⁵⁴). Sind dagegen die Intestaterben überhaupt damit beschwert, lag also jenes *onus* dem nunmehr Ausgefallenen nur insofern ob, als er Miterbe war, so wird dasselbe auch nach Proportion des *accrescirenden* Antheiles denen auferlegt, die an dessen Platz rücken.

Die *divisio parentum inter liberos* ist, insofern die den einzelnen Kindern zugewiesenen Gegenstände mehr oder weniger als ihre Erbschaftsrate betragen, ein *codicillus ab intestato*, und zwar ein an bestimmte Erben gerichteter, wie letzteres sich schon daraus ergibt, daß *Nov. 18* eine Mitunterschrift der Kinder unter der Theilungsurkunde verlangt. Fällt daher eines dieser Kinder aus, so können unter den übrigen diejenigen, welche der Testator durch jene Theilung begünstigt hatte, den Theil des Mehrbetrages der ihnen zugewiesenen Objecte im Vergleich mit dem wahren Betrage ihrer Intestatportion, welchen der Ausgefallene zu tragen gehabt hätte, eben so wenig von ihren Miterven *pro rata* der *Accrescenz* fordern, als umgekehrt, wenn der Ausgefallene der durch die Theilung Begünstigte war, die *Accrescenz* diesen Mehrbetrag mit umfaßt⁵⁵).

Was die *Accrescenz* bei der *Succession* gegen das Testament anlangt, so ist zu unterscheiden zwischen der Frage, ob durch den nach des Erblassers Tode erfolgenden Ausfall des einen zur Anfechtung des Testaments Berechtigten *iure accrescendi* dem anderen ein Anspruch auf eine größere Portion in der Art gewährt werde, daß er nunmehr nur, wenn diese letztere ihm hinterlassen war, von Anfechtung des Testaments ausgeschlossen ist, zwischen der zweiten Frage, ob die dem einen zustehende Anfechtungsklage, wenn derselbe sich ihrer nicht bedient, als solche den übrigen zur Anfechtung Berechtigten *pro rata accrescere*, und zwischen der dritten Frage, ob, wenn einmal das Testament umgestoßen und Intestaterbfolge herbeigeführt ist, in dieser letzteren die Portion des Ausgefallenen den wirklich *Succedirenden* zuwachsen? Von diesen Fragen ist die dritte eben so regelmäßig zu bejahen, wie die erste und zweite zu verneinen.

Zunächst ergibt sich von selbst, daß bei der *honorum possessio contra tabulas ingenui* eine *Accrescenz* überall nicht stattfinden kann, jene Fragen sich also auch nicht aufwerfen lassen. Da

54) L. 11—13. pr. D. de iure codicill. (29. 7.)

55) Vergl. L. 21. §. 1. C. de testament. (6. 23.) L. 21. 26. C. famil. exercisc. (3. 26.) Nov. 18. cap. 7. Nov. 107. cap. 3.

nämlich diese *honorum possessio*, wenn sie auch nur von einer der zu ihr berechtigten Personen angestellt wird, dennoch das ganze Testament, die ausnahmsweise aufrecht erhaltenen Verfügungen abgetrennt, umstößt, so kommt es auf die zweite und dritte Frage nicht an, und da eine bestimmte Quote der Einsetzung überall nicht erfordert wird, um jenes Rechtsmittel auszuschließen, so erledigt sich auch die erste Frage. Nur insofern kann man, obwohl sehr uneigentlich, von einem Accrescenzrechte sprechen, als einestheils, wenn diejenigen *liberi*, die im Testamente auf einen geringeren als ihren Intestaterbtheil eingesetzt waren, und die wegen Concurrenz der *praeteriti* (*commissio per alios edicto*) befugt gewesen wären, gleichfalls *bon. poss. contra tab.* zu agnosciren, es vorziehen, sich vom Prätor in ihren testamentarischen Erbtheilen schützen zu lassen⁵⁶⁾, die Differenz der Testaments- und Intestatportionen dieser *liberi* nun die Intestatportionen der *contra tabulas* Agnoscirenden vermehren hilft; und als anderentheils den nahe Verwandten, denen die im Testamente ihnen hinterlassenen Legate u. s. w. bis zur Höhe eines Erbtheiles prästirt werden müssen⁵⁷⁾, das Ausfallen eines aus ihrer Mitte insofern zum Vortheile gereicht, als dadurch jene Beschränkung verhältnißmäßig für die übrigen erweitert wird.

Anderß verhält es sich mit der *honorum possessio contra tabulas liberti*, da dieselbe dem Patronz eine bestimmte Quote des Nachlasses zu gewähren bestimmt ist, und das Testament nicht umstößt, sondern nur die eingesetzten Erben nöthigt, dem Patrone diese Quote zu erfüllen. Hier ist zunächst so viel gewiß, daß, wenn vor dem Tode des *libertus* die Zahl seiner Patronen sich durch Tod, oder durch einen der Gründe, um derenwillen das Patronatrecht verloren geht, gemindert hat, nun die Wenigeren zusammen ebensowohl auf die Hälfte des Nachlasses Anspruch machen können, als früher die Mehreren, daß also der jedem Einzelnen gebührende Antheil dadurch vergrößert ist⁵⁸⁾. Da aber die Frage, ob dem Patrone in Betreff jener Quote genügt sei, in jeder Beziehung nach dem Momente des Todes des Freigelassenen beurtheilt wird, und spätere Veränderungen ohne Einfluß bleiben⁵⁹⁾, so könnte es scheinen, als sei eine *contra tabulas honorum possessio* unzulässig, wenn der Freigelassene jedem seiner drei Patronen (oder der drei Kinder eines Patronen) $\frac{1}{3}$ seines Vermögens hinterlassen, sollte auch nachher einer derselben gestorben sein, oder vielleicht auf die *bon. poss.* verzichtet haben⁶⁰⁾. Dieß ist aber nicht der Fall; denn nicht den einzelnen Patronen gebührte von der Erbschaft des *libertus* je $\frac{1}{3}$, sondern den Patronen im Ganzen, als wären sie nur ein Mann, die Hälfte. Die übrig Bleibenden, seien ihrer nun wenige

56) Foerster de *honorum possessione liberorum praeteritorum contra tabulas parentum*. §. 152—154. 161—166.

57) Foerster l. c. §. 137. sq. §. 142. sq. 146. sq. Huschke *nemo pro parte testatus im röm. Museum* VI. 319. 320. 333—336.

58) L. 24. D. de *bonis libert.* (38. 2.)

59) L. 2. pr. §. 1. L. 5. D. eod.

60) Bgl. L. 3. §. 7. L. 5. pr. D. de *assign. lib.* (38. 4.)

oder viele, werden also die unverkürzte Hälfte ebenso in Anspruch nehmen, als wäre jener Gestorbene oder Verzichtende schon vor dem Tode des Freigelassenen ausgefallen⁶¹⁾. Es läßt sich aber in einem solchen Falle nicht etwa von einem Accresciren der dem Ausgefallenen gebührt habenden bon. poss. sprechen; denn jene Vermehrung tritt gleichmäßig auch dann ein, wenn der Ausgefallene durch Anklage des Liberten⁶²⁾, durch Rückverkauf von donum, munus und operae u. s. w.⁶³⁾, seines patronatischen Erbrechtes verlustig geworden war. Wenn indeß einer der Patrone, durch Annahme eines Legates oder sonst, iudicium defuncti agnoscirt hat⁶⁴⁾, so accrescirt die Portion, die er durch contra tabulas honorum possessio hätte erlangen können, nicht etwa den Mitpatronen; denn er gilt gleich einem, der die debita portio vollständig erhalten.

Hat der Patron einem seiner Kinder ausschließlich den libertus assignirt, so ist ersteres, und sind nach dessen Tode, nicht durch Enterbung u. s. w. ausgeschlossene, Descendenten so lange allein zu der dem Assignirenden zugestanden habenden honorum possessio berechtigt, als dieselbe, abgesehen von der Assignation, den Nachkommen des letzteren zugestanden haben würde. Waren also zwei Patrone, deren erster dem einen seiner Kinder den Freigelassenen assignirt hat, so hat nach dem Tode dieses Kindes der von ihm hinterbliebene Enkel, so lange von dem zweiten Patrone noch Kinder ersten Grades vorhanden sind, nur dann das Recht auf die honorum possessio, wenn auch von seinem Großvater (dem Assignirenden) noch ein successionsfähiger Sohn lebt; denn da die patronatische Erbfolge nur den dem Grade nach Nächsten deferirt wird⁶⁵⁾, würde er in Concurrrenz mit eines Patronen Kindern ersten Grades ausgeschlossen bleiben, wenn er sich nicht auf seinen Vatersbruder stützte⁶⁶⁾. Aus dem gleichen Grunde erhält derjenige, dem assignirt ist, so viel Portionen, als ohne die Assignation auf die Descendenz des Assignirenden gefallen wäre⁶⁷⁾. Ist der Liberte zugleich mehreren assignirt, so concurriren sie mit gleichem Rechte, wenn die Stämme, welche sie gewissermaßen repräsentiren, ohne die Assignation gleichmäßig succedirt sein würden. Gehören beide demselben Stamme an, so stehen sie einander mit gleichem Rechte gegenüber; der noch lebende Eine schließt aber die Kinder des verstorbenen Anderen, und eben so schließen die dem Grade nach näheren Descendenten des Einen die entfernteren des Anderen aus⁶⁸⁾. Fällt einer von mehreren, denen assignirt ist, aus irgend einem Grunde aus, so wächst sein An-

61) L. 21. D. de bon. lib.

62) L. 14. eod.

63) L. 37. pr. eod.

64) L. 6. §. 4. L. 8. eod.

65) L. 51. D. de operis libertor. (38. 1.) L. 2. §. 2. L. 5. §. 1. L. 23. §. 1. D. de bon. libert.

66) L. 2. D. de assign. libert. (38. 4.)

67) L. 1. §. 8. eod.

68) L. 3. §. 7. L. 5. §. 2. eod.

theil ausschließlich dem andern zu; war nur diesem Einen assignirt, so lebt das Recht, wie es ohne die Assignation bestand, wieder auf (in familiam redit libertus) ⁶⁹⁾.

Ist der zur Zeit des Todes des Freigelassenen Berechtigte auf den geziemenden Theil eingesetzt worden, so steht dessen Successoren oder den übrigen Angehörigen des Patronus keine contra tabulas bonorum possessio zu, wenn jener auch, bevor er noch secundum tabulas agnoscirte, verstorben war ⁷⁰⁾. Fällt dagegen der zunächst Berechtigte, weil ihm sein Vater enterbt hat, oder weil er durch seine Handlungen gegen den Libertus des patronatischen Erbrechtes verlustig gegangen war, aus, so treten, wenn keine mit ihm zugleich Berufenen vorhanden waren, denen sein Antheil accrescirte, nach einer Art von successio graduum die nach ihm zu jenem Erbrechte Nächsten, vorausgesetzt, daß sie nicht unter seiner potestas stehen, ein ⁷¹⁾. Dagegen kann, weil immer nur die dem Grade nach Nächsten berufen werden, der Fall hier nicht vorkommen, daß die durch successio graduum Einrückenden vorzugsweise vor den ursprünglich Mitberufenen (denen das Accrescenzrecht zufließt) zur bon. poss. contra tab. zugelassen würden.

In Betreff des Anwachsungsrechtes bei der querela inofficiosi testamenti ist zuerst zu bemerken, daß der Erblasser in Ansehung dieser Querel, und des dieselbe ausschließenden, den Notherben zu hinterlassenden, Pflichttheiles den einzelnen Pflichttheilsberechtigten einzeln gegenüber steht, daß also nicht etwa, wie bei der bon. poss. contra tab. liberti sämmtlichen in diese Kategorie gehörenden Personen, mögen ihrer viele oder wenige sein, eine sich gleich bleibende Quote des Nachlasses gebührt. Mit anderen Worten: dem Libertus ist nur ein Theil seines Vermögens zur freien Verfügung gelassen, während der Rest nothwendig dem Patrone zufällt; der Ingegnus dagegen kann über sein Vermögen völlig frei verfügen, und ist dabei nur gehalten, die nächsten Angehörigen, insofern sie diesen Anspruch nicht durch ihr Betragen verwirkt haben, bis zu einer gewissen Höhe zu berücksichtigen ⁷²⁾. Wenn daher der Vater jedes seiner drei Kinder auf $\frac{1}{2}$ (seit der Nov. 18 auf $\frac{1}{3}$) instituirte hatte, und eines dieser Kinder fällt nach des Erblassers Tode durch Tod, Repudiation u. s. w. aus, so können die beiden übrigen, obwohl ihre Intestatportion sich von $\frac{1}{3}$ nunmehr in ein $\frac{1}{2}$ verwandelt, dennoch nicht etwa das Testament anfechten, weil ihnen nicht ein $\frac{1}{3}$ (nach der Nov. $\frac{1}{3}$) hinterlassen sei; denn jedem von ihnen war zu der allein entscheidenden Zeit des Todes des Erblassers volle Gnüge geschehen. Aus demselben Grunde kann eines von zweien Kindern, wenn sein Bruder enterbt ist, und das Testament unangefochten läßt, nicht etwa als der nunmehr einzige Successor $\frac{1}{2}$ (nach der Novelle $\frac{1}{3}$) des ganzen Nachlasses als

69) L. 3. §. 9. D. de bon. lib.

70) L. 2. §. 1. eod.

71) L. 27. 28. eod.

72) Vergl. Huschke im rhein. Museum VI. 282. 283.

seinen Pflichttheil in Anspruch nehmen, sondern ihm gebührt ebenso, als ob der Bruder nicht enterbt wäre, nur $\frac{1}{2}$ (jetzt $\frac{1}{3}$), partem facit exheredatus⁷³⁾. In gleicher Weise wird nach der Nov. 18 auch behauptet werden müssen, daß, wenn von 5 Kindern eines rits enterbt war, der Pflichttheil der übrigen nicht, als ob ihrer im Ganzen nur 4 wären, $\frac{1}{2}$, sondern $\frac{1}{3}$ ihrer Intestatportion beträgt, numerum facit. — Der den Notherben gebührende Pflichttheil wird also durch keinerlei Accrescenz vermehrt, wenn auch einzelne der Concurrenten gültig enterbt, oder nach des Erblassers Tode ausgefallen sind.

Allerdings tritt dagegen eine Accrescenz, und zwar ganz die früher für das Intestaterbrecht entwickelte ein, wenn, nachdem das Testament mittelst siegreicher Durchführung der Querela einmal vernichtet und volle Intestaterbfolge eingetreten ist⁷⁴⁾, eine der zur gemeinsamen Intestatsuccession berechtigten Personen ausfällt. Ein solches Ausfallen geschieht aber nicht allein durch Tod, Unfähigkeit, Indignität und eigentliches Ausschlagen, sondern auch durch stillschweigende Entsagung, wozu wieder insbesondere das absichtliche Nichtanstellen der Querel (qui repudiantis animo non venit ad accusationem inofficiosi testamenti)⁷⁵⁾, das Fallenlassen derselben und die Verschmäzung der für diese Klage geltenden fünfjährigen Verjährungsfrist gehört⁷⁶⁾. Wer im Testamente in solcher Weise enterbt war, daß er die Querel mit Erfolg nicht anstellen konnte, wiew, sobald einmal das Testament völlig umgestoßen ist, nicht mehr wegen jener Enterbung ausgeschlossen werden können⁷⁷⁾, denn die Enterbung allein kann von einem übrigens zusammengestürzten Testamente nicht bestehen bleiben⁷⁸⁾, wohl aber wegen seines, einen Verzicht involvirenden, Stillschweigens. Hat er die Querel schon früher angestellt, ist er aber rechtskräftig abgewiesen, so bleibt die Geltung des Testaments, trotz des demnächst von einem anderen Notherben erkrittenen umstößenden Erkenntnisses, gegen ihn res iudicata. Der eingesetzte Erbe wird also für die Intestatportion jenes Enterbten die hereditas ex testamento fortbesitzen. In der Regel wird also der verdienter Weise Enterbte nur dann an der, durch die Querel eines anderen Pflichttheilsberechtigten erkrittenen, Intestaterb-

73) L. 8. §. 8. D. de inoff. testam. (5. 2.) In diese Stelle hineinzuzeigen, daß dem, der Querel sich nicht bedienenben, Sohne die legitima titulo singulari hinterlassen sei, wie Voorda bei Schulting et Smalenburg notae ad Dig. VII. 967, Francke, das Recht der Notherben und Pflichttheilsberechtigten S. 213—215, u. Mühlenbruch Fortsetzung von Glück's Pandectencommentar XXXV. S. 402—405, thun, ist durchaus kein Grund vorhanden. Vergl. Puschke a. a. D. S. 345—347.

74) L. 8. §. 16. D. de inoff. test.

75) L. 17. pr. eod. „partem non facit his, qui eandem movere volunt,“ d. h. wenn es zur Intestaterbfolge kommt, so gebührt ihnen kein Theil daran.

76) L. 23. §. 2. eod.

77) Anderer Meinung ist Mühlenbruch a. a. D. S. 400 fig.

78) L. 20. pr. D. de bon. poss. c. t. (37. 4.) L. 12. §. 5. D. de bonis libert. (38. 2.)

folge Theil nehmen, wenn er selbst die Querel wenigstens schon vorbereitet hatte, als sein Miterbe obsiegt⁷⁹⁾).

Es fragt sich aber ferner, wann in Folge der durchgesetzten Querel die Intestatsuccession als vollständig eingetreten gelte? Keinem Zweifel unterliegt es, daß dieß der Fall sei, wenn der einzige Notherbe, der zugleich der einzige zunächst berufene Intestaterbe ist, gegen den einzigen Testamentsserben mit der Querela obsiegt⁸⁰⁾, oder natürlich ebenso, wenn sämtliche Noth- und nächsten Intestaterben gleichzeitig sämtliche Testamentsserben durch jene Klage besiegen. Ebenso ist es umgekehrt keinem Bedenken unterworfen, daß wenn der Notherbe nur gegen den einen Institutus ein günstiges Erkenntniß erstreitet, gegen den anderen aber entweder die Querel gar nicht anstellt, oder mit derselben zurückgewiesen wird (wie letzteres sowohl wegen abweichender Ansicht des diesem Beklagten gegenüber erkennenden Richters⁸¹⁾, als deshalb geschehen kann, weil der Kläger diesem Beklagten gegenüber kein Recht hat, wie wenn der enterbte Bruder gegen eine turpis und eine honesta persona klagt, welche beide instituiert sind⁸²⁾), die Intestatsuccession in Folge der Autorität des rechtskräftigen Erkenntnisses nur für den Theil erledigt ist, auf welchen jener Erste eingesetzt war, während der andere Testamentsserbe nach wie vor seine Portion auf Grund des Testamentes fortbesitzt. Streitig ist dagegen die Wirkung der Querel, welche nur einer von mehreren Notherben durchgesetzt hat. Um diese Wirkung zu beurtheilen, ist es nöthig, die zweifache Natur der Querel zu berücksichtigen. Sie ist nämlich eine hereditatis petitio, aber eine qualificirte her. pet. Wer sie anstellt, behauptet 1) Erbe zu sein, kann also insofern er (ab intestato) Miterben hat, deren Portionen ihm nicht etwa schon accersirt sind, nur behaupten, pro parte Erbe zu sein, er stellt also in dieser Beziehung die Klage nur theilweise an⁸³⁾; 2) stützt aber der Kläger diese Behauptung auf die

79) Sehr abweichend von den im Texte vorgetrageneu Sätzen ist die Darstellung bei Mühlbruch a. a. D. S. 393—395. Es scheint indeß in letzter Weise zulässig, von dem Rechte der contra tab. bon. poss. auf das der Querel. Schlussfolgerungen zu ziehen. Namentlich hat die hier zu entscheidende Frage, ob, wenn des Vaters Testament durch Querel vollständig umgestoßen ist (intestato patrefamilias facto), die darin ausgesprochene Enterbung als einziger Ueberrest fortbestehen soll, nichts mit den beiden anderen gemein: 1) ob der Sohn (der ja nach dem Rechte der bon. poss. contra tab. ingenui nur eine formelle Berücksichtigung fordern konnte), wenn er enterbt (wenn ihm also formell genügt) war, neben seinem präteritren Bruder contra tab. des Vaters bon. poss. agnosiren kann, und 2) ob der von seinem Vater, dem Patrone, in einem gültig bleibenden Testamente Enterbte befugt sein soll, gegen die tabulas des väterlichen libertus die partis dimidias bon. poss. zu agnosiren.

80) Francke b. R. b. Notherben S. 298.

81) L. 15. §. 2. D. de inoff. test. L. 13. C. eod. (3. 28.) L. 12. §. 4. D. de bon. libert.

82) L. 24. D. de inoff. test.

83) Huschke a. a. D. S. 344. Anm. 145. — L. 17. pr. eod. „Si de inofficioso testamento patris alter ex liberis exheredatis ageret, quia rescisso

andere, daß das Testament, aus welchem der Beklagte angetreten, ein inofficiosus und daher ungiltig sei, und in dieser Beziehung geht die Klage, wenn dem Kläger auch nur der hundertste Theil der Erbschaft ab intestato gebührt, dennoch gegen das ganze Testament, und wenn der Kläger obsiegt, ist diesem Beklagten gegenüber das ganze Testament durch *res iudicata* vernichtet⁸⁴). Waren also außer dem Klagen noch andere Intestaterben vorhanden, die nicht etwa ihre Ansprüche aufgegeben, so succediren sie (vorausgesetzt nur, daß das Testament nicht anderen Institutis gegenüber noch gilt) nun gemeinschaftlich mit ihm, und die Portionen der Ausfallenden accresciren den wirklich Erbenden⁸⁵). Dabei macht es denn auch keinerlei Unterschied, ob diese jetzt concurrirenden Intestaterben in eigener Person gleichfalls ein Recht zur Testamentsanfechtung gehabt haben würden oder nicht; auch im letzteren Falle kommt ihnen der Sieg des Notherben, der die Querel angestellt, zu statten. Waren also ein Ascendent und ein Bruder, welche beide der Testator enterbt hatte, und außerdem ein Bruderssohn vorhanden, denen zwei Instituti, eine *persona honesta* und eine *turpis*, gegenüber standen, und erstreitet der Vater mit seiner Querel gegen beide *scripti heredes* ein günstiges Erkenntniß, so wird der ganze Nachlaß unter den drei Intestaterben vertheilt, obgleich der Bruder über die Einsetzung des makellosen Erben sich gar nicht beschweren konnte⁸⁶). In gleichem Sinne wird sogar, wenn ein zur Intestaterbfolge jetzt gar nicht Berechtigter (z. B. die Mutter, während noch ein Kind des Testators vorhanden ist), die Querel durchsetzt, dieser Sieg ihm selber gar nicht, wohl aber den vor ihm berechtigten Intestaterben zu statten kommen. Im neueren Rechte, wo die Notherben nie mehr als ihre *legitima* fordern können, und wo diese immer eine Quote der Intestationsportion ausmacht, wird ein solcher Sieg allerdings nur durch Irrthum (wenn z. B. dem Richter die Existenz jenes Kindes unbekannt geblieben war) oder durch *iniuria iudicis* gedacht werden können; anders

testamento, alter quoque ad successionem ab intestato vocatur, et ideo inversam hereditatem non recte vindicasset etc.“

84) Anderer Meinung ist Mühlenbruch a. a. D. S. 393, vgl. mit 420 flg.

85) „Hic (nämlich der die Querel Anstellende) si obtinuerit, utatur rei iudicatae auctoritate“ heißt es in der L. 17. cit. weiter, und zwar in Betreff der ganzen Erbschaft, da sich nun ergeben, daß der andere Bruder *repudiantis animo* an der Anstellung der Querel keinen Theil genommen. Er hat also die Querel nur als *partiaris hereditatis petitio* angestellt, dennoch aber gewährt ihm der Sieg, weil das Testament vollständig umgestoßen ist, die ganze Erbschaft: *quasi centumviri hunc solum filium in rebus humanis esse nunc, quum facerent intestatum, crediderint*. Anders erklären diese Stelle (welche dem Paulus die verächtigten Vorwürfe des Fulgosiuzugezogen, vergl. Eckhard *hermeneutica iuris* S. 84. Nota *)), Glük, *Pandectencommentar* VII. 433—435. und Franke, *Recht der Notherben* 258, 259. Siehe indeß Huschke a. a. D. S. 344. Anm. 145.

86) Anderer Meinung ist Mühlenbruch a. a. D. S. 415—419; vgl. indeß Huschke a. a. D. S. 345.

jedoch nach älterem Rechte, wo auch der entferntere, seiner Meinung nach aber um den Erblasser besonders verdiente Intestaterbe sich darüber beschweren konnte, daß jener, indem er ihn nicht bedachte, ein officium pietatis verlegt habe⁸⁷⁾.

Wäre indeß die Querel von einem unter mehreren Intestaterben nur gegen einen von mehreren Testamentsserben durchgesetzt worden, so wäre es zwar gleichmäßig wahr, daß diesem scriptus heres gegenüber das ganze Testament als ungiltig zu betrachten ist, keineswegs aber würde es überhaupt als ungiltig anzusehen sein. Wollten also die übrigen Intestaterben von dem siegenden Kläger ihren Antheil an der dem Testamentsserben abgenommenen Erbportion fordern, so würde er sie darauf verweisen, daß die Intestatsuccession, so lange noch andere scripti heredes aus dem Testamente Erben seien, nach dem Grundsatz nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest, nicht als erlobigt gelten könne⁸⁸⁾, daß ihm selbst also sein erstrittener Theil nicht sowohl als Intestaterben, denn vielmehr auf Grund der res iudicata zustehe. So würde denn in dem oben erwähnten Falle, wenn nicht der Vater, sondern der Bruder die Querel angestellt, also nur gegen den anrühigen Testamentsserben obgesiegt hätte, die Portion, die er von diesem erhalten, nicht mit dem Vater und dem Brudersohne getheilt werden, sondern so lange ihm allein verbleiben, bis Ersterer dadurch, daß er die Querel auch gegen den makellosen Erben durchsetzte, das Testament vollkommen umgestoßen hätte⁸⁹⁾. Ständen sich drei Geschwister gegenüber, von denen nur der Eine eingesetzt wäre, so würde, wie noch weiter zu zeigen ist, jedes der beiden Enterbten, insoweit als jener Erste auf seine Intestatsportion eingesetzt ist, das Testament als inofficiosum nicht angreifen können. Es würde also derselbe seinen Theil jedenfalls ex testamento fortbesitzen. Klagt mithin nur der Eine der Enterbten, so ist durch dessen Sieg für den Anderen die Intestatsuccession noch nicht eröffnet⁹⁰⁾. Ebenso wenn dieser Andere mit seiner Klage abgewiesen ist. Hat endlich der jetzt zur Intestatsuccession gar nicht Berechtigte gegen nur einen von mehreren Testamentsserben mit der Querel obgesiegt, so bleibt ihm, wenigstens vorläufig, gerade umgekehrt wie in dem Falle, wo er gegen den einzigen Testamentsserben geklagt hatte, die erstrittene Portion allein, ohne daß die Intestaterben Theil daran hätten⁹¹⁾.

87) L. 6. §. 1. D. de inoff. test. Vergl. Glück Commentar VII. 3. Mühlenthal a. a. D. S. 422.

88) L. 12. §. 4. D. de bon. libert.

89) Vergl. das Beispiel in Schol. i. Basilicor. ad XXIX. 1. cap. 25. Fabrot. V. 255.

90) L. 16. pr. D. de inoff. test. Daß diese Stelle nicht, wie Cujaz gemeint, vom Accrescenzrechte zu verstehen sei, haben schon Francke, d. Recht der Notherben S. 275, Mühlenthal a. a. D. S. 412—414. nachgewiesen. Im Uebrigen ist ihre Auslegung mit der im Texte gegebenen nicht übereinstimmend. Vergl. indeß Huschke a. a. D. S. 340. Anm. 137.

91) L. 25. §. 1. eod. Vgl. Cuiacii recitatt. solemn. ad L. 6. §. 1. eod. opera VII. 170. Huschke a. a. D. Anm. 136.

Hat von den mehreren Pflichttheilsberechtigten jeder geklagt, der eine aber ist rechtskräftig abgewiesen, während der andere gesiegt hat, so gilt, wie bereits erwähnt worden ist, das Testament zu Gunsten der darin eingesetzten Erben ebenso dem Ersten gegenüber, wie es im Verhältniß zum Zweiten als nicht bestehend betrachtet wird. Der Nachlaß bleibt also den scriptis heredibus insoweit, als sie ihn im Falle des Unterliegens an die abgewiesenen Querulanten hätten herausgeben müssen. Sind endlich die eingesetzten Erben selbst, sämmtlich oder theilweise, zunächst berufene Intestaterben (gleichgiltig ob Pflichttheilsberechtigte oder nicht), so kann die von dem Notherben angestellte Querel nicht die Wirkung haben, das ganze Testament umzustossen. Insoweit der Erblasser jenen Institutus, die auch ab intestato mit dem klagenden Notherben concurrirt haben würden, nicht mehr als ihre Intestationsportion zugewandt, war sein letzter Wille nicht inofficios; die Einsetzung eines solchen Intestaterben hat also die Wirkung, daß der Kläger in der Querel nicht nur sein Petitum nur auf seine Intestationsportion richten, sondern daß er auch zu dessen Begründung nur innerhalb dieser Grenze Inofficiosität behaupten kann. Das obfiegliche Erkenntniß, das er erstreitet, macht den Erblasser nur in jenem Umfang intestatus; im übrigen besteht die testamentarische Succession fort, und zwar nicht nur zu Gunsten des eingesetzten Intestat- oder Notherben, sondern, wenn diesem nicht sein voller Intestaterbtheil hinterlassen war, auch zu Gunsten des miteingesetzten extraneus⁹²⁾.

Wenn nun dem Obigen zufolge der Regel nach die auch nur von einem unter mehreren Notherben durchgeführte Querel auch zu Gunsten der übrigen Intestatsuccession hervorruft, so ergibt sich schon daraus in Ansehung der zweiten unter den früher aufgeworfenen Fragen, daß ein Accresciren der Querel, als einer Anfechtungsklage, gar nicht gedacht werden kann⁹³⁾; sie würde ja, für $\frac{1}{2}$ der Erbschaft angestellt, nicht wirksamer werden, als sie es schon für $\frac{1}{2}$ ist. Außerdem bezieht sich die Querel auf das reinpersönliche Verhältniß zwischen dem Erblasser und dem Querulanten, namentlich auf die Art, wie letzterer gegen den ersten die officia pietatis erfüllt hat; sie läßt sich also als Anfechtungsklage von der Person des Notherben überall nicht in der Art trennen, daß ein Anderer, dem sie accrescirt wäre, sie statt des ursprünglich Berechtigten anstellte. Nicht die Querel also accrescirt, sondern die in Folge der durchgeführten Querel befetzte Intestationsportion. Daraus ergibt sich denn insbesondere, daß es darauf, ob der Ausgefallene selbst zur Anstellung der Querel berechtigt gewesen wäre, eben

92) L. 19. eod. Diese Stelle, die von den Glossatoren zu den sechs legibus damnatis gezählt wurde, wird verständlich, sobald man nur in dem: itaque dici potest ein (verworfenes) Bedenken erkennt: es könnte scheinen, als ob die Portion der eingesetzten Notherben, weil sie nicht geklagt (L. 17. pr.), der der klagenden Enterbten accresciren müsse. Vergl. Huschke a. a. D. S. 351, 352. Abweichend sind die Erklärungen bei Francke a. a. D. S. 259 bis 265 und Mühlentbruch S. 430—432.

93) Anderer Meinung ist Mühlentbruch a. a. D. S. 406 fig.

so wenig ankommt, als ob derjenige, dem accresciren soll, zu den Notherben gehört; während, wenn es sich nur um Accrescenz der Querele als solcher handelte, die Intestatportionen der nicht zur Querele Berechtigten, z. B. des rechtmäßig Enterbten, oder des mit Ascendentes und Brüdern concurrirenden Bruderkindes, dem Testamentsserben verbleiben, letzterer also befugt sein müßte, dem auf solche Accrescenz sich Berufenden sämtliche Einreden entgegen zu stellen, welche ihm gegen den Ausgefallenen zugestanden haben würden. — Stehen drei Notherben sich gegenüber, wovon der eine instituirt, die beiden anderen exheredit sind, und fällt der eine der letzteren aus, so accrescirt dessen Intestaterbtheil zur einen Hälfte dem anderen exhereditatus, welcher die Querele durchgeführt hat. Man kann aber nicht sagen, daß die zweite Hälfte dem institutus accrescire, denn zwischen Intestat- und Testamentsserben gilt kein Accrescenzrecht, sondern es wird ihm nur um so viel weniger entziffen. Stände neben dem eingesezten Notherben noch ein extraneus, so würde diesem jene zweite Hälfte der Portion des Ausgefallenen zu Gute kommen; denn nur ihm wäre durch den klagenden Notherben Etwas entziffen worden.

Unter den Personen, die in Folge ihrer Verwandtschaft mit dem Erblasser zur Querele berechtigt sein können, gehen diejenigen vor, denen auch die Intestatsuccession zunächst gebührt. Verzichten indeß diese auf Anstellung der Querele, oder unterliegen sie in dem wirklich erhobenen Prozesse, so können, jetzt die nächst ihnen ab intestato Berufenen das Testament, als ein inofficioses anfechten. Allerdings ist es eine Ausnahme gegen die allgemeine Regel, welcher zufolge das gesammte Pflichttheilsrecht nach dem Momente des Todes des Testators beurtheilt werden soll, wenn hier Personen, die damals gar nicht Intestaterben des Erblassers waren, das Recht gegeben wird, das Testament, in dem ihnen kein Pflichttheil hinterlassen war, anzufechten. Aber selbst die genügend begründete Enterbung des nächsten Notherben soll nach römischer Ansicht den Erblasser zu keiner, die übrige Familie nicht berücksichtigenden, Willkür, sondern nur dazu befugen, daß er den Enterbten als todt betrachtet (exhereditatus pro mortuo)⁹⁴⁾, nun also auf die nach ihm folgenden Notherben die gleiche Rücksicht nimmt, als ob ihnen Niemand zuvorstände⁹⁵⁾. Damit eine solche successio in querelam eintreten könne, ist wesentlich erforderlich, daß der zunächst Berechtigte nummehr auch von der Intestatfolge als ausgeschlossen gelte; denn widrigenfalls würde der Sieg der Kläger nur zu dessen Nutzen gereichen. Ein solches Ausschließen wird aber auch regelmäßig in dem ausdrücklichen oder stillschweigenden Verzichte, im Tode des zuerst Berechtigten, und in dem ungünstigen Erkenntnisse liegen. Da ferner nur derjenige die Querele anstellen kann, dem die legitima nicht gewährt ist, und da die legitima eine portio portionis ab intestato ist, so können die nachstehenden Pflichttheilsberechtigten nur dann

94) L. 1. §. 5. D. de conjung. c. emanc. lib. (37. 8.)

95) Vergl. Francke R. d. Notherben S. 280.

klagen, wenn ihnen jetzt auch die Intestatsuccession wirklich deferirt ist. Daraus folgt denn, daß vor Justinian die *successio in querelam* für die *liberi* und für die *legitimi* nur eine *successio ordinum*, für die *Cognaten* aber außerdem auch noch eine *successio graduum* sein konnte. Namentlich können nach dem Rechte dieser Zeit die Enkel, nachdem ihr Vater auf die *Querel* verzichtet oder mit ihr abgewiesen ist, die *Querel* nicht als *liberi*, sondern nur wenn und insofern ihnen noch *bon. poss. unde cognati* deferirt wird, anstellen⁹⁶⁾. Anders verhält es sich jedoch seitdem Justinian für *Agnaten*, und, wie bereits erwähnt worden, ebenso für *Descendenten* die *successio graduum* eingeführt hat⁹⁷⁾. Gegenwärtig also ist es allgemeiner Grundsatz, daß, wenn der zur Anstellung der *Querel* zunächst Berechtigte ausfällt, die Entfernteren ganz in derselben Ordnung zur Anfechtung des Testaments zugelassen werden, in welcher die Intestatsuccession ihnen deferirt wird. Waren nun zwei enterbte Söhne vorhanden, von denen der eine sich der *Querel* begibt, so kann, wenn er Kinder hat, nach dem bereits Ausgeführten von einer *Accrescenz*, durch welche das Anfechtungsrecht nunmehr allein dem anderen Sohne zustände, nicht die Rede seyn; sondern die Enkel sind neben dem Bruder ihres Vaters zur *Querel* berechtigt⁹⁸⁾.

Wesentlich haben sich diese Grundsätze nach der *Nov. 115* verändert, bei deren Erörterung die ausschließliche Nichtigkeit des sogenannten *Derogations*-, und in demselben des *Nullitäts*systems hier vorausgesetzt werden soll⁹⁹⁾. Ist nämlich den Anforderungen der *Novelle* in Betreff der Art der Enterbung für sämmtliche *Exherediten* genügt, ist also für einen jeden derselben eine *causa exheredationis* angegeben und ist diese *causa* auch eine der von dem Gesetze als zureichend anerkannten, und wird sie demnächst von den *scriptis heredibus* als in der Wahrheit begründet erwiesen¹⁰⁰⁾, so bleibt das Testament natür-

96) Hierdurch erklärt sich *L. 34. C. de inoff. test.* (3. 28. vom Jahre 530.), in welcher Stelle Justinian den ungewöhnlichen Fall, daß dem die *Querel* intendirenden *nepos*, der ab intestato im *ordo cognatorum* succediren müßte, keine Verwandten im *ordo liberorum* oder *legitimorum* vorgingen, unberücksichtigt läßt. *Frank e a. a. D. S. 283—285.* Zwar führt die 5. Ausgabe von *Wening-Ingenheim* Lehrbuch §. 494. Note y. gegen die *successio graduum* auch die *L. 10. §. 4. C. de adopt.* (8. 48.) an; doch redet diese Stelle überall nicht von einem Fall, wo schon dem Sohne (als *exheredatus*) *Querel* zustand.

97) *L. 4. C. de bon. libert.* (6. 4. vom 1. Dec. 531. vgl. *Schrader ad §. 8. J. de legit. agnat. succ.* 3. 2.)

98) Die Zulässigkeit der *successio graduum* für die *Querel* leugnet *Mühlenbruch a. a. D. S. 475—480*, und Lehrbuch des *Pandecten*rechtes §. 771. Anm. 11; nicht aber der von ihm als einstimmend angeführte *Frank e a. a. D. S. 281.*

99) *Mühlenbruch* Fortsetzung von *Glück XXXVII. 295—373.*

100) *Descendenten* müssen ohne Unterschied des Geschlechtes und Grades ausdrücklich *exheredit* werden; für *Ascendenten* genügt *Präterition* unter Angabe eines zureichenden Grundes. *Mühlenbruch a. a. D. XXXVII. 190 fig., 230 fig.*

lich bei vollen Kräften. Ebenso wenn die Notherben zu einem, wenn auch noch so geringem, Theile eingesetzt sind, in welchem Falle ihnen die *expletoria actio* das an der legitima etwa Fehlende gewährt. Ist aber auch nur für einen der bei des Testators Tode noch lebenden¹⁰¹⁾ Erherediten einem dieser Erfordernisse nicht genügt, ist also ein Notherbe präterirt, ohne Angabe des Grundes erheredit, oder ist der angegebene Grund kein von der Novelle anerkannter, oder vermag endlich der Testamentserbe die Wahrheit dieses Grundes nicht nachzuweisen, so gilt in Betreff der Erbesetzungen das Testament ebenso vollständig für null, als wenn nach altem Civilrechte der *filius suus* präterirt wäre, und die rite geschehene Enterbung der übrigen Pflichttheilsberechtigten dient, auch wenn die *institutati* die Wahrheit der *causa exheredationis* beweisen, ihnen nicht dazu, deren Intestatportionen für sich zu behalten. Zwar verordnet die Novelle, daß, ungeachtet der in solchem Falle eintretenden Nichtigkeit der Erbesetzungen, Legate und Fideicommissie, Freiheitsertheilungen, Bestellungen von Vormündern und alle sonstigen vom Rechte anerkannten Verfügungen¹⁰²⁾ rechtsbeständig bleiben sollen; ein Bestehenbleiben der wohlverdienten Enterbungen läßt sich aber daraus nicht folgern, da Exheredationen höchstens nur den Institutionen gleichgestellt werden¹⁰³⁾. Hat indeß der Enterbte gegen den *scriptus heres* geklagt, ist er in diesem Prozesse abgewiesen worden, und wird demnächst in einem zweiten Prozesse das Testament für ungültig erklärt, weil einem anderen Notherben nicht Genüge geschehen, so verbleibt die Intestatportion jenes Ersten dem eingesetzten Erben; denn in dem zwischen diesen Beiden geführten Prozesse wurde nicht bloß über die Rechtsbeständigkeit der Enterbung des Klägers, sondern über den Bestand des Testaments überhaupt gestritten¹⁰⁴⁾, durch die ergangene *res iudicata* ist also dessen Gültigkeit, und daß dem Kläger seine Intestatportion nicht gebühre, unter den Parteien zum formellen Rechte geworden¹⁰⁵⁾. — Die Nullität des Testaments macht in einem solchen Falle eine *Accrescenz* wegen versäumter Anstellung der Querel, deren es ja überall nicht mehr bedarf, unmöglich; ebenso die *successio in quorelam*¹⁰⁶⁾. Das bloße Nichtklagen erleidigt den dem einen Notherben zugefallenen Theil nur insofern, als darin nach allgemeinen Grundsätzen eine *Repudiation* liegt. Schweigt ein Enterbter über seine Exheredation, so steht es den übrigen, vielleicht gültig ausgeschlossenen, oder auch auf weniger als ihre Intestatportion eingesetzten, Notherben, ja, der richtigeren Meinung nach nicht minder auch den Intestaterben,

101) Mühlenbruch a. a. D. S. 256 flg.

102) *ἀλλὰ διαθήματα κατὰ τὰ νόμοις ἑνωσμένα.*

103) Anderer Meinung ist Warnkoenig *commentarii iur. rom.* III. p. 299. in f. Vergl. indeß Mühlenbruch a. a. D. XXXVII. 273, 288. Anm. 54a.

104) L. 95. D. de a. v. o. h. (29. 2.)

105) Mühlenbruch a. a. D. S. 282.

106) Mühlenbruch a. a. D. S. 239, 264.

die keine Notherben sind 107), frei, eben sowohl sich auf die wegen formell ungenügender Exheredation des Ersteren eingetretene Nichtigkeit zu berufen, als unter der Behauptung, die formell genügende sei unwahr, den Beweis der vom Erblasser angegebenen Thatumstände vom eingesezten Erben zu fordern. Gelingt dieses also nicht, oder war die Enterbung formell ungenügend, so treten nunmehr sämtliche Intestaterben, mit Einschluß des in solcher Weise ungiltig Enterbten ein, dessen Portion mithin weder dem Testamentserben verbleibt, noch den Miterben accrescirt. Verzichtet der ungiltig Enterbte auf seinen Antheil, so ist, so lange die Erfordernisse einer hereditatis venditio an dem Testamentserben nicht eingetreten sind, kein Grund vorhanden, diesem die ausgefallene Portion zuzusprechen, es muß also Accrescenzrecht eintreten 108). Ist der ungiltig Enterbte iniuria iudicis mit seiner hereditatis petitio ex causa nullitatis abgewiesen, so verbleibt auf Grund der res iudicata sein Erbtheil unzweifelhaft dem Testamentserben. Sehr bedenklich aber ist es, ob den übrigen Noth- oder Intestaterben noch gestattet werden soll, in ihrem Interesse und in einem neuen Rechtsstreite gegen den Testamentserben zu erweisen, daß dieselbe exheredatio, deren Gültigkeit dem Enterbten gegenüber einmal richterlich ausgesprochen ist, dennoch nichtig sei. So viel innere Wahrscheinlichkeit indeß die Annahme für sich hat, daß Justinian hier eine Ausnahme von der Regel, nach welcher die res iudicata nur unter den Parteien für Wahrheit gilt, beabsichtigte, und eine Ausschließung auch dritten gegenüber als gerecht angesehen wissen wollte, deren Ungerechtigkeit dem Ausgeschlossenen selbst nachzuweisen nicht gelungen war, so hat der Gesetzgeber jene Ausnahme doch mit bestimmten Worten nicht eingeführt, und so bleibt nur übrig, bei der Regel stehen zu bleiben, und demzufolge den Mitberufenen, und nach ihnen den entfernteren Intestaterben immer noch zu gestatten, die ihnen zugefallenen Portionen auf den Grund derselben angeblichen Nullität einzufordern 109). Da indeß hierbei eine Accrescenz der einmal aberkannten Portion nicht stattfinden kann, so geht die hereditatis petitio eines jeden nur auf seinen ursprünglichen Erbtheil, und sind sämtliche Zusammenberufene rechtskräftig abgewiesen, so können die Entfernteren durch successio graduum oder ordinum nicht eintreten.

107) Mühlbruch a. a. D. S. 272 fig. Die entgegengesetzte Ansicht, daß die Nichtigkeit des Testamentes wegen ungenügender Ausschließung der Notherben nur eine relative, zu Gunsten dieser letzten eintretende, sei, kann sich nur auf die, von Bluntzli Entwicklung der Erbfolge gegen den letzten Willen nach römischem Rechte mit besonderer Rücksicht auf die Nov. 115. S. 264, 265, auch ausgesprochene, Ansicht stützen, daß es das Recht der contra tab. bon. poss. sey, welches Justinian durch die Nov. habe generalisiren wollen. Es sind aber gerade nur die Grundsätze der civilrechtlichen Nullität, welche auf die Novelle übertragen werden müssen. Mühlbruch a. a. D. S. 246.

108) Anderer Meinung ist Mühlbruch a. a. D. S. 269 fig.

109) Mühlbruch a. a. D. S. 278 fig.

Das Accrescenzrecht bei der *successio ex testamento* beruht, wie bereits oben erwähnt worden, auf der Untheilbarkeit des zur Universalsuccession berufenden Willens des Erblassers. Wollte der Erblasser diese Accrescenz durch eine besondere Verfügung seines Testamentes ausschließen, so müßte er dadurch, wenn diese Verfügung aufrecht erhalten werden sollte, zugleich seinem letzten Willen jene Untheilbarkeit, also ein wesentliches Moment seines Bestandes nehmen¹¹⁰⁾; mit anderen Worten, daß keine Accrescenz eintrete, kann der Testator selbst durch ausdrückliche Anordnung nicht bestimmen¹¹¹⁾. Dieser Grundsatz ergibt sich indes nur durch die Unterwerfung des subjectiven Willens des Testators unter die objectiven Rechtsprincipien¹¹²⁾; wo diese Unterordnung aufhört, wo nur nach dem subjectiven Willen des Erblassers als solchem, nicht aber danach gefragt wird, ob er rechtlich vernünftig sei oder nicht, wie bei dem Testamente der Soldaten, da kann zwar Anwachsungsrecht ebenfalls eintreten, aber es ist alsdann nicht auf die rechtlich nothwendige Untheilbarkeit des letzten Willens überhaupt, sondern auf die Vermuthung des eventuellen Willens eben dieses Testators gegründet¹¹³⁾. Daraus folgt denn, daß, wenn der testirende Soldat ausdrücklich nur über eine einzelne Sache oder einen aliquoten Theil seines Vermögens letztwillig verfügt hat, der Rest desselben, so lange nicht feststeht, daß der Testator sich jener Quoten nur als eines ungeschickten Ausdruckes, mit dem er seinen ganzen Nachlaß umfassen wollte, bedient habe¹¹⁴⁾, nicht den

110) Vergl. L. 55. D. de legatis. (l. 30.)

111) Natürlich steht es indes dem Erblasser frei, den Eintritt des Falles, in welchem allein Accrescenzrecht eintritt, d. h. den der Erledigung der Erbportion durch eventuelle Verfügungen, nämlich durch Substitution, zu verhindern. Pauli receptas sententiae IV. 8. §. 26. in f. L. 2. §. 8. D. de bon. poss. sec. tab. (37. 11.) Die Accrescenz als eine stillschweigende Substitution anzusehen, wie Gans Erbrecht in weltgeschichtl. Entwicklung II. 427. Rudorff über die *caducorum vindicatio* in der Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft. VI. 399, 400, und wenigstens theilweise auch Schneider Anwachsungsrecht S. 49, 50, thun, ist irrig. Obgleich nämlich die gegenseitige Substitution der Miterben den Theil des Ausfallenden unter den Uebrigen gleich der Accrescenz *pro partibus hereditariis* vertheilt, §. 2. J. de vulg. subst. (2. 15.) und ihre Wirkung, sobald der Substitut nur die Institutionsportion bereits erworben, ipso iure äußert L. 35. pr. D. de A. v. o. h. (29. 2.), so enthält sie doch immer eine neue Berufung der Person des Substituten, wird also unwirksam, sobald derselbe inzwischen gestorben ist, während es für das Anwachsungsrecht heißt: *portio portioni accrescit*. L. 9. D. de suis. (38. 16.) Daraus folgt, daß, wenn unter den reciproce Substituirten zur Zeit des Ausfalles einer Portion einzelne gestorben waren, jene Portion nur den noch Lebenden *iure substitutionis* zufällt. Waren sie Alle gestorben, so ist die Substitution erledigt, und nunmehr tritt Accrescenz zu Gunsten der auf die Erben der Erben übergegangenen Portionen ein.

112) *Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia*. L. 1. D. qui testamta. (28. 1.)

113) Huschke im rhein. Museum VI. 326—333.

114) L. 3. C. de testam. milit. (6. 21.)

eingesetzten Erben zuwächst, sondern an die Intestaterben fällt¹¹⁵⁾. Succedit alsdann einer dieser Letzteren nicht, so versteht es sich von selbst, daß für die übrigen Intestaterben die gewöhnlichen Grundsätze über Accrescenzrecht gelten, und daß die Portionen des Testamentserben sich dadurch nicht vermehren. Umgekehrt muß aber behauptet werden, daß, wenn im obigen Falle einer der Testamentserben des Soldaten ausfällt, dessen Portion im Zweifel den Intestaterben und nur, wenn die gegentheilige Absicht des Testators deutlich erhellt, den übrigen im Testamente Berufenen zuzuweisen ist. Hat der testirende Soldat zu seinen castrensischen und nichtcastrensischen Gütern oder sonst zu getrennten Abtheilungen seines Vermögens verschiedene Erben berufen¹¹⁶⁾, so wird, sobald sich mit Bestimmtheit ergibt, daß der Erblasser die Intestaterben ganz ausschließen wollte¹¹⁷⁾, das Accrescenzrecht zunächst unter den in solcher Weise Zusammenberufenen, dann aber auch unter den sich Gegenüberstehenden, und zwar mit Rechtsnothwendigkeit, wie bei dem Paganus, eintreten¹¹⁸⁾. Ist endlich im Soldatentestamente das ganze Vermögen ordnungsmäßig und nach Quoten vergabt, so werden durch den Ausfall eines der berufenen Erben im Zweifel, unter Ausschließung des Accrescenzrechtes, die Intestaterben berufen¹¹⁹⁾; nur der Beweis des den letzteren bestimmt entgegenstehenden Willens des Testators läßt das Anwachsungsrecht, und alsdann völlig nach den gemeinrechtlichen Principien zu.

Wenn für die Testamente der Nichtsoldaten die rechtsnothwendige Untheilbarkeit des erblasserischen Willens als der Grund angegeben ist, warum Accrescenz überhaupt eintritt, so ist damit noch nicht gesagt, daß die Art, wie sie eintritt, nicht möglichenfalls noch von einem anderen Principe beherrscht sein könne, und in der That ergibt sich, daß während ursprünglich auch über jenes Wie des Accrescens, d. h. über die Vertheilung der ausfallenden Portion, das objective Recht ohne Berücksichtigung des präsumtiven Willens des Testators, also nach denselben Grundsätzen wie bei der Intestatsuccession entscheidet, später dieser Wille, der bei Soldatentestamenten ausschließlich darüber bestimmt, ob Accrescenzrecht gelten solle, bei Beantwortung der Frage: wie accrescite? eine mehr oder weniger untergeordnete Beachtung findet.

115) L. 6. D. eod. (29. 1.) L. 2. C. eod.

116) Vergl. L. 25. §. 1. D. fam. hercisc. (10. 2.) L. 78. pr. D. de heredib. instat. (28. 5.) L. 19. §. 2. D. de castrensi peculio. (49. 17.)

117) L. 1. C. de testam. milit. Vergl. mit Faber errores pragmaticorum dec. LXXI. err. 10. und L. 42. §. 1. 2. D. de bon. libert. (38. 2.) Vgl. mit Faber ibid. dec. LXXII. err. 1. 4.

118) L. 17. §. 1. D. de testam. mil. Vgl. mit Faber l. c. dec. LXXI. err. 9. Weil jedoch castrensische und paganische Güter als zwei verschiedene Vermögen gelten, so gewinnt der Erbe, der in die bona der einen Art bereits succedirt ist, durch den Ausfall des zu den bonis der anderen Art Berufenen, gleich dem Miterben des abstretirenden suus (vgl. oben Anm. 19) das Recht, nun beide Vermögenstheile zugleich aufzugeben.

119) L. 37. D. de testam. mil.

Der die Accrescenz im Intestaterbrechte beherrschende Grundsatz, daß der Ausfallende als nie vorhanden gewesen zu betrachten sei, ergibt in seiner Anwendung auf Testamentarsuccession, daß, wenn alle Erben gleichmäßig ohne ausdrückliche Bezeichnung einer Portion berufen sind, unter den übrigbleibenden nunmehr die ganze Erbschaft eben so zu gleichen aber vergrößerten Raten vertheilt wird, als wären von jeher nur diese instituiert gewesen. Hatte der Testator die Erbschaft nach Quoten vertheilt, dabei jedoch die Einheit überschritten, so würde, wenn alle Berufenen succedirt wären, eine verhältnismäßige Herabsetzung jedes Antheiles nöthig gewesen sein. Macht nun der Ausfall eines Eingesezten, daß die übrig bleibenden testamentarischen Quoten jetzt zusammen der Einheit genau gleich kommen, so hat es dabei sein Bemenden, ganz ebenso, als ob der Erblasser jene Einheit niemals überschritten hätte. Ist dagegen auch jetzt noch mehr als eine einfache Einheit vertheilt, oder war umgekehrt diese Einheit schon durch die ursprüngliche Vertheilung nicht erreicht, oder wurde auch die vom Testator vorgenommene, gerade aufgehende oder überzählige Vertheilung erst durch den Ausfall eines Erben eine unvollständige, so findet die verhältnismäßige Reduction oder Vermehrung der Raten, zu denen der Erblasser berufen, ganz ebenso statt, als ob die nach jenem Ausfalle stehen bleibenden von jeher die einzigen, über die das Testament verordnet, gewesen wären ¹²⁰). Das Princip der Accrescenz in dieser ersten und einfachsten Gestalt fällt also mit dem der Berichtigung einer ursprünglich unvollständigen oder überzähligen Vertheilung und nicht minder mit dem gleichlautenden Principe zusammen, nach welchem Berufungen von zur Zeit der Testamentserrichtung bereits verstorbenen oder erbunfähigen Personen (ea quae pro non scriptis habentur) den Mitberufenen nach Portionen ihres Erbtheiles zu Gute kommen, welches Zugutekommen doch nur mißbräuchlich eine Accrescenz genannt werden kann ¹²¹).

Hatte der Erblasser die Erben entweder sämmtlich, oder einzelne unter ihnen nicht in der Art berufen, daß er für einen Jeden eine bestimmte Quote ausgesetzt, so entscheidet sich, von diesem Principe ausgehend, die Frage, ob der Ausfall eines Einzelnen allen Uebrigen oder nur Einzelnen zu Gute komme, danach, ob in Folge der Art, wie der Erblasser gesprochen, die Portion des Ausfallenden sofort selbstständig zu ermitteln, oder ob sie zunächst für ihn und einen anderen zusammen

120) L. 59. §. 3. D. de hered. inst. (28. 5.) A und B waren jeder zu $\frac{1}{2}$, C aber zu $\frac{1}{3}$ eingesezt; die beiden Ersten hätten also nach der vorzunehmenden Reduction jeder $\frac{1}{3}$, der Letzte aber $\frac{1}{3}$ erhalten müssen. Nun fällt B aus, und seine Portion accrescirt den beiden anderen in der Art, daß A jetzt im Ganzen $\frac{2}{3}$, C aber $\frac{1}{3}$ erhält. Oder A war auf $\frac{1}{2}$, B auf $\frac{1}{4}$ und C auf $\frac{1}{4}$ eingesezt; diese Portionen hätten auf $\frac{2}{3}$, $\frac{1}{3}$ und $\frac{1}{3}$ erhöht werden müssen. Fällt nun B aus, so accrescirt seine Portion den anderen beiden in der Art, daß jetzt A im Ganzen $\frac{2}{3}$, C aber $\frac{1}{3}$ hat.

121) L. 20. §. 2. D. de heredib. instit. L. 21. §. 3. C. de testamentis. (6. 23.)

bestimmt war, und dann erst Jeder von ihnen weiter durch eine nicht schon vom Testator selbst verordnete Theilung, also lediglich durch ihre gemeinsames Zusammentreffen, auf einen Theil jener Portion beschränkt ward ¹²²). Im letzten Falle nämlich bleibt jene primäre Portion ungeachtet des Ausfalles dieselbe, aber die Subdivision wird durch den letzteren unnöthig; der mit dem Ausgefallenen zu der gleichen Portion Berufene erhält diese nun also ganz ¹²³). Mit anderen Worten: während alle Erben als Universalsuccessoren in der Repräsentation des Erblassers verbunden (*re coniuncti*) und dadurch ohne Unterschied zum Accrescenzrechte unter einander im Allgemeinen befähigt sind, können einzelne unter ihnen auch speciell zu einer Erbportion in ähnlicher Weise verbunden sein, und wie dadurch bei wirklich eintretender Concurrenz dieselbe unter ihnen vertheilt worden wäre, so bleibt sie beim Ausfalle eines von ihnen den Uebrigen ungeschmälert, es steht diesen ein vorzugsweises Accrescenzrecht zu.

So wenig nun die Accrescenz selbst der Willkür des Erblassers unterworfen ist, so ist doch die Frage nach der Art, wie der Testator den Nachlaß vertheilt wissen wollte, von welcher jene abhängig ist, eine reine Willensfrage. Daß, wenn die mehreren Erben sämmtlich in gleicher Weise ohne Angabe eines Erbtheiles berufen waren, oder, wenn umgekehrt einem Jeden durch die Worte des Testamentes selbst eine bestimmte Quote, wenn auch vielleicht in einem Nebesatz mit der Berufung eines anderen Erben verbunden (*verbis coniuncti*), ausgesetzt war, sich die Portion eines Jeden selbstständig ergab, also von einer Verbindung im obigen Sinne nicht die Rede sein konnte, das darf keinem Zweifel unterliegen ¹²⁴). Ob aber der Testator, indem er, anderen einzeln Berufenen gegenüber, Mehrere ohne Bezeichnung der Por-

122) L. 80. D. de legat. (3. 32.) *Coniunctim heredes institui, . . . hoc est: totam hereditatem . . . singulis datam esse, partes autem concursu fieri.* Vgl. Baumeister Anwachsungsrecht S. 163, 164. Schneider Anwachsungsrecht S. 268.

123) L. 63. D. de heredib. instit. —: *si quis ex coniunctis decessit, hoc non ad omnes, sed ad reliquos, qui coniuncti erant pertinet.* Vgl. Gosschen observatt. j. rom. p. 101. 102. Na. b. Baumeister a. a. D. S. 185, 186. Mayer, Recht der Anwachsung S. 56, 57. Gitzler quaest. de lege Julia et Pap. Popp. spec. II. p. 10. Na. 7. S. auch L. 34. pr. in f. D. de leg. (1. 30.) L. 3. pr. D. de usufr. accresc. (7. 2.) Daß das Accrescenzrecht unter Erben aus der Berufung auf eine Portion nicht hervorgehe, sondern allein von der Wortverbindung abhängig sei, behauptet wohl nur Gans Erbrecht in weltgeschichtl. Entwicklung II. 426—431.

124) Arg. L. 89. D. de legat. (3. 32.) *Verbis (coniuncti videntur) non etiam re: Titio et Seio fundum aequis partibus do, lego, quoniam semper partes habent legatarii.* Vgl. Rudorff a. a. D. S. 416 flg. Baumeister a. a. D. S. 226—235. Der Letztere hält S. 190 bis 206 nur diejenigen für *verbis coniuncti*, denen der Erblasser den fraglichen, zwar zunächst ausdrücklich unter ihnen vertheilten, Erbtheil (oder das Legat), doch eventuell ganz, also vorzugsweise vor den übrigen Concurrenten zugedacht hat. Siehe inbeß Schneider, Anwachsungsrecht S. 266—270. Vgl. auch L. 20. D. de legat. (2. 31.)

tion zusammenberief, die Letzteren zusammen nur einem der Ersteren gleichstellen¹²⁵), ob er, indem er den Zweiten zu dem gleichen Theile berief, zu dem er bereits den Ersten eingesetzt hatte, Beiden zusammen nur jenen einen Theil geben, oder ob er dadurch bloß ausdrücken wollte, Beide sollten an dem Gesamtnachlasse gleich große Antheile erhalten¹²⁶), ob er endlich, wenn er über einen Theil der dem Ersten ertheilten Portion zu Gunsten des Zweiten verfügte¹²⁷), dadurch Beide in Ansehung jenes Theiles concurriren zu lassen, oder ob er die erste Erbesetzung für jenen Theil zu Gunsten des Zweiten zurückzunehmen beabsichtigte¹²⁸): das Alles sind Fragen, die sich nur durch mehr oder minder trügerische Vermuthungen entscheiden lassen, und in Betreff deren die römischen Juristen daher auch verschiedener Meinung sein konnten. Auch gehört ihre Beantwortung wesentlich in die Lehre von der Interpretation der Erbesetzungen; in die von der Accrescenz aber nur insofern, als die Annahme einer solchen Verbindung zu einer und derselben Portion nothwendig zu der einer Anwachsung, im Falle der so Verbundene ausfiel, führt.

125) Nach L. 59. §. 2. D. de hered. inst. gelten bei der Einsetzung: Titius heres esto; Seius et Maevius heredes sunt die beiden Letzten zusammen nur so viel als der Erste; Jeder von ihnen erhält nur $\frac{1}{2}$, Titius aber $\frac{1}{2}$. Ebenso nach L. 142. med. D. de verb. sign. (50. 16.) bei der Einsetzung: Seius, Maevius heredes sunt; Titius ex parte dimidia heres esto. Hat der Testator dagegen gesagt: Titius heres esto, Seius et Maevius aequis ex partibus heredes sunt, so gelten die beiden letzteren nicht als auf eine Portion verbunden (Non tam conjunxisse, quam celerius dixisse videtur), es muß also angenommen werden, daß jeder der berufenen Erben $\frac{1}{2}$ erhält, und unter den beiden Letzten findet keine ausschließliche Accrescenz statt. L. 66. D. de hered. instit. Vergl. Baumeister a. a. D. S. 195—198. Mayer a. a. D. S. 60 fig.

126) Nach L. 142. in f. D. de verb. sign. sollen bei der Einsetzung: Titius ex parte dimidia heres esto; Seius ex parte qua Titium institui, heres esto; sempronius ex parte dimidia heres esto, nicht wie im Falle der L. 66. cit. drei Dritttheile als vertheilt, sondern, hauptsächlich wegen der schließlichen Einsetzung des Sempronius auf $\frac{1}{2}$, Titius und Seius als zu derselben Hälfte berufen gelten. Das Gleiche nimmt jedoch L. 15. D. de hered. inst. auch in dem Falle an, wenn die Einsetzung folgendermaßen lautete: Sempronius ex parte dimidia heres esto; Seius ex parte dimidia; ex qua parte Seium institui, ex eadem parte Titius heres esto. Vgl. Goeschen l. c. p. 101 sq. Baumeister a. a. D. S. 224 fig. Schneider a. a. D. S. 62.

127) Die ganze Institutionsportion kann der Testator dem einmal berufenen Erben in demselben Testamente nicht wieder nehmen. L. 13. §. 1. D. de liberi et post. (28. 2.) L. 17. §. 2. D. de testam. mil. (29. 1.)

128) L. 23. pr. C. de legatis. (4. 37.) bestimmt zunächst für Legate, wenn erst dem Einen das Ganze, dann aber dem Anderen eine Quote dieses Ganzen hinterlassen sei, so solle die letzte Honorirung vollständig realisiert, die erste also in entsprechendem Maße herabgesetzt werden. Die Anwendbarkeit dieses Grundsatzes auf Erbesetzungen läßt sich bezweifeln. Nach dem Sinne des alten Rechtes, wie er sich in L. 15. pr. cit. L. 41. pr. D. de legat. II. ausdrückt, würde vielmehr immer eine verhältnißmäßige Reduction sämmtlicher Honorirungen auf die Einheit angenommen werden müssen. Vgl. Schneider a. a. D. S. 277 fig.

Besondere Beachtung verdienen indeß ein paar Fälle, in denen es zwar nicht zweifelhaft sein kann, einen wie großen Theil der Erblasser den einzelnen berufenen Erben zugedacht habe, wohl aber, ob die Portion Mehrerer als eine ausschließlich zusammen zu berechnende anzusehen sei. Hat nämlich der Testator zuerst zwei Erben, jeden zur Hälfte, und dann einen dritten zur gesammten Erbschaft berufen, so kann es zwar nicht füglich einem Bedenken unterliegen, daß jeder der beiden Ersten nur zu $\frac{1}{2}$, der Letzte aber zu $\frac{1}{2}$ succedirt; zu diesem Resultate kann man aber auf verschiedenen Wegen, die für das Accrescenzrecht verschiedene Consequenzen ergeben, gelangen. Sieht man nämlich die Berufung des Dritten so an, als ob dadurch die beiden Ersten auf eine der beiden Hälften, über die der Erblasser zu ihren Gunsten bereits verfügt hatte, beschränkt würden, so erscheinen diese nunmehr als durch jene neue Berufung Verbundene, und beim Ausfalle des einen muß sein Antheil allein dem anderen accresciren. Man kann aber auch alle drei Berufungen so auffassen, als ob der Erblasser von Hause aus eine doppelte Einheit habe vertheilen wollen, so daß sämtliche Institutionen in gleichem Verhältnisse auf die einfache Einheit reducirt werden müssen¹²⁹⁾. Alsdann erscheinen die zwei Ersten in keiner Art verbunden; fällt also einer von ihnen aus, so accrescirt sein Antheil den beiden Miterben pro rata hereditaria, oder was gleichviel bedeutet; die Institutionen werden nach seinem Ausfall nicht von 2 auf 1, sondern von $1\frac{1}{2}$ auf 1 reducirt. Diese letzte Auffassung erklären die Quellen mit Recht für die allein richtige¹³⁰⁾.

Hätte der Erblasser einige Erben zu bestimmten Quoten, andere aber ohne eine solche Angabe berufen, so war es wiederum unzweifelhaft, daß den Letzteren der nach Abzug der Portionen der Ersteren bleibende Rest der Einheit, oder wenn diese durch jene Portionen erschöpft war, die zweite Einheit (alsdann natürlich unter demnächstiger Reduction sämtlicher Erbtheile auf die Hälfte) zufiel¹³¹⁾. Bedenklich aber mußte es erscheinen, ob diese Letzteren, wenn sie nicht als eine Personeneinheit (Titius et Maevius heredes sunt), sondern ganz selbstständig (Titius heres esto, Maevius heres esto), vielleicht durch anderweitige Dispositionen getrennt, berufen waren, dennoch den übrigen Erben

129) Vgl. L. 13. §. 3—7. D. de hered. instit.

130) L. 41. pr. D. de legat. (2. 31.) spricht diesen Satz zwar nur für das Legat eines fundus aus; es ist aber kein Grund, ihn nicht ebenso für Erbeseinsetzungen als geltend zu betrachten. Vergleiche über die Auslegung der Stelle: Faber errores pragmatic. dec. XLIX. err. 8. Baumeister a. a. D. S. 235—239. Wülig mit Unrecht behauptet Schneider Anwachsungsrecht S. 60, 61, in dem Falle jener Stelle sei Seius schon ursprünglich auf dieselbe Hälfte gerufen, wie Maevius. Wäre dem also, so müßten, da der Erblasser statt der einfachen Einheit $1\frac{1}{2}$ vertheilt hätte, die beiden Genannten zusammen $\frac{1}{2}$ erhalten. Sollte dann, wie Javolenus sagt, was aber gegen alle Rechtsregeln wäre, si Seius decesserit, pars eius utriusque accrescerea, so würde von dem Sechstheile des Seius dem Titius $\frac{2}{3}$ ($\frac{2}{15}$), dem Maevius aber $\frac{1}{3}$ ($\frac{1}{15}$) zufallen.

131) L. 17. §. 3—5. D. de heredib. inst.

gegenüber als zu jenem Reste verbunden betrachtet werden sollten? Die Analogie des vorigen Falles lag nahe, in dem ebenfalls die durch Concurrentz Anderer auf einen bestimmten Theil Berufenen doch unter einander nicht als *coniuncti* galten¹³²). Wird nun demgemäß die obige Frage verneinend entschieden, wird es mit anderen Worten so angesehen, als ob der Erblasser die beiden *sine parte* Instituirten ausdrücklich auf Hälften des Restes der Einheit eingesetzt hätte, so *accrescire* die Portion des Ausfallenden nicht dem anderen, gleichfalls *sine parte* Berufenen allein, sondern allen Miterben nach Proportion ihres Erbtheiles. Dies Resultat weicht aber von dem oben an die Spitze gestellten Principe des *Accrescenzrechtes ab intestato*, daß der Ausfallene als nie vorhanden gewesen betrachtet werden solle, ab; denn diesem zufolge hätte nun dem anderen *sine parte* Eingefetzten der Rest ausschließlich zufallen müssen¹³³). Daher wird denn auch berichtet, daß über diese Entscheidung viel geschwankt sei; aber man hatte sich bereits daran gewöhnt, die Regel, der ausfallende Erbtheil eines nicht *coniunctus accrescere* (als ein Recht) den übrigen Miterben *pro rata hereditaria*, die in den meisten Fällen mit jenem Principe zu den gleichen Ergebnissen führte, statt des Principes selber zu nehmen¹³⁴).

Wächst in solcher Weise die ursprünglich dem einen Erben zugedachte Portion seinen Miterben zu, so muß beim eigentlichen *Accrescenzrechte* ursprünglich jede vom Testator mit dieser Honorirung verbundene Last (*Legat, Fideicommiss, conditionis implendae causa imposita u. s. w.*) untergehen, wenn sie der Person des Honorirten; aber auf die Miterben in Folge der *Accrescenz pro rata* übertragen werden, wenn sie der Portion selbst auferlegt war¹³⁵). Bei Erbeseinsetzungen, welche von Anfang an *pro non scriptis* galten,

132) Auf einen bestimmten, scheinbar ihnen gemeinsam zugewiesenen, Theil werden sie nur dadurch berufen, daß sie anderen, auf ausdrücklich vom Testator genannte Quoten, welche noch einen Rest lassen, eingesetzten Erben gegenüber stehen. Nur auf diesen Fall also sind die im Texte ausgesprochenen Sätze zu beschränken. Vgl. L. 59. §. 2. D. de hered. inst. Siehe oben Anm. 125.

133) L. 17. §. 1. 2. D. de her. inst. Vgl. über die Auslegung dieser vielbesprochenen Stelle: Faber error. pragm. dec. XLIX. err. 2. und eine andere Interpretation ebendas. dec. C. err. 10. Ramos del Manzano ad tit. D. de legat. pars II. cap. 1. §. 34—40. in Meermann Thesaur. VII. 291—294. Goeschen l. c. p. 104. Na. c. Rudorff in der Zeitschrift für gesch. Rechtswissenschaft VI. 421, 422. Zimmern in Neustetel und Zimmern römisch rechtl. Untersuchungen S. 98—100. Baumeister a. a. D. S. 186, 187, 220—224. Mayer a. a. D. S. 68—72. Gitzler l. c. p. 11. 12.

134) L. 59. §. 3. D. de hered. inst. L. un. §. 10. circa med. c. de caduc. toll. (6. 51.)

135) Es wurde angenommen, die Last sei der Person, nicht der Portion auferlegt, wenn der einzelne Erbe, als der zur Præstation Gehaltene, namentlich genannt war (si ab herede nominatim legatum est). L. 29. §. 2. D. de legat. (2. 31.) S. auch L. 54. §. 1. D. de conditt. et demonstr. (35. 1.) vgl. mit L. 61. §. 1. D. de leg. II. L. 30. D. de cond. et dem.

konnte es nie so angesehen werden, als wenn die Portion belastet wäre, denn rechtlich war über diesen Theil überall nicht verfügt; er fiel also den Miterben sine suo onere zu ¹³⁶). Nur das dem unwirksam Honorirten auferlegte Fideicommiß der Freiheit soll ausnahmsweise von deren erfüllt werden, an welche jene Erbportion fällt ¹³⁷). In Ansehung der ursprünglich gültig geschehenen Einsetzungen von Erben, die später ausgefallen sind, ist dagegen die Frage, ob die Last der Person oder der Portion auferlegt sei, eine nicht im Allgemeinen zu entscheidende quaestio voluntatis ¹³⁸). Seitdem indes unter Severus und Caracalla der Grundsatz durch Rescripte anerkannt wurde, daß die dem institutus auferlegten Lasten für stillschweigend auf den substitutus übertragen anzusehen seien ¹³⁹), wändte man das gleiche Princip auch auf die Accrescenz an ¹⁴⁰), so daß jetzt: portio transit cum suo onere, als Regel gilt; und die Absicht des Testators, die Last nur der Person des Ausgefallenen aufzuerlegen, aus der nur auf diese Person bezüglichen Natur dieses onus, oder sonst nachgewiesen werden muß.

Erleidet nun in solcher Weise die dem einen Erben ursprünglich zugewiesene Portion durch Accrescenz eine Vermehrung, so ist weiter zu fragen, ob und in welcher Art die letztere auf die Berechnung der falcidia Einfluß habe? Hier ist nun zunächst so viel unbedenklich, daß eines Theiles die mehreren nunmehr in einer Person verbundenen Portionen, nebst den darauf gelegten Lasten, in Betreff der Berechnung der falcidia als eine einzige betrachtet werden, insofern es sich um Vermächtnisse handelt, die der gesammten Erbschaft, nicht dem einzelnen Erben, auferlegt sind ¹⁴¹), oder insofern die mehreren Erbtheile durch

136) L. un. §. 3. 9. C. de cad. toll. (6. 51.)

137) L. 26. §. 6. D. de fideicomm. libert. (40. 5.) Die citirte L. un. spricht von einigen Ausnahmefällen (nullo gravamine, nisi perraro, superveniente, — eorum quaedam, etsi talia [pro non scriptis] sint, tamen cum suo onere veniebant: quae et nos in novi iuris compositione specialiter enumerari iussimus); daher führen die Glossen, und nach ihrem Vorgange die Neueren, z. B. Schneider, Anwachsungsrecht S. 81, noch die Bestimmung an, daß, wenn Jemand gegen die Vorschrift des Libonianischen SC. seine Honorirung in der Urkunde des Testamentes selbst geschrieben hat, wenn diese also pro non scripta ist, die ihm gemachte Auflage, das ihm zugewiesene an einen Dritten zu restituiren, auch diejenigen bindet, denen nun das Object jener Honorirung zufällt. L. 5. D. de his quae pro non scr. (34. 8.) L. 14. §. 2. D. de L. corn. de fals. (48. 10.) Im Grunde ist aber jene Auflage als ein unmittelbares, gegen das SC. Libonian. nicht verstößendes, und daher schon nach allgemeinen Grundsätzen gültiges Fideicommiß zu betrachten.

138) Conjectura ex voluntate testatoris capienda. L. 77. §. 15. D. de legat. (2. 31.)

139) L. 74. D. de legat. (1. 30.) L. 61. §. 1. D. de legat. (2. 31.) cf. L. 4. c. ad. SG. Trebellian. (6. 49.) Vgl. Hüge Rechtsgeschichte 11. Ausgabe S. 791. Rosskirt, die Lehre von den Vermächtnissen nach römischem Rechte I. 458.

140) L. 61. §. 1. cit.

141) L. 1. §. 13. in f. D. ad l. falcid. (35. 2.)

ausdrückliche Bestimmung des Erblassers (wenn auch die eine pure, die andere sub conditione) ¹⁴²⁾, demselben Erben unmittelbar zugewiesen sind ¹⁴³⁾, und daß anderen Theiles jene Portionen, trotz ihrer nunmehrigen Verbindung in einer Person, in Ansehung der falcidia als getrennte gelten, wenn der Honorirte die eine unmittelbar, die andere aber nur mittelbar dadurch, daß er einen unmittelbaren Successor des Erblassers (als heres ¹⁴⁴⁾, als Pupillarsubstitut ¹⁴⁵⁾, als Arrogator ¹⁴⁶⁾, oder sonst beerbt, erlangt hat. Zweifelhaft bleibt also nur, wie es mit den, den einzelnen nunmehr vereinigten Erbtheilen auferlegten, Lasten gehalten werden solle, wenn die Bereinigung nicht durch den Willen des Erblassers, sondern durch das Gesetz, also durch Accrescenz, geschah? Daß nun durch den Ausfall des zu der fraglichen Portion berufenen Erben die auf diese Portion gewiesenen Legatare einen Vortheil genießen sollten, war um so weniger anzunehmen, als ja die Verpflichtung des durch Accrescenz eintretenden Erben, jene Vermächtnisse überall zu prästiren, erst durch das neuere Recht festgestellt wor-

142) Bekanntlich ist jede Vulgarsubstitution eine Institution sub conditione. Vgl. L. 35. D. de A. v. o. h. (29. 2.)

143) L. 1. §. 13. cit. L. 87. §. 4. eod. Die Worte dieser letzten Stelle: hoc ita verum est, si filius, antequam patri heres existeret, decessisset, ergeben, daß der Fall, für den pupillariter substituiert war, sich gar nicht ereignet hatte, daß also eine bloße Vulgarsubst. in Frage stand. Mit Cujac. obs. IV. 35. XV. 15. anzunehmen, daß die dem instituirten impubes aufgebürdeten Lasten ausdrücklich, als dem substitutus auferlegt, wiederholt seien, ist eben so wenig Grund vorhanden, als mit Donell. comment. de j. civ. (8. 23.) §. 7. ed. Bucher V. 16—19. den Grund der Zusammenrechnung der Portionen darin zu finden, daß der ursprünglich Onerirte vivo testatore gestorben war, daß also die Institution niemals wirksam geworden sei. Vergl. auch Westphal, Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen, II. 792—794. Ebenso unrichtig ist es, wenn Roshirt a. a. D. S. 536, in der L. 87. §. 4 den Satz finden will, wenn dem Pupillarsubstituten, der zugleich institutus sei, in seiner ersten Qualität Legate auferlegt seien, so müsse er Substitutions- und Institutionsportionen zusammenrechnen, was weder in jenem Fragmente steht, noch überall wahr ist. Großentheils sind diese Mißverständnisse daraus entstanden, daß nicht gehörig erkannt ward, wie L. 1. §. 13. in f. lediglich vom Accrescenzrechte rede. Siehe unten Anm. 148. — Auch L. 14. §. 2. D. ad l. falc. gehört hieher, denn sie rebet gleichfalls von zwei selbstständigen Einsetzungen des gleichen Honorirten.

144) L. 1. §. 15. D. ad l. falc.

145) L. 87. §. 4. in f. eod. Ganz verschieden von der im Texte aufgeworfenen ist die Frage, ob die dem eingesetzten Pupillar, und die dem Pupillarsubstituten als solchen (nicht als selbstständig instituirten Erben) auferlegten Lasten in Ansehung der falcidia zusammen zu rechnen seien? Diese Frage ist eben so bestimmt zu bejahen, wie für den im Texte aufgeführten Fall die Zusammenrechnung zu verneinen ist. L. 1. §. 7. eod. L. 1. §. 1. si cui plus quam per l. falc. (35. 3.) Nur wenn Einem Pupillen zwei Verschiedene substituiert, und jedem von ihnen besondere Lasten auferlegt sind, sollen die onera des Pupillen auch hier mit denen seines Substituten zusammen gerechnet, die falcidia jedoch für jeden der Legten besonders bestimmt werden. L. 11. §. 6. D. ad l. falcid.

146) L. 1. §. 15. cit.

den war ¹⁴⁷⁾. Hätten also die Legatäre sich wegen Uebermaßes der diesem Theile auferlegten Lasten von dem auf denselben ursprünglich eingesetzten Erben einen Abzug der *falcidia* gefallen lassen müssen, so können sie dadurch, daß jener Erbtheil nun *iure accrescendi* mit einem anderen vereinigt wird, der nach Abzug der *falcidia* einen Ueberschuß bietet, nicht gewinnen; die *Quarta* wird ihnen abgezogen, als wenn jener Erbe nicht ausgefallen wäre ¹⁴⁸⁾. Umgekehrt lag in jeder Einsetzung schon die eventuelle Berufung auf die durch Ausfall der Miterben *accrescenden* Portionen; war also der Erbe auch ursprünglich befugt, von den ihm auferlegten und seinen Erbtheil überlastenden Legaten die *falcidia* abzuziehen, so kommt den Legatären doch jeder Zuwachs zu Gute; sie können, wenn die *accrescende* Portion einen Ueberschuß bietet, deren Zusammenrechnung mit der ursprünglichen fordern ¹⁴⁹⁾.

Wesentliche Veränderung haben die bisher entwickelten Grundsätze durch die *Lex Julia et Papia Poppaea* erfahren, durch welche Erbportionen, die entweder schon nach altem Rechte, oder nach den, eine neue Art von passiver testamenti factio (je nach der von der sittlich politischen Tendenz dieser *leges* zu beurtheilenden Würdigkeit) einführenden, Principien dieses neuen Gesetzes, ausfielen, nicht nach den abstracten Regeln des alten Rechtes, sondern je nach den Qualitäten, welche der Gesetzgeber als Verdienste erkannte, den Miterben, Legata-

147) Vgl. Anm. 139.

148) L. 1. §. 13. D. ad l. *falcid.* Sed ea, quae ab eo legata sunt (die Vermächtnisse, welche demjenigen unmittelbar auferlegt sind, von dem in der ersten Hälfte des §. angenommen ward, daß ihm die Portion eines Miterben durch Substitution zugefallen sei), si omiserit hereditatem (wenn auch er die Erbschaft nicht annimmt), non augebuntur (sie genießen nicht den Vortheil der Zusammenrechnung der Portion, welcher sie auferlegt sind, mit der, einen Ueberschuß gewährenden, Portion eines dritten Miterben, welchem jener Erbtheil nun in Folge jenes Ausfalles *iure accrescendi* zufällt). Ueber die Schlüßworte des §. vergl. oben Anm. 141. — Siehe überhaupt: A. Faber *conjecturae* IV. 13. p. m. 177. — In gleicher Weise verstehen diese Stelle auch die *Basiliken* XXI. 1. cap. 1. §. 8. *Fabrot.* V. 359. u. *Schol.* u. *ibid.* p. 408, 409. — Die Meinung derjenigen, welche in Abrede stellen, daß §. 13 vom *Accrescenzrechte* handle, stützt sich hauptsächlich darauf, daß im nächsten §. die gleiche Frage noch einmal erörtert werde. Diese letzte Voraussetzung ist aber irrig; die Worte des §. 14: *si coheredis mei portio exhausta sit, mea integra, et illam vindicavero*, lassen keinen Zweifel, daß derselbe von der *caducorum vindicatio* des *coheres pater* handelt; für diese aber lag es ebenso nahe, die Zusammenrechnung der neuverbundenen Theile mit *Cassius* und *Caracalla* zu leugnen, weil (wie bei der *Accrescenz*) das Gesetz selbst dem *Vindicanten* die Portion des Ausgefallenen zuweise, als mit *Proculus* und *Julianus* sic anzunehmen, weil jenes Gesetz sich an den Willen des Erblassers angeschlossen und ihn gewissermaßen fingirte. — S. auch L. 78. in f. D. ad l. *falcid.*

149) L. 78. cit. Bekanntlich pflegen unsere Juristen diese Regel so auszudrücken: non gravata portione accrescente gravatae, non deducitur quarta, gravata vero accrescente non gravatae, deducitur. — Im Wesentlichen stimmt die im Texte gegebene Darstellung überein mit *Mühlensbruch*, Lehrbuch des Pandectenrechtes §. 749. Nr. 3. a—c.

rent u. s. w., zugewiesen wurden. Mit anderen Worten die lex J. P. P. fingirte, daß der Erblasser vorzugsweise vor der, durch bloße Rechtsnothwendigkeit eintretenden, Accrescenz diejenigen unter den Miterben u. s. w. zu der ausfallenden Portion habe berufen wollen, welche einer solchen Berufung, nach Ansicht jener leges vor Anderen würdig waren¹⁵⁰). Die Berufungen der lex J. P. P. zu den ausgefallenen Portionen schlossen sich also dem Willen des Erblassers an, aber indem sie ihn durch willkürliche Fictionen modelten.

Damit nun eine Erbportion im Sinne dieser neuen Gesetzgebung als ausgefallen (*caducum*), und daher als nach deren Principien zu vergabend gelte, ist erforderlich:

1) Daß *ex testamento succeditur* werde, und zwar muß nicht bloß ein gültiges Testament errichtet sein, sondern dies Testament muß auch, wenigstens in einem Theile seiner Wirkungen noch fortbestehen. Bei der Intestatsuccession, oder bei einem vollständig destitut gewordenen Testamente kann von *caducis* nicht die Rede sein¹⁵¹).

2) Die specielle Honorirung, welche *caduc* werden soll, muß aber auch ursprünglich gültig gewesen sein; wäre sie es nicht, so hieße der ausgefallene Theil nicht *caducum*, sondern *pro non scripto*, in Betreff welches letzteren die lex J. P. P. keine Veränderungen gemacht hat¹⁵²).

3) Muß der Honorirte das ihm Hinterlassene, aus irgend einem Grunde nicht erworben haben¹⁵³). Die Fälle dieses Nichterwerbes auf diejenigen zu beschränken, wo die fragliche Honorirung noch keine Art von rechtlicher Wirksamkeit gezeigt hat¹⁵⁴), ist kein rechtlicher Anlaß vorhanden. So werden denn also Erbportionen *caduc*:

a) Deren Bedingung ausfällt, sollte auch vielleicht der Erbe, während die Bedingung noch schwebte, durch *bon. poss. sec. tab.*, oder (bei negativen Potestativbedingungen) durch *Muciana cautio* in den Besitz des fraglichen Erbtheiles gelangt sein¹⁵⁵).

150) *Caji institutiones* II. 286. *Ulpiani fragmenta* XVII. 1.

151) *Ulpiani l. c. si ex parte heres scriptus* — — *decesserit, vel pereger factus sit.* cf. *Caius* II. 144. Schneider, Anwachsungsrecht S. 97, 98. Nr. 1, 3.

152) *Ulpiani l. c.* (s. die nächste Anm.) *L. an. §. 2. 3. C. de caduc. toll.* (6. 51.) Schneider a. a. D. Nr. 2.

153) *Ulpiani l. c. Quod quis sibi testamento relictum, ita ut iure civili capere possit, aliqua ex causa non ceperit, caducum appellatur, veluti ceciderit ab eo.* War das Hinterlassene deshalb nicht erworben, weil der Honorirte *servus poenae* geworden war, oder weil der Erblasser den honorirten fremden Sklaven hinterdrein erkauft hatte, so galt es *pro non scripto*, nicht aber als *caducum*. *L. 3. §. 1. 2. D. de his quae pro non scr.* (34. 8.)

154) So thut Schneider a. a. D. S. 111, 112.

155) Anderer Meinung ist Schneider a. a. D. S. 99. Nr. 4a. S. 112—114.

156) Nach der lex J. P. P. wird nur noch dem *heres ex asse*, wie nach altem Rechte, die Erbschaft schon *morte testatoris* beferirt; dem *heres pro parte* erst *post apertas tabulas*. Er kann also nicht früher antreten, und

b) Deren Erbe vor erfolgter Delation, d. h. ante apertas tabulas, oder bevor der institutus, dem er substituiert ist, ausgefallen war, stirbt. Dieser Grundsatz kann natürlich auf instituirte suos heredes nur insofern, als dieselben vivo testatore sterben, angewandt werden; denn mit dessen Tode erwerben sie, auch ex testamento, ipso iure, ein Ausfall ist also nicht mehr möglich¹⁵⁷).

c) Wenn der Erbe, ebenfalls vor erfolgter Delation, die passive testamenti factio verliert (maior capitis deminutio erleidet)¹⁵⁸).

d) Wenn der Erbe, nachdem ihm die Erbportion deferirt war, dieselbe ausdrücklich durch repudiatio, oder durch Versäumung der Creations- und Agnitionsfristen, ausschlägt¹⁵⁹).

e) Wenn er, ebenfalls post apertas tabulas, aber vor erfolgter Antretung stirbt¹⁶⁰).

f) Wenn er in der gleichen Frist erbunfähig wird¹⁶¹).

g) Wenn der Erbe, der als Latinus Junianus nicht erbfähig war, nicht binnen der ihm vom Gesetze gewährten hunderttägigen Frist das Erbfähigkeit gewährenden römische Bürgerrecht erlangt¹⁶²).

h) Wenn derselbe als coelebs nicht binnen gleicher Frist durch Eingehung einer den Anforderungen des Gesetzes entsprechenden Ehe demselben Genüge leistet¹⁶³).

i) Ebenso, jedoch nur für die Hälfte der hinterlassenen Portion, wenn demselben, insofern er kinderlos, orbus, ist, nicht binnen der gleichen Zeit in gültiger Ehe ein Kind geboren wird¹⁶⁴).

Unter diesen Fällen gehören die sub a bis f aufgeführten dem alten Rechte an, d. h. wo sie eintraten, konnte der Erbe schon nach altem Rechte nicht succediren; die sub g bis i genannten dagegen sind

dadurch eine ihm inzwischen etwa zustoßende Unfähigkeit für sich unschädlich machen. L. un. §. 1. 5. cit. Vgl. Mayer a. a. D. S. 200, 201.

157) Vergl. Schneider a. a. D. S. 99. Nr. 4b. S. 114, 115. — Justinian unterscheidet in L. un. §. 2. C. de caduc. toll. noch zwischen den Honorirungen, die erledigt werden, weil vivo testatore der Honorirte stirbt, oder die Bedingung ausfällt (in causa caduci), und denen, für welche die Erledigung erst nach dem Tode des Erblassers eintritt (caducum). Eine materielle Bedeutung dieses Unterschiedes ist uns aber nicht bekannt.

158) Vgl. Schneider a. a. D. S. 99, 100. Nr. 4a. S. jedoch auch unten Anm. 253 a. E.

159) Schneider ebendasselbst S. 99. Nr. 4d. S. 117—119, 148.

160) Schneider ebendaf. S. 99. Nr. 4c. S. 115, 116.

161) Schneider a. a. D. S. 100. Nr. 4f. Die Meinung derjenigen, die in den beiden letzten Fällen die ausgefallene Portion für bonum vacans halten, ist genügend widerlegt von Schneider S. 102 fg.

162) Caius I. 23. II. 110. Ulpiani fragm. XVII. 1. XXII. 3. Schneider a. a. D. S. 100. Nr. 4g. S. 120, 121.

163) Caius II. 111. 144. 286. Ulpiani II. cc. Schneider a. a. D. S. 100. Nr. 4h. S. 119, 120. Zimmermann Geschichte des röm. Privatrechts §. 172. Anm. 9.

164) Caius II. cc. Die dem orbus nicht gewährte Hälfte seiner Honorirung hält Schneider a. a. D. S. 121—131, 153, nicht für caduc, sondern für bonum vacans; meines Erachtens jedoch mit Unrecht. Vergl. auch Gitzler quaest. de L. J. P. P. II. 33. Na. 20a.

der L. J. P. P. eigenthümlich, und sie verrathen diesen ihren Ursprung theils in ihrer, den sittlichen Bestrebungen des Gesetzes entsprechenden, Tendenz, theils aber darin, daß diese neuen von der lex aufgestellten Requisite der Erbfähigkeit nicht, wie die alte passive testamenti factio, zur Zeit des errichteten Testaments, ja nicht einmal zu der der Delation, sondern allein zur Zeit der binnen einer Präklusivfrist¹⁶⁵) gestatteten Erwerbung gefordert werden¹⁶⁶).

Der Erbtheil, der in solcher Weise erblebt, *caduc*, wird, *accrefcit* nicht, wie nach altem Rechte, den Miterben, je nachdem sie in der Berufung zur speciellen Erbportion, oder nur in der zur Erbschaft überhaupt verbunden sind, sondern je nachdem sie nach den Principien der lex des ausgefallenen Theiles vorzugsweise würdig und in der Berufung des Erblassers demselben am nächsten gestellt sind. Als würdig gelten nun dem Gesetze diejenigen Männer¹⁶⁷), die Kinder haben¹⁶⁸); als durch die Berufung am nächsten gestellt, aber zuerst die in demselben Redefage, wenn auch nicht zu derselben speciellen Portion, vom Erblasser Verbundenen (*verbis conjuncti*)¹⁶⁹); dann die Kinder besitzenden Miterben überhaupt, ohne Unterschied, ob sie zu dem einzelnen Erbtheil verbunden waren oder nicht; ferner selbst die im

195) Hundert Tage, offenbar von der Erection entlehnt. Gitzler l. c. II. 31. Na. 13. Ist also ein *Latinus Junianus*, ein *coelebs* oder ein *orbis* berufen, so können diejenigen, denen seine Portion zufällt, im Falle sie erblebt bleibt, ihr Recht darauf erst geltend machen, nachdem sie 100 Tage gewartet, ob inzwischen der Berufene den Erfordernissen der lex Genüge leisten werde. *Fragm. de iure fisci* §. 3. Seltsam mißverstanden ist diese Bestimmung bei Gans, Scholien zum *Cajus* S. 376. Vgl. *Baumeister*, *Anwachsungsrecht* S. 87. 88. *Schneider* a. a. D. S. 177—182.

166) *Ulpiani fragm.* XVII. 1. XXII. 3. Vergl. *Schneider* a. a. D. S. 182—186.

167) Auch durch das spätere Recht (*Theodos. Cod. VIII. 16. const. 1.*) haben Weiber dieß Vorrecht niemals, wie *Schneider* a. a. D. S. 235. irrig behauptet, erhalten.

168) *Cajus* II. 286. *Ulpiani fragm.* I. 21. XIX. 17. XXV. 17. *fragm. de j. fisci* §. 3. *Rudorff*, in der *Zeitschrift für gesch. Rechtswissenschaft* VI. 404 flg. Das Nähere über die Beschaffenheit dieser Kinder siehe bei *Rudorff* S. 410. *Schneider* S. 169. *Gizler* S. 34, 35. Uebrigens kann dieß *ius liberorum* auch demjenigen, der keine Kinder hat, *beneficio principis* verliehen werden. *Schneider* S. 226. Nr. e.

169) Das Zeugniß des *Cajus* II. 207. über den Vorzug der *conjuncti* bezieht sich zwar zunächst nur auf die *caducität* der Legate, es scheint aber kein Bedenken, denselben auf erblebte Erbportionen zu übertragen. Vergl. *Rudorff* a. a. D. S. 418 flg. *Schneider* S. 163. Das Gegentheil behauptet indes *Gizler* l. c. S. 34. Daß die nächste Berufung zu der *caduciten* Portion durch wörtliche, nicht durch gegenständliche Verbindung bedingt ward, ergibt sich besonders aus L. 89. D. de *legat.* (3. 32.) Siehe oben Anm. 124. Vgl. *Schneider* S. 170, 171. *Rudorff* a. a. D. S. 422. — v. Eöhr, im *Archiv für civilist. Praxis* V. 389. Anm. 19. behauptet ein Vorzugsrecht derjenigen *coheredes patres*, die schon dem *ius antiquum* zufolge zur *Accrescenz* berufen wären; doch finde ich für diese Ansicht keine ausreichende Begründung.

gleichen Testamente honorirten Legatäre ¹⁷⁰⁾, vorausgesetzt, daß sie Väter sind, und endlich die römische Staatscasse ¹⁷¹⁾, und zwar ursprünglich das aerarium pop. rom., seit Caracalla aber der fiscus Caesaris ¹⁷²⁾. Ob das Recht der coheredes und collegatarii patres durch den letztgedachten Kaiser auf den fiscus übertragen, und dadurch die alte caducorum vindicatio der Privaten ganz aufgehoben sei, ist streitig; doch sprechen überwiegende Gründe für die verneinende Ansicht ¹⁷³⁾.

Diese, durch die L. J. P. P. in den weitaus meisten Fällen an die Stelle des alten Accrescenzrechtes gesetzte Vergabung ausgefallener Portionen hat mit dem ersteren das gemeinsame, daß sie, wenigstens zunächst, zum Vortheil der Miterben ausschlägt; sie unterscheidet sich aber von ihm in Betreff der Ordnung der Delation, indem sie den nur durch den Redebau der Worte des Erblassers Verbundenen einen Vorzug einräumt, und dagegen den Vorzug der zu der gleichen Portion, aber in verschiedenen Redesätzen Verufenen unbeachtet läßt ¹⁷⁴⁾, sowie nicht minder indem sie die Miterben nicht pro partibus hereditariis, sondern nach Kopftheilen, außer den Miterben aber auch die Legatäre beruft ¹⁷⁵⁾; sie unterscheidet sich in Betreff der Art der Erwerbung, indem die caduca den zu ihrer Vindication Berechtigten nicht ipso iure anwachsen, sondern beliebig angenommen und ausgeschlagen werden können ¹⁷⁶⁾; sie unterscheidet sich endlich in Betreff des Rechtes, das sie ertheilt, indem die caduca ohne weiteren Unterschied der Art wie die Lasten dem erledigten Theile auferlegt sind, schon ursprünglich, also lange vor den Constitutionen des Severus und Cara-

170) Ulpiani fragm. I. 21. Mit Unrecht behauptet das Gegentheil Götter l. c. S. 33. Die Fideicommissare genießen des gleichen Rechtes nicht.

171) Tacit. Annal. III. 28. Caius II. 150. 286. fragm. de j. fisci. §. 3. L. un. §. 14. C. de caduc. toll. (6. 51.) Vergl. Schneider S. 186, 187.

172) Ulpiani fragm. XVII. 2. 3. Vergl. überhaupt Schneider S. 187—197. Derselbe schlägt S. 194 mit vieler Wahrscheinlichkeit vor, in der oben erwähnten Stelle des Ulpian den §. 3. mit den Worten: sed, servato iure antiquo anzufangen. Vgl. oben S. 180 Anm. 14.

173) Die behäufte hat, nachdem Gans, der sie in der Scholien zum Cajus S. 376 ausgesprochen, sie wegen der ihm von Zimmern, Heidelb. Jahrbücher 1821. S. 481. entgegengesetzten Gründe fallen gelassen (Erbrecht II. 435.), Rudorff a. a. S. 423, 424, wieder aufgenommen. Vgl. auch Baumeister a. a. D. S. 96—98, 101—103.

174) Vgl. Anm. 168.

175) Vgl. Götter l. c. S. 32, 33.

176) And. Rein. ist Rudorff a. a. D. S. 408. Vgl. indeß Schneider S. 173—177. Schlägt mithin einer von den zur caducorum vindicatio Berechtigten dieses sein Recht aus, so accrescirt seine Portion zu gleichen Antheilen den übrigen Berechtigten. Machen sie sämmtlich keinen Gebrauch von ihrem Rechte, so tritt das alte Accrescenzrecht aller Miterben ohne Unterschied ein.

calla¹⁷⁷⁾, niemals ohne diese Lasten erworben werden können¹⁷⁸⁾; denn es werden die caduca nicht wie die accrescierende Portion wegen bloßer Rechtsnothwendigkeit, sondern auf Grund einer, wenn auch nur fingirten, eventuellen Berufung des Erblassers, für welche mithin die Wiederholung der Lasten vorausgesetzt werden muß, erworben.

Indem dieß papische Recht der caduca fast das ganze Gebiet des alten Accrescenzrechtes einnahm, blieben die dem letzteren ähnlich zu behandelnden Fälle der Erbeseinzetzungen, welche pro non scriptis sind; durch das neue Recht unverändert¹⁷⁹⁾. Außerdem ist aber die caducorum vindicatio durch besondere Vorrechte in einigen Fällen ausgeschlossen, in welchen also der ausfallende Theil nach den Grundsätzen des alten Accrescenzrechtes (ius antiquum) den Miterben zuwächst:

1) Eltern und Kinder des Testators bis zum dritten Grade haben nicht nur wie alle nächsten Cognaten und Affinen¹⁸⁰⁾ das Recht, auch als oelibes und orbi die ihnen hinterlassenen Portionen vollständig in Anspruch zu nehmen (solidi capacitas), sondern, wenn ein Miterbe ausfällt, so accrescirt ihnen auch dessen Erbtheil; Letzteres jedoch nur insoweit, als dieß schon nach altem Rechte geschehen wäre¹⁸¹⁾.

177) S. Anm. 139.

178) Ulpiani fragm. XVII. 3. L. 5. D. de vulg. et pup. subst. (28. 6.) L. 29. D. de liberat. leg. (34. 3.) L. un. §. 4. 8. 11. C. de caducis toll. S. Rudorff a. a. D. S. 408. Note 3. Ueber die Frage, mit welchen Rechtsmitteln die caduca von demjenigen eingefordert werden, dem sie zugefallen sind, vgl. Schneider a. a. D. S. 136—139: Am angemessensten scheint es, ihm dieselben Klagen zu gewähren, die dem Ausgefallenen zugestanden haben würden. — Wohl zu unterscheiden von den caducis sind sowohl die ereptitia als die bona vacantia. Den ersten Namen führen letztwillige Honorirungen, wenn dem Honorirten weder zur Zeit des errichteten Testaments die alte testamenti factio, noch zur Zeit der Erwerbung die papische Fähigkeit zum capere mangelte, wenn er aber dem neueren Rechte unwürdig (indignus) erscheint, das ihm Hinterlassene zu behalten, wenn ihm also die Rechtsmittel zur Befolgung seines Rechtes verweigert werden (actiones denegantur). Eine solche Unwürdigkeit kann ebensovohl für den Intestat- als für den testamentarischen Successor angenommen werden; immer aber tritt derjenige, dem die ereptitia zugewiesen werden, ganz an den Platz des indignus. Vgl. Schneider a. a. D. S. 139—146. Vacantia heißen die bona dagegen, wenn sich überall kein Erbe dazu findet. Eine einzelne ausgefallene Portion kann also nicht bonum vacans sein, denn sie muß, als caducum oder durch Accrescenzrecht, immer einen Successor haben. Die bona vacantia ist nun der fiscus, als den Erben gleich gestellter Universalsuccessor, binnen gewisser Fristen sich zuzueignen befugt. Doch muß er sowohl die Schulden, als die vom Erblasser ausgesetzten Vermächtnisse tragen. Vergl. Schneider a. a. D. S. 146—167. Witte preuß. Intestaterbthrecht S. 158, 159.

179) Schneider a. a. D. S. 203—212. Vgl. oben Anm. 152, 153.

180) Klenze in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft VI. 67—70.

181) Ulpiani fragm. XVII. 3. XVIII. L. un. pr. C. de caduc. toll. Ueber die Frage, ob die Beschränkung auf den dritten Grad bloß für Ascendentes, oder auch für Descendentes galt, vgl. Baumeister Anwachsungs-

Sind also z. B. neben einem *parens* noch andere Miterben, welche dieses, die *caducorum vindicatio* ausschließende, *ius antiquum* nicht haben, so werden die Theile der ausgefallenen Portion, die nach altem Rechte diesen hätten *accresciren* müssen, *caduc*; der Rest aber fällt dem *parens* zu. Ist der *parens* zugleich auch zum *caducum* berechtigt (*pater*), so muß für ihm zunächst *Accrescenz*, da diese *ipso iure* wirkt, eintreten; dann aber muß ihm freistehen, das Mehr, welches die *caducarische* *Virilportion* ihm geboten hätte, nachträglich einzufordern¹⁸²).

2) Die Soldaten unterliegen den Beschränkungen der *lex Papia*, nach welchen man nur diejenigen mit Erfolg einsetzen kann, qui *capere possunt* (die weder *Latini Jun.*, noch *coelibes*, noch *orbi* sind), überall nicht; denen des alten Rechtes, nach welchen *passive testamenti factio* des eingesetzten Erben gefordert wird, aber bloß insoweit, als es schon genügt, wenn der Eingesetzte nur zur Zeit des Todes des Erblassers erwerbsfähig ist, sollte er auch *tempore testamenti conditi* unfähig gewesen sein¹⁸³). So fallen denn für die Soldatentestamente die Gründe der *Caducität* zum großen Theile hinweg. Daß aber die *caducorum vindicatio* auch in den übrigen Fällen, z. B. der *Republiation*, der fortbauenden Unfähigkeit, des Todes u. s. w., nicht eintrat, sondern daß über die erledigte Portion nach den Grundsätzen des alten Rechtes, also zu Gunsten des *Intestaterben*, oder, wo *Accrescenz* eintrat, des Miterben verfügt ward, scheint keinem Bedenken zu unterliegen¹⁸⁴).

Verschieden von dem *ius antiquum* dieser Personen, ist die andere ertheilte, und für das *Accrescenzrecht* ganz bedeutungslose *solidi capacitas*, d. h. das Recht, auch in Ermangelung der Requisite der *lex Papia*, die hinterlassenen Erbtheile vollständig zu erwerben¹⁸⁵). Die in solcher Weise *solidi capaces* haben nämlich in Betreff der ausgefallenen Portionen sowohl ihrer Miterben überhaupt, als insbesondere der des gleichen Vorrechtes Genießenden kein *ius antiquum*.

recht §. 90, 91. Schneider §. 219. Fegterer will §. 220—222, meiner Meinung nach mit Unrecht, die Worte der Ulpianischen Stelle: *ut . . . quod quis ex eo testamento non capit, ad hos (liberos et parentes) pertineat, aut totum, aut ex parte, prout pertinere possit*, so verstanden wissen, als ob das *ius antiquum* jener Personen nur in den Fällen eintrete, wo die ausgefallene Portion schon nach Grundsätzen des alten Rechtes als erledigt galt, nicht aber für die neuen Erledigungsgründe der *lex J. P. P.* In dieser Beziehung ist nur zuzugeben, was sich jedoch von selbst versteht, daß die dem *orbis* vorenthaltene Hälfte dem *ius antiquum* nicht unterliegt; denn ein von dem Honorirten (wenn auch nur zur Hälfte) wirklich erworbener Erbtheil kann niemals *accresciren*.

182) Vgl. Schulting Na. 6. ad Ulpiani XVIII. Heineccius ad L. J. P. P. III. §. 2. p. m. 294. Anb. Mein. sind Baumeister a. a. D. §. 95, 96. Schneider §. 221, 222.

183) Caus II. 110. 111. L. 13. §. 2. D. de testam. milit. (29. 1.)

184) Vgl. L. 31. eod. und überhaupt oben Anm. 113—119.

185) Ulpiani fragm. XIV. XVI. L. 42. D. de legat. (2. 31.) L. 28. D. de legat. (3. 32.) L. 51. D. de reg. iur. §. auch Ulpiani XV. Vgl. Schneider a. a. D. §. 223—227.

Als unter den christlichen Kaisern die gänzliche oder theilweise Unfähigkeit der *coelibes et orbi*, Erbschaften zu erwerben, verschwand¹⁸⁶), und als Justinian den *libertis Latinis Junianis* römisches Bürgerrecht ertheilte¹⁸⁷), fielen die der L. J. P. P. eigenthümlichen Gründe der Erledigung einer Erbportion hinweg, und es blieben für die *caducorum vindicatio* nur noch die Fälle übrig, in denen schon nach altem Rechte *Accrescenz* eingetreten war. Auf der anderen Seite waren die *Impe- trationen* des Rechtes eines *parens* (*ius liberorum*), als eines *Privilegii*, immer häufiger geworden, und wenigstens in der Form, in der die *Constitution Theodos* des Jüng. in den *Justinianischen Codex*¹⁸⁸) aufgenommen ist, enthält sie eine allgemeine Ertheilung jenes Rechtes an alle römischen Bürger. Da hierdurch jeder zur *Accrescenz* berechnigte *Miterbe* auch zugleich als wenigstens fingirter *pater* die ausgefallene Erbportion für seinen Antheil als *caducum vindiciren* konnte, so fielen nunmehr *Accrescenz* und *caducorum vindicatio* vollständig zusammen, und es konnte nur noch auf eine Verschmelzung der bisher für beide Institute einzeln gegolten habenden *Principe* ankommen. Diese Verschmelzung hat nun Justinian wirklich vorgenommen¹⁸⁹) und zwar

1) den Streit, ob der ausgefallene Theil von den *Miterben ipso iure* (wie nach altem *Accrescenzrechte*), oder nach *Willkür* (wie bei der *caducorum vindicatio*) erworben werde, nach Vorgang einer (verloren gegangenen) *Decision*, zu Gunsten der ersten *Alternative* entschieden.

2) Die *onera* werden nun immer, wie ja auch bei der *Accrescenz* schon längst zur Regel geworden und für die *caduca* stets fest gestanden hatte, zugleich mit der *Portion*, auf welcher sie lasten, übertragen.

3) Der *Zuwachs* geschieht, wie bei dem *Accrescenzrechte* *pro portionibus hereditariis*, nicht *pro parte virili*¹⁹⁰).

4) Das Anrecht der *legatarii patres* auf erledigte Erbportionen ist ganz aufgehoben.

5) Sehr streitig ist, ob über den *Vorzug* bei der *Accrescenz* erledigter Erbportionen das *Princip* der gegenständlichen *Verbindung* (zu der gleichen *Portion*, wie bei der alten *Accrescenz*), oder das der *Verbindung* in demselben *Redesage* (wie bei der *caducorum vindicatio*) entscheiden soll, oder ob vielleicht die *re conjuncti* neben den *verbis*

186) Theodos. Cod. VIII. 16. const. 1. VIII. 17. const. 1—4. coll. Titt. Cod. de infirmam. poenis coelibat. und de iure liberor. (8. 57. 58. [58. 59.])

187) L. un. C. de lat. libert. toll. (7. 6.)

188) L. 1. C. de iure liber. coll. Theod. Cod. VIII. 17. const. 3. Vgl. Mayer das Recht der Zuwachsung S. 205—207.

189) L. un. §. 10. C. de caduc. toll. (6. 51.) vom 1. Juni 534. Schon bei *Reaktion* der *Pandecten* hatte der Kaiser befohlen, daß die *Lehre* von den *caducis* nicht mit aufgenommen werden sollte. L. 2. §. 6. C. de vet. iure enucl. (1. 17.)

190) Vgl. L. un. §. 8. C. cit.

conjunctis und in welcher Ordnung, namentlich ob vielleicht mit einem Vorzuge der re et verbis conjuncti in der Anwachsung einen Vorzug vor den bloß zur Erbschaft überhaupt Verbundenen genießen sollen¹⁹¹⁾). Zwar sagt Justinian mit bestimmten Worten, daß, wenn einige Erben disjunctim, und andere conjunctim eingesetzt seien, die Portion des ausgefallenen conjunctus nur an die mit ihm Verbundenen, die des disjunctus an sämtliche Erben fallen solle. Was aber Justinian hier unter conjunctis und disjunctis verstehe, das ist eben streitig. Es kann indeß wieder keinem Bedenken unterliegen, daß der Kaiser in der unmittelbar folgenden Stelle ganz ebenso wie in den Institutionen unter disjunctis ebensowohl die nur gegenständlich, als die überall gar nicht Verbundenen, unter den conjunctis aber die durch einen Redesatz, gleichgiltig, ob zugleich auch gegenständlich oder nicht, Verbundenen verstehe¹⁹²⁾). Da nun dieser Sprachgebrauch noch überdieß der L. J. P. P. völlig entspricht, so scheint es nicht füglich zu bezweifeln, daß er auch der des §. 10 ist¹⁹³⁾. So steht denn also dieß neue Accrescenzrecht den in einem Redesatze Verufenen, ohne weiteren Unterschied, ob sie zugleich re conjuncti sind (Titius et Maevius pro parte dimidia heredes sunt; Seius pro altero semisse heres esto) oder nicht (Titius et Maevius, quivis eorum pro quadrante, heredes sunt; Seius pro alt. sem. her. esto) vorzugsweise zu, und erst nach ihnen den übrigen Erben, gleichgiltig, ob unter einzelnen derselben und dem

191) Nur beispielesweise stelle ich von den Autoritäten, wie sie mir zufällig zur Hand sind, folgende als Verfechter verschiedener Ansichten zusammen: nur den re conjunctis, ohne einen Vorzug der re et verbis conjuncti, geben das Anwachsungsrecht: Zimmern in Neustetel und 3. röm. rechtl. Unters. S. 91—95. v. Wenig-Jungenheim Lehrbuch des gem. Civilrechtes, 5. Ausg. v. Friß Buch V. §. 187. Warnkoenig institut. iuris rom. priv. ed. 3, §. 651. Mit einem solchen Vorzuge. Mühlénbruch Lehrbuch des Pandectenrechtes §. 789. Nur die re et verbis conjunctos, mit Ausschluß sowohl der re, als der verbis conjuncti lassen zu: die Glosse ad L. un. cit. Cuiac. Paratitla ad hunc tit. Opp. ed. Ven. Mut. II. 375. Schibaut System des Pandectenrechtes 8. Ausgabe §. 995. Mackelvey Lehrbuch des heut. röm. Rechtes 11. Ausg. von Rosshirt §. 699. Nächsten re et verbis conjunctis lassen auch die re, oder die verbis Verbundenen zu: Azo summa codicis h. l. No. 19. Duaren de iure accrescendi l. 10. in Opp. p. m. 1083. Wissenbach commentat. cathedr. ad cod. h. l. Nur den gleichartig verbundenen wollen Berger oeconomia iuris II. 4. §. 12. Na. 2. und, wie es scheint auch Schweppe das röm. Privatrecht 4. Ausg. v. Mejer V. §. 879. vpr den Miterben überhaupt das Anwachsungsrecht gewähren. Allein von der wörtlichen Verbindung endlich machen die Accrescenz abhängig: Donell. comment. de j. civ. VII. 13. §. 1—27. ed. Bucher IV. p. 145—158. Perez praelect. in codic. h. l. No. 13. Hofacker principia j. civ. II. §. 1463. Westphal über die Gesetze von Vorlegung und Eröffnung des Testam. S. 161. Gans Erbrecht II. 431. Mayer Recht der Anwachsung S. 223—230.

192) Schibaut im Archiv für civilist. Praxis VII. 409. Mayer a. a. D. S. 225, 226.

193) Conjuncti propter unitatem sermonis quasi in unum corpus redacti sunt.

Ausgefallenen noch eine gegenständliche Verbindung stattgefunden habe (Titius heres esto; Seius heres esto; Maevius pro parte, quā Titium institui, heres esto), oder nicht. Diese Grundsätze stimmen nun freilich mit den noch in den Pandecten vorgetragenen nicht gehörig überein¹⁹⁴); es darf aber nicht vergessen werden, daß die L. un. de cod. toll. um $\frac{1}{2}$ Jahr jünger ist, als die Publication der Pandecten. Nichtsdestoweniger hat die Mehrzahl unserer Juristen den nur re-Verbundenen stets ein vorzugsweises Anwachsungsrecht zugeschrieben, und nur geschwankt, ob dasselbe dem der *verbis conjuncti* vorgehen oder nachstehen solle.

In Ansehung der Singularsuccessionen auf den Todesfall läßt sich nicht, wie in Ansehung der Erbschaften sagen, daß das Accrescenzrecht der zusammen Berufenen aus der Untheilbarkeit des, diese Art der Successionen ordnenden, Willens nothwendig hervorgehe. Es ist kein Grund vorhanden, warum der Erblasser nicht ausschließlich über einen Theil einer einzelnen Sache sollte verfügen können, und warum die Mehreren, denen er solche, wenn auch ideelle, Theile zugewiesen hat, nothwendig in einer weiteren Verbindung mit einander stehen müßten. Wo indeß in der Ertheilung eines, zunächst nur den Theil einer Sache gewährenden, Legates die Berufung auf das Ganze ebenso enthalten ist, wie in der Einsetzung eines von mehreren Zusammenberufenen auf einen bestimmten Erbtheil die Berufung auf diesen ganzen Erbtheil, da tritt auch für die Legate gleiche Folge, nämlich Accrescenz ein. Hat der Erblasser einmal in solcher Weise verfügt, so kann er auch hier das Accrescenzrecht nicht verbieten; die einzige Form, in der er es vermöchte, wäre eventuelle Ademption des Theiles, dessen Accrescenz erwartet wird¹⁹⁵).

So kommt es denn nur darauf an, festzustellen, in welchen Fällen die Berufung Mehrerer zu demselben Objecte, als (eventuelle) Berufung zu dem Ganzen anzusehen sei, und in welchen nur als Berufung zu selbstständigen Theilen? Hier ist nun zunächst so viel klar, daß, wo der Testator selbst blos Theile vergabt hat, in welcher Form dies übrigens geschehen sei (Titio et Maevio fundum Sempronianum pro partibus dimidiis do lego, oder heres meus damnas esto Titio et Sempronio centum nummos aequa lance distributos dare), eine, selbst eventuelle, Berufung auf das Ganze nicht vorliegt, eine Accrescenz (des alten Rechtes) also nicht stattfindet¹⁹⁶). Aber auch außerdem gilt niemals die gleiche Sache in der Art Mehreren ganz hinterlassen, daß erst *concurso partes fiunt*, wenn nächster Gegenstand des Vermächtnisses nicht eine körperliche Sache (oder ein absolutes Vermögensrecht darauf), sondern eine Verbindlichkeit des Erben ist. Diese Verbindlichkeit gilt nämlich nicht etwa erst durch die Geltendmachung des Vermächtnisses, sondern sofort durch die letztwillige Disposition des

194) Vgl. oben Anm. 122—128.

195) Vgl. Schneider a. a. O. S. 36—57.

196) Schneider S. 6, 7.

Erblässers als begründet, und als ihrem Umfange nach bestimmt; zu einem, natürlich erst bei Realisirung des Vermächtnisses stattfindenden, concursus partes fieri kann es also überall nicht kommen¹⁹⁷). Ist mithin dieselbe Sache oder Summe in solcher Weise Zweien zusammen (conjunctim) vermacht, so ist die Pflicht des Erben, ihnen das Legat zu prästiren, unmittelbar durch diese Art der Berufung getheilt, er schuldet Jedem von ihnen von allem Anfange nur die Hälfte; von einem eventuellen Hervortreten eines ursprünglich auf die ganze Sache gegebenen Rechtes, von einem Accresciren der ausfallenden Portion kann hier also nie die Rede sein. Wäre die gleiche Sache oder Summe in solcher Weise Zweien einzeln (disjunctim) vermacht, so würden diese beiden Vermächtnisse wieder kein gemeinsames Object haben, sondern nur dem Einen würde die Sache selbst, dem Anderen aber deren aestimatio als vermacht gelten, in ähnlicher Weise, als wie wenn Jemand die gleiche Sache Zweien verkauft hat. Von einem Hervortreten eines umfassenderen Rechtes durch den Ausfall eines Concurrenten kann hier also noch weniger die Rede sein; denn jeder Legatar hatte ja den Gegenstand seiner Honorirung (die Sache oder deren Werth) bereits vollständig¹⁹⁸). Auch hier bleibt also das Accrescenzrecht ausgeschlossen, und es gereicht nur dem Erben zum Vortheile, wenn er die Verbindlichkeit in Folge des Ausfalles statt mehrmals nur einmal zu erfüllen hat¹⁹⁹). — Solche, nur auf eine Prästationsverbindlichkeit des Erben gerichtete Vermächtnisse sind nun aber die legata per damnationem²⁰⁰), und sinendi modo²⁰¹) und die Fideicommissa²⁰²).

197) Vgl. Caius II. 244. Ueber die verschiedenen Erklärungen dieses Unterschiedes vgl. Schneider S. 8—13, 16, 18—25.

198) Gleiches gilt auch bei Vermächtnissen der entgegengesetzten Art, wenn sie auf einen Gegenstand gerichtet sind, der jedem nur ganz prästirt werden kann, z. B. auf eine servitus praediorum L. 3. D. de servit. leg. (33. 3.) Vergl. Schneider S. 28—31, der zum Theil anderer Meinung ist.

199) Caius II. 205. Ulpiani fr. XXIV. 13.

200) Caius u. Ulpiani l. c. Vgl. Meyer p. R. d. Anwachs. S. 23 bis 30. Daß nicht allein die, dem condemnatorischen Urtheilspruch vergleichene, Form des Damnationslegates die im Texte vorgetragene Grundsätze bedingt (damnatio partes facit, Vatic. fragm. §. 85), wie Schneider S. 22—25 meint, ergibt sich daraus, daß sie in gleicher Weise auch für das formlose Fideicommiss gelten.

201) Nur darüber war unter den Römern Streit, ob auch bei dieser Form der Erbe, wenn die gleiche Sache Zweien disjunctim legit war, dem Einen die Sache selbst, dem Anderen aber deren Aestimatio geben müsse, oder ob der Erbe seiner Pflicht Genüge gethan, sobald er nur dem sich zuerst Meldenden die Sache überlassen habe. Caius II. §. 215. Vgl. Mayer a. a. D. S. 130, 131.

202) Vatic. fragm. §. 85. cf. Caius II. 262. L. 88. §. 6. D. de legat. (2. 31.) L. 33. §. 2. L. 41. §. 9. D. de legat. (3. 82.) Anders natürlich, wenn der Testator die Accrescenz ausdrücklich verordnet hat, L. 34. pr. D. de usu et usufr. (33. 2.) Mayer S. 131—139. Die scheinbar entgegenstehende L. 4. pr. D. de alim. vel cib. leg. (34. 1.) erklärt sich daraus, daß nicht bestimmte Fideicommissare, sondern die Liberten überhaupt, also natürlich die die cedente noch Lebenden, honorirt waren; L. 16. §. 4. D. ad

Auders verhält es sich mit den Vermächtnissen, welche Eigenthum oder ein sonstiges absolutes Vermögensrecht unmittelbar vom Erblasser auf den Legatar übertragen. Sie gelten erst in dem Augenblicke rechtlich als zur Existenz gekommen, wo das Testament durch den Tod des Erblassers realisiert wird; dann aber stellen sie den Legatar unmittelbar der Sache gegenüber²⁰³). Hatte nun der Erblasser die gleiche Sache in solcher Weise Zweien, und zwar Jedem ganz, vermacht, so galt sie durch den bloßen Umstand dieser Zusammenberufung noch nicht als getheilt; die Theilung geschah vielmehr erst dadurch, daß Beide zugleich die Sache in Anspruch nahmen, und sich dadurch gegenseitig auf Hälften beschränkten (concurso partes sibi) ²⁰⁴). War also vor dem Tode des Testators Einer der Legatäre ausgefallen, oder repudiirte er das Legat nachher, oder starb er vor dem Eintritte der Berufung, unter der ihm legirt war, so bleibt die Berufung des Anderen auf die ganze Sache nun in ihrem vollen Umfange bestehen; die Hälfte des Ausgefallenen accrescirt ihm also ²⁰⁵). Damit aber die Berufung eine zur Accrescenz führende sei, muß jeder der Legatäre auf das Ganze berufen, sie müssen re conjuncti sein, möge dieß nun in einem gemeinsamen Redefase geschehen sein (re et verbis conjuncti, z. B. Titio et Maevio fundum Sempronianum do lego), oder nicht (bloß re conjuncti z. B. Titio fund. Sempr. do lego, eundem fundum et Maevio do lego) ²⁰⁶). Sind indeß unter Allen, denen dieselbe Sache ganz vermacht ist, also unter den re conjunctis, wieder Einzelne zusammen durch die Wortstellung, als nur für eine einzige Person zählend, bezeichnet worden, also re et verbis conjuncti, so erhalten diese gemeinsam nur einen Kopftheil an der vermachten Sache ²⁰⁷), und wenn Einer von ihnen ausfällt, bleibt dieser Kopftheil dann ungetheilt den Andern; die re et verbis conjuncti genießen also in der Accrescenz einen Vorzug vor den bloß verbis conjunctis ²⁰⁸). In demselben Redefase zu, vom Erblasser selbst bestimmten, Quoten der gleichen Sache Berufene (verbis conjuncti, z. B. Titio et Maevio fund. Sempr. pro aequis

SC. Trebell. (36. 1.) aber daraus, daß wer coactus adit, immer allen ihm aus der Erbschaft erwachsenen Vortheil herausgeben muß.

203) Vgl. L. 1. §. 3. fin. vers. D. de usufr. accresc. (7. 2.) Caius II. 194. 195.

204) L. 80. D. de legat. III. Conjunctim legari hoc est: . . . tota legata singulis data esse, partes autem concursu fieri. S. oben Anm. 122. Vgl. Vatic. fragm. §. 78. 79. (L. 3. pr. D. de usufr. accresc.)

205) Caius II. 199. Ulpiani fragm. XXIV. 12. Vgl. Schneiders a. a. D. S. 9—17, 25—34.

206) §. 8. J. de legatis. (2. 20.)

207) Vgl. oben Anm. 122, 123. Wenn Schneider a. a. D. S. 68 bis 71 den re et verbis conjunctis zwar ein vorzugsweises Accrescenzrecht einräumt, aber leugnet, daß sie bei Vertheilung der Portionen zusammen nur für eine Person zählen, so kann dieß nur in Folge einer Verwechslung des Principes der papischen caducorum vindicatio mit dem des alten Accrescenzrechtes geschehen. Vergl. auch L. 17. §. 3. in f. D. de hered. inst. (28. 5.)

208) L. 34. pr. D. de legat. (1. 30.) Vgl. Schneider S. 65—71.

partibus do lego) sind bagegen für das alte Accrescenzrecht einander ebenso fremd²⁰⁹⁾, als mit ganz verschiedenen Sachen Bedachte²¹⁰⁾. Ausfallende Legate solcher Art verbleiben also gleich den ganz allein stehenden, die erledigt sind, dem beschriebenen Erben. Vermächtnisse, durch welche das Eigenthum, oder denselben analoge Rechte, unmittelbar vom Erblasser auf den Legatar übertragen werden, bei welchen allein also das alte Accrescenzrecht gilt, sind nun allein die legata per vindicationem (do lego leg.)²¹¹⁾, nicht aber die im Uebrigen gleichgestellten, per praeceptionem²¹²⁾.

Seit das Neronianische SC. die Legate, die nach den Grundsätzen nicht zu Recht bestehen konnten, welche für die Wortform, in der sie hinterlassen waren, galten, ebenso aufrecht erhielt, als ob sie in der Wortform eines anderen Legates angeordnet wären²¹³⁾, konnten Vindicationslegatarien auch an fremden Sachen u. s. w. bestehen. Fiel alsdann einer der so Zusammenberufenen aus, so blieb die Berufung des Anderen auf das Ganze bestehen, und man konnte nicht sagen, das Vermächtniß gelte als ein Damnationslegat vom Anfang an als getheilt; denn die Fiction des SC., daß in den Worten des Damna-

209) Ueber die ältere Ansicht, nach welcher auch den bloß *verbis conjunctis* ein eigentliches Accrescenzrecht zustände; vergl. Schneider S. 58—65. Ueber die bei dieser Gelegenheit von ihm gegebene Erklärung der L. 41. pr. D. de leg. (2. 31.) siehe oben Anm. 130. Wenn auch Baumeister ein solches Anwachsungsrecht behauptet (vgl. oben Anm. 124), so versteht er unter verbaler Conjunction gegen die Autorität der Quellen eine, wenigstens stillschweigende, Substitution, und auch für diesen Fall kann man nicht sagen, daß wahre Accrescenz eintrete, sondern der Collegatar erhält die erledigte Portion *iure substitutionis*.

210) L. 84. §. 12. D. de legat. I.

211) Vgl. Anm. 202 und Mayer S. 111—118.

212) Caus II. 223. Nach der Meinung der Sabinianer Caus II. 217. konnte nur Miterben per praeceptionem legiert werden. Insofern aber ein Erbe sich das Legat selbst zu prästiren hätte, d. h. insofern er Erbe ist, ist das ihm ertheilte Legat wirkungslos, inutile. Ulpiani fragm. XXIV. 22—24. L. 34. §. 11—13. D. de legat. (1. 30.) L. 18. §. 2. D. de his quae ut indign. (34. 9.); es besteht nur insofern er es von seinen Miterben zu empfangen hat, für deren Erbquoten, insofern er nicht Erbe ist. L. 116. §. 1. D. de legat. I. Von den mehreren Miterben, denen dieselbe Sache per praeceptionem vermacht war, galt also rechtlich Keinem die ganze Sache als legiert; dieß ist aber wesentliche Bedingung der Accrescenz. Zugleich mit derselben Sache honorirten extraneis konnte sie zwar ganz vermacht werden; ein legatum per praeceptionem an einen extraneus war ja aber den Sabinianern zufolge ungültig, und wenn es auch nach der Ansicht des Julian durch das Neronianische SC. aufrecht erhalten ward (Caus II. 218.), so geschah dieß doch theils nur durch Gleichstellung mit dem Damnationslegatarien, bei welchem keine Anwachsung galt, theils schien es aber ebenso wenig zulässig aus zweierlei Legatsformen Accrescenz zuzulassen, wie aus zweierlei Testamenten L. 16. in f. D. quib. mod. ususfr. amitt. (7. 4.) Vgl. Mayer S. 118—123. Schneider S. 86—90.

213) Caus II. 197. 218. Ulpiani XXIV. 11a.

tionslegates vermacht sei, kam erst in dem Augenblicke zur Anwendung, wo das Vermächtniß realisiert werden sollte ²¹⁴).

Maßstab der Accrescenz ist auch für Legate die Größe des Antheiles an der gemeinsamen Sache, der demjenigen zustehet, welchem accresciren soll ²¹⁵). Ferner erfolgt die Accrescenz auch hier ipso iure ²¹⁶), ohne daß eine Ausschlagung möglich wäre ²¹⁷), und selbst wenn der Legatar, nachdem er seine eigene Portion erworben, nicht mehr am Leben ist. Endlich gehen die dem Ausgefallenen auferlegten Fideicommissa und anderen Lasten, nach den gleichen Grundsätzen, wie bei der Erbschaft, durch die Accrescenz mit über ²¹⁸).

Auch die Veränderungen, welche die Lex Papia in Betreff der Accrescenz der Legate gemacht hat, sind den oben in Ansehung der Erbschaften vorgetragenen ganz analog. Eine für die Vermächtnisse durchgreifende Neuerung war zunächst die, daß, während früher die Legatäre, denen pure legit war, schon mit dem Tode des Erblassers ein festes Recht auf das Vermächtniß erlangt hatten (dies legati cessat), so daß von diesem Momente an ein Ausfallen für sie nicht mehr möglich gewesen war, sie nun das feste Recht erst von Eröffnung des Testaments an erlangten, so daß der zwischen dem Tode und der Apertur zu erwerben unfähig gewordene Legatar das Legat nicht mehr wie früher behielt, und der in der gleichen Frist gestorbene es nicht mehr auf seine Erben transmittirte, sondern daß es in beiden Fällen caducum wurde ²¹⁹). Der Begriff der caduca entspricht für die Legate dem für die Erbschaft aufgestellten ²²⁰). Auch sind die Fälle der Caducität die nämlichen wie sie oben unter a bis i aufgeführt sind, sobald nur überall, wo dort „Delation der Erbschaft“ gesagt ist, hier dies cedens des Legates gesetzt wird ²²¹). Daß ad d. eine Versäumniß der Cretions- oder Agnitionsfristen für Legate nicht vorkommen kann, bedarf keiner besonderen Erwähnung; dagegen ist neuerlich ²²²), aber ohne genügenden Grund, behauptet worden, das vom Legatar ausgeschlagene Vermächtniß werde nicht wie der repudiirte Erbtheil caduc, sondern accresciren als vindicationslegat nach ius antiquum den Collegatären, verbleibe aber in den übrigen Fällen

214) Arg. §. 85. Vat. fragm. Vgl. Schneider S. 307—309.

215) L. 41. pr. D. de leg. (2. 31.) Vgl. Anm. 130 u. 134.

216) L. 17. §. 1. L. 34—36. D. ad l. Aquil. (9. 2.) L. 30. D. de condit. et demonstr. (35. 1.)

217) L. 40. L. 59. D. de legat. (2. 31.)

218) S. oben Anm. 135—140.

219) L. un. §. 1. C. de caduc. toll. (6. 51.) Vgl. Anm. 156.

220) S. Anm. 151—154.

221) Mit Unrecht bezeichnet Schneider a. a. D. S. 112. die Zeit der Eröffnung des Testaments allein als entscheidend.

222) Schneider a. a. D. S. 100—102, 149—152. In dem dort angeführten §. 84 der Vat. fragm. ist ubi non fit caducum mit in den Fällen, wo das Legat nicht caduc wird, zu übersetzen, z. B. wenn es in einem Soldatentestamente ausgesetzt war. L. 9. D. de usu et ususfr. leg. (33. 2.) Der §. 77. ibid. dagegen setzt offenbar einen Fall voraus, wo aus irgend einem Grunde Caducität nicht eintrat, das ius antiquum nicht bestehen blieb.

dem belasteten Erben. Für die gleichfalls bestrittene Caducität der dem orbis vorenthaltenen Hälfte seines Legates gilt das Gleiche, was oben über dessen Erbportion gesagt ist²²³⁾. Endlich kommt aber für Legate noch ein neuer Caducitätsgrund, nämlich die für die Erbschaften nicht zulässige²²⁴⁾ Ademtion des Legates, hinzu²²⁵⁾.

Gleicher Weise sind die zur caducorum vindicatio berufenen Personen bei ausgefallenen Legaten ganz dieselben, wie bei erledigten Erbportionen, auch ist die Reihenfolge ihres Eintretens die nämliche²²⁶⁾. Den für den Erbtheil aufgeführten Vindicanten geht indeß hier noch eine vorzugsweise berechnigte Person voraus, nämlich der collegatarius conjunctus, gleichgiltig übrigens, ob das Vermächtniß in der Form eines der vier alten Legate ertheilt, ja ob vielleicht die nämliche Sache Mehreren nur durch Fideicommiss vermachet war²²⁷⁾. Ob unter dem conjunctus der re, oder der verbis Verbundene zu verstehen sei, scheint unter den römischen Juristen eine Zeit lang streitig gewesen zu sein, doch siegte die für die zweite Alternative sich erklärende Meinung auch hier ob, wie dieß schon um deswillen nöthig war, weil ja eine gegenständliche Verbindung im wahren Sinne nur für Vindicationslegate möglich war, der Caducität aber alle Arten von Vermächtnissen unterlagen²²⁸⁾. Ebenso galten die über Vertheilung, Art der Erwerbung und Recht an den caducis oben vorgetragene Grundsätze auch für die erledigten Legate²²⁹⁾. Was dagegen das ius antiquum betrifft, so ist dasselbe den liberis und parentibus des Erblassers nur als Erben, nicht aber als Legataren ertheilt, d. h. ein theilweise erledigtes Legat wird niemals um deswillen, weil ein Collegatar zu den Eltern oder Kindern des Erblassers gehörte, der Caducität entzogen und nach den Grundsätzen über Accrescenzrecht vergabt²³⁰⁾. Die Vorrechte der Soldatente-

223) S. Anm. 164.

224) S. Anm. 127.

225) Das Gegentheil behauptet *Schneider* S. 132, aber ohne eine genügende Autorität dafür anzuführen.

226) S. Anm. 167—171.

227) *Cajus* II. 207.

228) S. Anm. 124, 168 u. 173. Die L. 89. D. de legat. (3. 31.) (Vgl. darüber *Mühlens* Lehrbuch des Pandectenrechtes S. 790. Anm. 5.) setzt als bekannt voraus, daß eine conjunctio ein vorzugsweises Recht zur caducorum vindicatio gewähre; als zweifelhaft aber, welche Art von conjunctio. Wo beide Arten der conjunctio zusammenträfen, sagt sie, sei jener Vorzug, welcher Meinung man auch anhängen möge, jedenfalls (omnimodo) unzweifelhaft. Nun geht die Stelle auf die beiden Arten der Conjunction getrennt ein: die gegenständliche gewähre keinen Vorzug, wohl aber die in demselben Redefolge (et magis est, ut et ipse praeferatur). Ein Vorzug des re et verbis vor dem nur verbis conjunctus ist hier also nicht ausgesprochen, vielmehr ist jede verbale Conjunction nach der Fiction der L. J. P. P. als eine neue, eventuelle Honorirung zu betrachten.

229) S. Anm. 175—178.

230) *Ulpiani fragm.* XVIII. L. un. pr. C. de caduc. toll. (6. 51.)

stamente aber erstrecken sich sowohl auf die darin verordneten Legate als Erbesetzungen²³¹⁾.

Aus dem Gefagten ergibt sich, daß auch, nachdem *coelibes, orbi* und *Latini Juniani* fähig geworden waren, Legate ebenfogut als Erbschaften vollständig zu erwerben, *Accrescenz* und *caducorum vindicatio* für die Ersten doch dem Objecte und den berechtigten Personen nach keinesweges so vollständig zusammenfielen, wie für die Letzten: dem Objecte nach nicht; denn für erledigte *legata damnationis, praeceptionis* und *sinendi modo* sowohl als für *Fideicommissa* galt keine *Accrescenz*, wohl aber *caducor. vindic.* Den berechtigten Subjecten nach nicht; denn der Collegatar in den eben genannten Vermächtnißarten, und der nur durch denselben Redesatz Verbundene im *Vindicationslegate* hatten niemals Anwachsungsrecht gehabt, wohl aber durften sie die *caduca vindiciren*. Gerade umgekehrt verhielt es sich mit dem nur gegenständlich verbundenen Collegatar. Beide Institute berührten sich also auch zu Justinians Zeiten nur; sie deckten einander nicht. Daher hat denn der Kaiser, anders wie bei der Erbschaft, nicht Beide mit einander verschmolzen, sondern nur mit Rücksicht auf einander im Einzelnen modificirt, im Uebrigen aber sie selbstständig neben einander bestehen lassen.

Nachdem Justinian nämlich zuerst den Termin des *cedere diei legatorum* (vorausgesetzt, daß sie nicht bedingt sind) auf den Tod des Testators zurückverlegt, und dadurch die Fälle der Erledigung beschränkt hat²³²⁾, überträgt er die bisher für die *caducorum vindicatio* gegolten habende Gleichstellung sämmtlicher Vermächtnißformen auf das *Accrescenzrecht*; die Gleichstellung in dieser Beziehung erforderte nun aber auch nothwendig, daß zugleich die Theilung der Obligation unter *conjunctim* Honorirten und die Vervielfältigung derselben unter *disjunctis*, welche bisher für das *Damnationslegat* gegolten, aufgehoben werde, weil ja widrigensalles die Berufung Mehrerer auf das gleiche Ganze, die wesentliche Bedingung alles *Accrescenzrechtes*, gefehlt haben würde²³³⁾.

231) S. Anm. 183.

232) L. un. §. 1. 5 — 7. C. de cad. toll. Von den, zur Zeit der Testamentserrichtung bereits Verstorbenen, zugewandten Honorirungen (*quae pro non scriptis sunt*) handelt der §. 3, und bestimmt, in Betreff ihrer solle es ganz beim alten Rechte, woran auch die L. J. P. P. nichts geändert, verbleiben. Demzufolge bleibt also ein, nur einem Einzigen in solcher Weise hinterlassenes Legat oder *Fideicommiss* dem damit Beschwernten. Waren Mehrere zugleich damit honorirt, so mußte die Nichtexistenz des ohne rechtliche Wirkung Bedachten nach altem Rechte den *re conjunctis* zu Gute kommen. Den blos *verbis conjunctis* konnte auch die *Lex Papia* aus dieser ungiltigen Vergabung kein Recht gewähren, da ein *caducuum* überall nicht in Frage stand. Nun sagt zwar der cit. §. 3, den Antheil des bei der Testamentserrichtung bereits Verstorbenen solle sein *conjunctus* erhalten, und regelmäßig versteht die L. un. unter diesem Ausdrucke den *verbis conjunctus*; bei der gänzlichen Zusammenhangslosigkeit des Rechtes, die sich bei dieser letzten Auslegung ergeben würde, bleibt aber nichts übrig, als anzunehmen, daß der Kaiser in dieser einen Stelle gedankenlos den Sprachgebrauch des alten Rechtes beibehalten habe.

233) L. un. §. 11. post in.

Im Uebrigen beruft nun der Kaiser zuvörderst zur *caducorum vindicatio*, und demnach erst zum Accrescenzrechte. Sind nämlich Collegatäre vorhanden, die mit dem Ausgefallenen in dem gleichen Nebesache verbunden sind²³⁴), so wird diesen die Accrescenz mit gleichem Rechte, wie sonst die *caducorum vindicatio* angeboten. Jeder hat einen Anspruch, nicht nach Verhältniß seines Antheiles am Legate, sondern pro virili portione; der Zuwachs geschieht nicht ipso iure, sondern er kann abgelehnt werden²³⁵), und die accrescierende Portion geht, den einzigen Fall abgerechnet, wo die auferlegte Last von einem Andern als dem ursprünglich Honorirten nicht übernommen werden kann oder nach Absicht des Testators nicht soll, immer cum suo onere über²³⁶). Dabei einen Vorzug der *re et verbis conjuncti* vor den bloß *verbis conjunctis* anzunehmen, ist kein Anlaß.

Sind dagegen für dieß Legat *verbis conjuncti* überall nicht vorhanden, oder haben sie sich ihres Rechtes nicht bedienen wollen, sind aber mehrere Legatäre, in was immer für einer Form, selbstständig zu der ganzen Sache berufen worden, *re conjuncti*²³⁷), so tritt für sie die alte Accrescenz ein, d. h. die Jedem von ihnen ganz vermachte Sache wird nun für die übrig Bleibenden um den Theil der Ausgefallenen nicht mehr gemindert. Diese Accrescenz äußert ihre Wirkung ipso iure, ist also von der Willkür dessen, dem anwachsen soll, unabhängig; sie überträgt das onus der erledigten Portion nur dann, wenn die Erbschaft als solche damit beschwert sein sollte, was im Zweifel nicht anzunehmen ist; auch muß man consequenter Weise annehmen, daß bei ihr ein Vorzug der *re et verbis* vor den nur *re conjunctis* gibt, und daß die Vertheilung nicht pro virili, sondern je nach den Antheilen an der legirten Sache geschieht²³⁸).

Fehlt es endlich auch an solchen Collegatären, so bleibt der Gegenstand des Vermächtnisses dem damit Beschworten, mit der Verbindlichkeit, die demselben ferner auferlegten Lasten gleich dem Ausgefallenen zu erfüllen. Waren mehrere Beschwerte, so sind sie dazu in der glei-

234) Es versteht sich von selbst, daß zugleich Beziehung auf dieselbe Sache, von der etwa Jedem ideelle Hälften zugewiesen sind, erfordert wird; außerdem wäre unter ihnen gar keine Gemeinschaft (z. B. Titio et Sempronio Stichum et equum do lego; Titio Stichum, Sempronio equum).

235) Si habere maluerint, . . . si omnes noluerint, . . . quum vero quidam voluerint, quidam noluerint. L. un. §. 11. in. Schneider a. a. D. C. 257, 258, der anderer Meinung ist, sieht sich dadurch zu einer sehr gezwungenen Deutung dieser Worte genöthigt.

236) §. 9. 11. ibid.

237) Der §. 11 unterscheidet auf das Deutlichste (*verbis conjuncti* und *disjuncti* (d. h. *re conjuncti*). Dagegen scheint §. 4 für den Fall des in *causa caduci*, dem doch die übrigen Erledigungsfälle gleichstehen (Anm. 157), alles Anwachsungsrecht nur aus einer *conjunctio* herzuleiten. Bei genauerer Betrachtung ergibt sich indeß, daß der letzte §. überall nur von der der *caducorum vindicatio* nachgebildeten Anwachsung spricht; daher erwähnt er denn auch den Ausfall der der erledigten Portion auferlegten onera gar nicht.

238) Dieser Unterschied kann erheblich werden, wenn z. B. die Portion eines Legatars durch Vererbung auf den anderen übergegangen ist.

Gen Proportion verpflichtet, wie sie das Vermächtniß selbst hätten erfüllen müssen; also die Erben pro rata hereditaria, die Legatäre pro parte virili²³⁹⁾).

Von dem sonstigen Accrescenzrechte an Legaten, sowohl im ursprünglichen Grundprincipe, als in den späteren Umgestaltungen wesentlich verschieden ist das am legitirten ususfructus. Während nämlich das Legat einer körperlichen Sache in dieser selbst seine objective Begrenzung findet, und während daher bei der Zusammenberufung Mehrerer zu derselben Sache das Theilverhältniß ihrer Anrechte sich bei der ersten Concurrrenz definitiv bestimmt, während also die späteren Schicksale, welche die legitirte Sache bei dem Legatar erfährt, für den Collegatar ohne alle rechtliche Wirkung bleiben, gewährt das Legat des Ususfructus nur eine Befugniß zu stets wiederkehrendem Fruchtgenuß, die erst in dem Umfange der jedesmal zu gewinnenden Früchte, und in der bei jeder einzelnen Perception stattfindenden Concurrrenz ihre Grenze findet²⁴⁰⁾. Die nächste Folge dieser Eigenthümlichkeit ist, daß, wenn auch ein Legatar bei der ersten Realisirung seines Nießbrauchsrechtes sich durch Concurrrenz eines Collegatars auf einen bestimmten Antheil beschränkt sah, dennoch jedes spätere Hinwegfallen dieser Concurrrenz die bisherige Beschränkung zu Gunsten des Ersteren aufhebt; daß also bei dem legitirten Ususfructus Anwachsung nicht nur gilt, wenn der Legatar, bevor er das Legat erworben hatte ausfällt, sondern ebensowohl auch, wenn er seinen Antheil am Nießbrauch, nachdem er ihn eine Zeit lang genossen, in irgend einer Art wieder verloren hat²⁴¹⁾.

Dabei versteht es sich indeß, daß das allgemeine Erforderniß aller Accrescenz, nämlich das Zusammenberufensein des Ausgefallenen und desjenigen, dem anwachsen soll, auf ein gemeinsames Ganze auch hier vorhanden sein muß. Hieraus folgt denn nicht nur, daß unter Denen, welchen der Nießbrauch an derselben Sache, durch ein legatum damnationis oder sinendi modo, oder von verschiedenen Erben hinterlassen ist, keine Anwachsung gilt²⁴²⁾, sondern auch, daß den Erben gegeneinander kein usufructuarisches Accrescenzrecht zusteht, wenn sie den Nießbrauch an einer Sache dadurch erhalten haben, daß der Testator einem Dritten die bloße Proprietät (die Sache deducto usufructu) legitirt hat; denn sie haben in diesem Falle nicht den Nießbrauch als ein, Jedem

239) L. un. §. 8. 9. — Ueber die ganze Bedeutung der Justinianischen Constitution für das Accrescenzrecht bei Legaten ist nicht minder Streit als für das bei Erbschaften. Vergl. Anm. 191. Das im Texte Gesagte ist vielleicht am meisten verwandt mit der Ansicht von Mayer Recht der Anwachs. S. 214—223, gegen welche indeß Schneider a. a. D. S. 245—282 sehr lebhaft, jedoch mit für mich nicht überzeugenden Gründen streitet. Ueber die Literatur vgl. insbesondere v. Wenning-Ingeneim Lehrbuch 5. Ausg. Buch V. §. 205.

240) Vat. fragm. §. 60. L. un. D. quando dies usufruct. (7. 3.)

241) Vat. fragm. §. 77. L. 1. §. 3. D. de usufr. accresc. (7. 2.)

242) Vat. fragm. §. 85. 87. 88. L. 11. 12. D. de us. accr.

von ihnen einzeln zugewiesenes, Ganzes, sondern nur als einen Theil ihrer Erbportion erhalten²⁴³). Ihr Anwachsungsrecht beschränkt sich also lediglich auf das ihnen an ihren Erbtheilen zustehende, und wenn daher Einer von ihnen den einmal erworbenen Ususfructus durch non usus, capitis diminutio oder sonst verliert, so verbindet sich derselbe durch Consolidation mit dem Eigenthume, nicht aber accrescirt er dem anderen Nießbraucher der gleichen Sache²⁴⁴). War mehreren Miterben der Nießbrauch an derselben Sache legirt, so gilt unter ihnen keine Accrescenz, weil Jedem das Legat nur von der Erbportion seines Mit-erben gewährt wird. War dagegen der Ususfructus neben den Erben auch noch einem extraneus vermacht, so concurriren die Erben als Legatäre für die Portion, für welche sie nicht Erben sind, mit diesem extraneus; daher gilt denn für diesen Antheil zwischen ihnen und ihm, nicht aber unter ihnen selbst Anwachsungsrecht²⁴⁵). Ebenso wie mit dem, bei der von mehreren Erben legirten Proprietät, diesen verbleibenden Ususfructus verhält es sich, wenn zwei condomini, wie immer ihr Miteigenthum entstanden sei, dasselbe an zwei Verschiedene veräußern, wobei sich dann wieder von selbst versteht, daß die Consolidation durch Erlöschen des Nießbrauches immer nur zu Gunsten derjenigen Eigenthumsrate geschieht, von der eben dieser Nießbrauchsantheil zurückbehalten ist²⁴⁶). War dagegen der Nießbrauch einem Slaven vermacht, der zwei Herren gemeinsam gehörte, so galt der erstere nicht etwa als diesen beiden dominis pro rata constituirte, sondern der Slave wurde immer als das eigentlich berechnete Subject betrachtet; ging also das Recht des einen dominus unter, so blieb der Slave doch immer noch als eigentlicher Usufructuar, und durch ihn steht also dem anderen condominus nun der volle Nießbrauch zu²⁴⁷). War umgekehrt zweien Slaven desselben Herrn der Ususfructus vermacht, so bleibt das Recht des Einen immer noch ganz bestehen, wenn das des Anderen untergegangen ist; der Herr behält also den Nießbrauch ganz, wenn er ihn auch Namens des einen Slaven ausgeschlagen hat²⁴⁸).

Ist dem Einen der Nießbrauch, dem Anderen aber das Eigenthum der Sache legirt, so wird unter dem letzteren Legat immer der Fruchtgenuß als wesentlicher Theil des Eigenthumes als mitbegriffen angesehen; es also, abgesehen von der dem zweiten Legatar ausschließlich zufallenden Proprietät, ganz ebenso betrachtet, als ob jedem der beiden Legatäre der ganze Nießbrauch vermacht wäre, d. h. sie theilen sich darein zu gleichen Theilen²⁴⁹); den Fall allein ausgenommen, wenn dem

243) Vat. fragm. §. 78. 79. 82. in f. L. 1. §. 4. L. 3. pr. D. de usufr. accr.

244) L. 2. D. de us. accr.

245) Vgl. Schneider Anwachsungsrecht S. 306.

246) Vat. fr. §. 80. L. 3. §. 1. D. l. c.

247) Vat. fr. §. 75. L. 1. §. 1. 2. D. de usufr. accr.

248) Vat. fr. §. 82.

249) L. 6. pr. D. de usufr. ear. rer. (7. 5.) L. 19. D. de usu et usufr. leg. (33. 2.)

zweiten Legatar die Proprietät ausdrücklich deducto usufructu vermacht wäre ²⁵⁰). Dieses Gegenüberstehen des Eigenthums- und des Nießbrauchlegatars ist aber ein generisches, d. h. ist auch Mehreren das Eigenthum, oder Mehreren der Nießbrauch legit, so erhalten doch sämtliche Nießbrauchlegatäre nur die eine, sämtliche Eigenthumslegatäre aber die andere Hälfte des Ususfructus ²⁵¹). Verliert alsdann einer der so Berufenen seinen Antheil am Nießbrauche, so wächst derselbe zunächst den generisch Gleichartigen; da aber dennoch eventuell Jeder auf den ganzen Nießbrauch als berufen galt, demnachst auch den zu dem anderen Rechte Berufenen zu ²⁵²). Schon hieraus ergibt sich, daß das Zusammentreffen des Nießbrauches und des Eigenthumes in einer Person das Accrescenzrecht nicht nothwendig aufhebt. Ist eine solche Consolidation erst ex post eingetreten, so kann man von einem Erlöschen des Ususfructus, da dieser ein selbstständiges Recht nun gar nicht mehr besteht, im Grunde nicht reden; da jedoch Wer in solcher Weise Nießbrauch und Eigenthum in einer Person vereinigt, gegen den Collegatar Anwachsungsrecht behält, so gewährt der Prätor umgekehrt auch Diesem in den Fällen, wo jener Mitberufene, wäre er noch bloßer Usufructuar gewesen, den Nießbrauch verloren haben würde, actiones utiles zu dem gleichen Zwecke ²⁵³).

Die Gründe, um derentwillen der legitirte Nießbrauch dem Vermächtnißnehmer verloren geht, können solche sein, welche das Recht selbst vernichten, oder auch solche, welche nur die Ausübung, wie sie dem Legatar bisher zugestanden hatte, betreffen. Zu den ersten gehört der natürliche und bürgerliche Tod des Legatars ²⁵⁴), zu den letzten der Nichtgebrauch und das zum Nachtheile des Nießbrauchers ausgefallene Erkenntniß ²⁵⁵). Ein Verlust der ersten Art stellt nun immer nur fest, daß die bisherige Ausübungsart dem Legatar nicht mehr zustehe; das Recht selbst dagegen bleibt ihm, und, kann er von diesem in einer von der jetzt verloren gegangenen unabhängigen Weise Gebrauch machen, so ist er dazu vollkommen befugt. Unabhängig von der bisherigen ist aber die Ausübung, welche den, inzwischen erst frei gewordenen, Theil des Nießbrauches umfaßt, der bis dahin dem Collegatar zugestanden hatte. Wer also nur die Ausübung des legitirten Nießbrauches, wie sie ihm bisher zugestanden, nicht aber das Recht selbst verloren hat, dem accrescirt un-erachtet dieses Verlustes der Nießbrauchantheil seines Collegatars, wenn auch dieser denselben einbüßt ²⁵⁶). In ihren alten Grenzen hat indes

250) §. 1. J. de usufr. (2. 4.)

251) L. 9. D. de usufr. accr.

252) Vat. fr. §. 83. L. 3. §. 2. D. l. c.

253) Vat. fr. l. c.

254) Vat. fr. §. 61. 62. L. 1. pr. §. 1. D. quib. mod. ususfr. am. (7. 4.)
L. 29. D. de usu et usufr. leg (33. 2.)

255) Vat. fr. §. 46.

256) L. 10. D. de usufr. accr. L. 33. §. 1. D. de usufr. (7. 1.) L. 14. §. 1. D. de exc. r. iud. (44. 2.) Ueber diese Stellen siehe besonders Schnei-
der a. a. D. S. 291—295. Vergl. mit Keller Litiscontestation S. 178,

der Legatar durch Nichtgebrauch u. s. w. die Ausübung seines Rechtes definitiv eingebüßt; den Antheil, den er erst gehabt und dann verloren kann er also niemals durch Accrescenz wiedergewinnen²⁵⁷). Daraus ergibt sich denn, daß, da sobald bei dem einen Legatar beide Antheile des *usufructus* durch Accrescenz vereinigt sind, sie demselben nun als ein untrennbares Ganze zustehen, wenn etwa auch dieser Legatar den Nießbrauch verliert, nun nicht etwa dessen ursprünglicher Antheil dem Ersteren accresciren kann.

Die neueren Veränderungen dieser Rechtsgrundsätze anlangend, so wirkt das *Neronianische SC.* hier insofern ganz ebenso, wie beim legitimen Eigenthume, als es sich um einen Ausfall vor erworbenen Legate, also um die gewöhnliche Accrescenz handelt. War dagegen der fälschlich durch *Vindicationslegat* hinterlassene Nießbrauch durch die Fiction des *SC.* einmal erworben, so mußte er nun auch definitiv als durch *Damnationislegat* constituirt gelten, und die Accrescenz daher hinwegfallen²⁵⁸).

Was endlich die *Lex Julia Papia Poppaea* betrifft, so konnte die Lehre von den *caducis* nach der ganzen Fassung der *Lex* auf die dem Nießbrauch eigenthümliche Accrescenz, d. h. die nach bereits erworbenen

179, 278—280. Ueber die erste dieser Stellen habe ich vor mehr als 20 Jahren in meiner Inauguraldissertation (*Witte Abh.* aus dem Gebiete des röm. Rechtes Berlin 1817. Nr. 1), eine Interpretation gegeben, die ich jetzt für irrig erklären muß. Der Verlust des ersten Legatars war durch *non usus*, während er mit Jemanden stritt, *qui liti se obtulerat*, geschehen L. 5. §. 5. *si usufr. pet.* (7. 6.) Der des zweiten erfolgte vermuthlich durch natürlichen oder bürgerlichen Tod. Nun fragt der Jurist, was *qui liti se obtulerat*, der also dem (trotz der inzwischen eingetretenen erlöschenden Verjährung) obliegenden Kläger, dessen rechtliches Interesse prästiren müsse L. 6. D. *cod. vgl. mit L. 27. pr. §. 3. D. de rei vindic.* (6. 1.) L. 45. D. *de heredit. pet.* (5. 3.), diesem eigentlich zu bezahlen habe: ob den ganzen Nießbrauch, weil ja während des Prozesses die Portion des Collegatars ausgefallen sei, also dem Kläger accrescirt sein würde, wenn er selbst noch im Besitze seiner Portion gewesen wäre, oder ob nur dessen ursprüngliche Portion, auf welche allein der Prozeß sich bezogen habe? *Ulpian* entscheidet sich für die zweite Alternative: *partem dimidiam duntaxat quam amisit* (durch Nichtgebrauch) *qui litem contestatus est adversus eum, qui liti se obtulit* (also der erste Legatar), *a possessore* (d. h. von dem Beklagten, *qui liti se obtulit*) *consequitur*; *pars enim collegatarii* (der Antheil, welchen dieser durch *capitis deminutio* verloren) *ipsi* (nämlich dem ersten Legatar) *accrescit, non domino proprietatis*. Die Schwierigkeit der Stelle besteht hauptsächlich darin, daß *Ulpian* 1) die genauere Bezeichnung der Natur des von dem ersten Legatar geführten Prozesses (daß er nämlich gegen einen *fiduciar* *possessor* gerichtet war), erst am Schlusse beiläufig ausspricht, wo diese Bezeichnung dann dazu dient, unklar zu machen, was das Subject des Sages sei, 2) daß er eben den, der nicht Besther ist, mit einem, freilich sonst nicht seltenen, hier aber zur Verwirrung führenden, Sprachgebrauch, durch das Wort *possessor* als Beklagten bezeichnet, und ihn scheinbar dem eben zuvor Genannten, *qui liti se obtulit*, mit dem er doch identisch ist, gegenüberstellt. Uebrigens findet sich die richtige Erklärung außer den *Vasilien* auch schon in einer ungedruckten Glosse des *Hugolinus*.

257) *Vat. fr.* §. 76. L. 3. §. 2. D. *quib. mod. usufr.* (7. 4.)

258) *Vat. fr.* §. 85. *Schneider a. a. D.* S. 307, 308.

Rechte des Collegatars, wenn dieser den Nießbrauch wieder verliert, ein- tretende, nicht übertragen werden. Aber auch in den Fällen, in denen sonst bei Legaten überhaupt Accrescenz, nunmehr also Caducität eintrat, litt die letztere auf das Legat des Nießbrauches um deswillen keine Anwendung, weil das caducum immer seinem pollent Rechte nach auf den Vindicanten übertragen wurde, eine solche Uebertragung aber bei dem Nießbrauche seiner Natur nach unmöglich war. Ueberdies hätte es einem so als caducum vindicirten Nießbrauch an allem Maßstabe gefehlt, wenn derjenige, auf dessen Person er sich allein bezog, bereits natürlich oder bürgerlich todt war u. s. w. So galt denn auch nach der Lex Papia für den Nießbrauch ausschließlich das *ius antiquum* ²⁵⁹⁾, und eben daraus erklärt es sich, warum in den Quellen des römischen Rechtes die Lehre von der Accrescenz vorzugsweise in Bezug auf den legitirten Nießbrauch abgehandelt wird. Aus dem gleichen Grunde ergibt es sich, daß im Justinianischen Rechte die Accrescenz des Ususfructus keine wesentliche Abänderung erlitten.

Karl Zittre.

Anwartschaft (Expectativa) ist das von dem Verleihungs- berechtigten ertheilte Recht auf eine bestimmte künftig vacant werdende Pfründe. Hervorgegangen aus den einfachsten gesellschaftlichen Beziehungen, und durch dieselben lebendig erhalten, sind die Anwartschaften schon früh der Gegenstand kirchlicher Verbote gewesen, und namentlich sind sie durch das dritte ökumenische Concilium vom Lateran unter Berufung auf die Bestimmungen des römischen Rechtes über die Erbverträge ausdrücklich als unsittlich und eben deshalb ungiltig bezeichnet worden ¹⁾. Diese letztere Verfügung ist jedoch nicht sofort zu allseitiger Anerkennung gekommen, wie dieß schon aus der Thatsache hervorgeht, daß die späteren Decretalensammlungen in einem eigenen Titel: *De concessione ecclesiae et praebendae non vacantis*, immer wieder auf dieselben zurückkommen. Das von dem Collaturberechtigten ganz allgemein gegebene Versprechen, eine von den seiner Verfügung unterworfenen Pfründen verleihen zu wollen, war jedoch in jenes Verbot nicht mit eingeschlossen; vielmehr hatte noch Innocenz III. ²⁾ dasselbe für vollkommen verbindlich erklärt. Aber schon Bonifaz VIII. setzte dasselbe der auf eine bestimmte Pfründe ertheilten Anwartschaft durch die Bestimmung ³⁾: *per eas (promissiones) vel ipsarum aliquam ad providendum alicui nullum deinceps quomodolibet obligari, gleich*, und der trienter Kirchenrath hat dieß ausdrücklich bestätigt ⁴⁾. Noch jetzt aber erscheinen in dem Pfründenwesen zwei Anwartschaften, von denen die eine sogar durch die trienter Synode ihre Sanction

259) Arg. L. 9. D. de usu et usufr. leg. (3. 2.) Vgl. Schneider a. a. D. S. 227—230.

1) L. 2. X. de conc. praeb. et eccl. non vac. (3. 8.) (conc. Lat. III. A. 1179.)

2) L. 14. X. h. t.

3) L. 2. h. t. in VI. (3. 7.)

4) Sess. XXIV. c. 19. de r. g.

erhalten hat. Dieß ist diejenige, welche dem Coadjutor auf die Prälatur ertheilt wird, deren dormaligem Inhaber er zur Aushilfe beigeordnet worden ist. Eine zweite kam früher in vielen teutschen Stiftern vor, in denen über die festgesetzte Zahl der vollständig präbendierten Domherren (capitulares), und der mit einer praebenda minor versehenen Domicellaren (s. d. Art. Stifter) sogenannte Supernumerarcanoniker mit dem Rechte der Anwartschaft auf eine Präbende aufgenommen zu werden pflegten ⁵⁾. Anwartschafter dieser Art (canonici exspectativarii in herbis) mußten im Besitze der statutenmäßigen Qualification sein, und leisteten den in den Capitelordnungen vorgeschriebenen Eid; doch waren sie weder zur Residenz noch zum Dienst im Chor verpflichtet ⁶⁾. In die erledigte Präbende rückten sie (baldern sie nicht besondere Eigenschaften voraussetzte, wie dieß z. B. in den gemischten Stiftern rücksichtlich der den Katholischen oder den Augsbürgischen Confessionsverwandten nach dem Normaljahr zusehenden Präbenden der Fall war), nach dem Alter ein, so zwar, daß dieß Recht von dem älteren auf den nachfolgenden überging, wenn der erste die gewöhnlich auf 20 Tage festgesetzte Vigilanzzeit unbenutzt hatte verstreichen lassen. — Mit der Umgestaltung der teutschen Capitelsverfassung sind auch die Exspectativen in dem bezeichneten Sinne außer Übung gekommen; doch finden sich z. B. in den österreichischen Capiteln noch jetzt Supernumerarcanoniker ⁷⁾. — Zwei andere Arten der Anwartschaften, die päpstlichen gratiae exspectativae, und die kaiserlichen primae preces sind im Zusammenhange mit der Lehre von der Verleihung der Kirchenpräbenden darzustellen, auf welche deßhalb hin verwiesen wird.

In Beziehung auf das Recht der evangelischen Kirche bemerken wir, daß in den, in dieser Kirche erhaltenen Hoch- und Collegiatstiftern die oben in kurzen Umrißen gezeichneten Anwartschaften zum Theil unter ausdrücklicher Zulassung ⁸⁾ der Landesgesetze noch jetzt üblich sind. Rüksichtlich der übrigen Präbenden ist dagegen das Verbot des canonischen Rechtes in manchen Ländern wiederholt worden, während da, wo nicht ausdrückliche gesetzliche Bestimmungen vorliegen, wie z. B. im Königreiche Sachsen ⁹⁾, die Anwendbarkeit desselben von den entscheidenden Behörden bald verneint, bald mit Recht behauptet worden ist. S. auch Lehnsanwartschaft.

Richter.

5) Vergl. Wolfr. Schmitt Diss. de eo, quod circa exspectativas ad canonicatus ex statutis et observantiis Germaniae justum est im ersten Bande des Thesaur. nov. iur. eccl. ed Mayer p. 249.

6) Eichhorn Grundsätze des R.-R. II. 604.

7) Vergl. Helfert von der Besetzung, Erledigung und dem Verbleiben der Beneficien (Prag 1828) S. 10.

8) Z. B. preuß. A. L. R. II. 11. §. 1227 flg.

9) v. Weber syst. Darstellung des im R. Sachsen geltenden R.-R. II. 2. 315.

Anweisung ¹⁾. Wenn A den B beauftragt, sich vom C irgend Etwas (in der Regel eine Summe Geld) geben zu lassen, und zugleich den C ersucht, dem B diesen Gegenstand auszuantworten oder jene Summe zu zahlen, so heißt diese Geschäftsform Anweisung oder Assignation, und A wird Assignant (Anweisender), B Assignatar und C Assignat genannt. — Das Anweisungsgeschäft an sich war auch den Alten, namentlich den Römern, nicht eben unbekannt (s. Cicero's Briefe an den Atticus XII, 24. XV, 15.); doch kommen die Ausdrücke assignatio — assignare nicht in dem Sinne vor, wo sie das bezeichnen, was wir heutzutage Anweisung oder Assignation nennen. Bei der Darstellung dieser Lehre ist zu unterscheiden die Anweisung als eine blos gemeinrechtliche Geschäftsform von der kaufmännischen Assignation. Die gemeinrechtliche Theorie der Anweisung beruht auf folgenden Grundsätzen. 1) Das Wesen der Anweisung besteht in einem doppelten Auftrage des Assignanten (A), theils an den Assignaten (C) irgend Etwas (wie bemerkt, meistens eine Geldsumme) an den Assignatar (B) zu geben — theils an diesen B selbst den angewiesenen Gegenstand beim C zu empfangen. 2) Dieser Auftrag ist, insofern er an den Assignaten (C) gerichtet ist, ein gewöhnliches Mandat; insofern er aber den Assignatar (B) ertheilt ist, ein *mandatum in rem suam*, d. i. ein Auftrag, der in der Absicht gegeben wird, daß der Beauftragte das Geschäft zwar im Namen des Auftraggebers, jedoch zu seinem (des Beauftragten) eigenen Vortheile besorgen, und also hier, daß B das, was er von C empfangen wird, an sich behalten soll. • 3) Es wird nicht präsumirt, daß C Schuldner des A, und ebensowenig, daß A Schuldner des B sei. — Diese Grundsätze reichen hin, um alle Eigenthümlichkeiten des Anweisungsgeschäftes daraus zu erklären. Ad 1. Aus diesem Satze folgt, daß derjenige, welcher als Assignant einen Auftrag der beschriebenen Art geben will, nicht nur überhaupt die Fähigkeit, Rechtsgeschäfte einzugehen, insbesondere die Befugniß haben muß, einem Dritten mit einer Zahlung zu beauftragen, sondern daß er auch bis zur wirklichen Beendigung des Geschäftes in diesem Zustande verblieben sein muß; aus welchem letzteren Satze sich anderweit ergibt, daß, wenn er vor der Zahlung in formellen Concurß geräth, der dem Assignaten gegebene Zahlungsauftrag für erloschen zu achten ist, und zwar von dem Augen-

1) Sam. Stryk de iure assignationum inter mercatores (Frankf. 1708.) Jo. Hier. Stenger, diss. de assignationibus mercatorum ad mentem potissimum mandati Reg. Pol. et Elect. Saxoniae d. a. 1699 (Lips. 1722). Auch teutsch mit Zusätzen und Vermehrungen zu Leipzig 1724. Car. Ph. Sicherer, commentatio iuridica de assignationibus (Giss. 1782). Richelmann, specimen sistens summa capita doctrinae de assignationibus (Gryphiswaldae 1805). C. F. Günther, pr. de assignationibus spec. I. spec. II. Lips. 1829. — Eine Reihe einzelner Aufsätze über das Recht der Anweisungen siehe in Sichel's Repertorium (Leipzig 1835), desgl. in Kappeler's Promtuarium (Stuttgart 1835), in beiden Werken unter d. W. Anweisung.

blicke an, wo Letzterer von der formellen Insolvenz des Ausstellers Kenntniß erlangt hat oder hätte haben können und sollen — eine Präsumtion, die gegen ihn eintritt, sobald der Concurs des Ausstellers öffentlich bekannt gemacht worden ist. Da ferner Niemand gezwungen werden kann, einen Auftrag, den ein Dritter ihm gibt, anzunehmen und auszuführen, so wird es auch in der Regel, und wenn nicht besondere Verbindlichkeitsgründe vorhanden sind (wofür jedoch der Umstand, daß zufällig C an A den Betrag der angewiesenen Summe schuldet, noch nicht zu achten ist), von dem Willen des C abhängen, ob er die in der Anweisung ihm aufgetragene Zahlung an den B leisten, oder die Assignation zurückweisen will. — B steht an und für sich in gar keinem Rechtsverhältnisse mit C, sondern nur mit A. — Eine bestimmte äußere Form ist übrigens, da das Mandat bloß auf Consens beruht, durchaus nicht nöthig, und es kann also die Anweisung eben sowohl mündlich als schriftlich geschehen. — Ad 2. Da der Auftrag, welchen A an C gibt, ein einfaches Mandat ist, so erlischt er mit dem Tode des Auftraggebers ²⁾, kann auch von demselben beliebig zurückgenommen werden, Beides natürlich nur so lange er noch nicht erfüllt, oder für erfüllt zu achten ist. Einige glauben, daß die Befugniß des A, den Auftrag an C zu widerrufen, bis zum Augenblicke der wirklichen Zahlung dauere und nur erlösche, indem diese erfolge; Andere nehmen an, daß, wenn zwischen B und C ein Vertrag geschlossen wird, vermöge dessen C sich verbindlich macht, dem B die von A angewiesene Summe zu zahlen, schon durch diesen Vertrag das Recht des A, seinen Auftrag zurückzunehmen, wegfallt. Es werden folgende Fälle zu unterscheiden sein. Wenn die Anweisung des A dahin lautet, daß C dem B an einem bestimmten Tage Zahlung leisten solle, so dauert das Widerrufsrecht des A unbedingt bis zu diesem Tage, und wenn auch C dem B vorher versprochen hätte, er wolle ihm Zahlung leisten, so würde dieß Versprechen wohl einen Obligationsnerus zwischen B und C hervorbringen, keineswegs aber den A seines Rechtes, das Mandat zu widerrufen, berauben. — Insofern dagegen die Anweisung eine Bestimmung der Zeit, wenn das Angewiesene geleistet werden soll, nicht enthält, und B mit C eine Vereinbarung trifft, vermöge welcher C dem B die angewiesene Summe in einer gewissen Zeit zu leisten verspricht, so wird durch diesen Vertrag das Recht des A, den Auftrag zu

2) Daß durch den Tod des Assignanten bei dem in der Anweisung dem Assignaten gegebenen Auftrage das Mandat erlösche, scheint nach L. 108. D. de solutionibus et liberationibus. (41. 3.) außer Zweifel, zumal, wenn man die von Cujacius (Observat. L. 1. Cap. 38.) vorgeschlagene, durch die Basiliken (Tom. IV. Lib. XXVI. Tit. 5. Const. 108.) bestätigte Lesart, die auch Ludwig Roussards Manuscript enthält (s. dessen Note zu L. ult. D. de solution. in seiner Ausgabe der Pandecten, Fugd. 1560 f.) als die richtige annimmt, nach welcher die Schlussworte jenes Gesetzes heißen würden: *Ei autem, cui iussi debitorum meum solvere, post mortem meam non recte solvitur.* Vergl. Glück, Erläuterung der Pandecten Thl. XV. §. 959. S. 339 flg. Daß dieß auf die kaufmännischen Anweisungen nicht anzuwenden ist, wird später bemerkt werden.

widerrufen, ausgeschlossen; denn der Vertrag zwischen B und C ist, so viel den A betrifft, der Leistung selbst gleich zu achten, und A kann in diesem Falle nicht sagen, daß die aufgetragene Leistung zu früh, mithin auftragswidrig erfolgt sei, da er keine Zeit, wenn sie erfolgen sollte, bestimmt hat. — Wenn zwar eine Zeit, wo C den Auftrag erfüllen sollte, bestimmt gewesen ist, C aber zu dieser Zeit denselben weder wirklich erfüllt, noch auch nur zu seiner Erfüllung gegen B sich verbindlich gemacht hat, so kann auch später noch und so lange, bis das Eine oder das Andere erfolgt, von A das Mandat zurückgenommen werden. Dagegen ist in diesem Falle das Revocationsrecht des A für erloschen zu achten, wenn C zur Verfallzeit der Anweisung dem B auch nur das verbindliche Versprechen, die Zahlung leisten zu wollen, gegeben hat, gesetzt auch, daß die Zahlung selbst nicht erfolgt wäre. — Anders gestalten sich die Verhältnisse hinsichtlich desjenigen in der Anweisung liegenden Auftrages, welchen A dem B zur Erhebung des angewiesenen Gegenstandes gibt. Da hier das Mandat in Beziehung auf den C präsumtiv ein *mandatum in rem suam* ist, so kann dasselbe nicht zurückgenommen werden, obgleich seine Wirksamkeit wegfällt, wenn der damit unmittelbar verbundene Auftrag an den C zurückgenommen wird oder erlischt. Ferner hat B zwar die Verpflichtung, dem Inhalte des Auftrages allenthalben gemäß zu handeln, also namentlich sich wegen Empfanges der Zahlung zur rechten Zeit bei dem C zu melden. (Die rechte Zeit ist in der Regel die in der Anweisung angegebene. Wäre keine angegeben, so muß B die Zahlung von C so bald als möglich — was nach richterlichem Ermessen zu bestimmen sein würde — einfordern.) Dessen ungeachtet hat, wenn B dieß unterläßt, A im Falle der wirklichen Anweisung keine *actio mandati directa* gegen den B; hätte daher auch A die Anweisung an den B, z. B. um deswillen gegeben, damit B das beim C erhobene Geld als ein von A empfangenes Darlehen behalten solle, so würde er gegen den B dennoch nicht als gegen seinen Mandatar auf Wiedererstattung des Erhaltenen klagen können, sondern er würde die Darlehnsklage gegen ihn erheben müssen. — *Actionem mandati directam* könnte A nur anstellen, wenn das dem B gegebene Mandat kein *mandatum in rem suam*, mithin das Geschäft gar keine Anweisung gewesen wäre. Wollte aber bei einem Geschäft, das die äußere Form einer Anweisung hätte, A behaupten, daß das von ihm dem B gegebene Mandat nicht in *rem mandatarii*, sondern als gewöhnliches Mandat, mithin in *rem mandantis* gegeben sei, so müßte er dieß besonders beweisen. — Nichtsdestoweniger kann ihm nach Befinden der Umstände eine Exception zustehen. Wenn nämlich B an den A eine Forderung hatte (was jedoch, wie unter 3 bemerkt ist, nicht zum Wesen der Assignation gehört, und also nicht präsumiert werden kann), und A dem B eine Anweisung an den C gegeben hat, damit durch die von C zu leistende Zahlung jene Schuld des A getilgt werden sollte, B aber diese Anweisung nicht zur rechten Zeit vorgezeigt hat, und nun seine Forderung auf den Grund des Geschäftes, woraus sie entstanden ist, z. B. eines Kaufes gegen den A,

geltend machen will, so kann, wenn durch die Säumniss des B in Vorzeigung der Anweisung Schaden entstanden, z. B. wenn C Schuldner des A war, und, obgleich zur Zeit des Verfalles der Anweisung solvent und bereit zu zahlen, doch später insolvent geworden ist, der Assignant A sich ausfluchtweise hierauf beziehen, und sich dadurch gegen den Anspruch des B schützen; allerdings aber muß er beweisen, daß durch jene Zögerung wirklich ein Schaden entstanden ist. — C kann zwar an sich von B nicht belangt, oder sonst zur Annahme und Zahlung der Anweisung genöthigt werden; wenn er indessen dem B die Erfüllung des Auftrages zusagt, so tritt er hierdurch in eine selbstständige Verbindlichkeit gegen den B, der nunmehr hieraus gegen ihn auf Erfüllung klagen kann. Aber auch gegen den A übernimmt er durch jene dem B ertheilte Zusage die Verpflichtung, den erhaltenen Auftrag zu erfüllen, und daher wird auch A, wenn dieses Versprechen unerfüllt bleibt, und er dadurch einen Schaden erleidet, den Ersatz desselben mittelst Klage von ihm fordern können; keineswegs aber wird C, wenn er von B in Anspruch genommen wird, diesem Kläger solche Ausflüchte entgegensetzen dürfen, die er vielleicht gegen den A mit Erfolg hätte gebrauchen können. — Uebrigens kann B seinen Auftrag, Geld beim C zu erheben, an dritte Personen übertragen. Diese treten zwar zu ihm in dasselbe Verhältniß, in welchem er zu dem A steht, aber sie bleiben ganz außer Verhältniß mit dem A selbst. Dagegen gehen die Rechte, die B etwa schon gegen den C in Bezug auf die Anweisung erworben hatte, auf die Untermandatarien des B über, also wenn z. B. eine schriftliche Anweisung von A an B auf den C gegeben worden wäre, und C hätte darauf erklärt, daß er die Post an B bezahlen wolle, so würde das Recht der Einforderung auch denjenigen zukommen, auf welche B die Anweisung übertragen hätte. — Wenn B mit dem C eine besondere Vereinbarung über die zu zahlende Summe abschließt, so hat diese unstreitig Rechtsgiltigkeit zwischen diesen beiden Personen; sie ist aber ohne Wirkung auf den A. Also wenn z. B. B, welcher laut der Anweisung am 1. Januar Geld beim C zu erhalten hatte, sich mit dem Versprechen des C, zum 1. Februar bezahlen zu wollen, begnügt, und dem C ausdrücklichen Credit ertheilt, ihn also für seinen Schuldner annimmt, C aber zuletzt doch nicht zahlt, so kann B nun gegen den A sich nicht darauf berufen, daß er von C Nichts erhalten habe, sondern es wird in Bezug auf den A die Sache so anzusehen sein, als ob C gezahlt hätte. Ad 3. a) Es wird nicht präsumirt, daß C Schuldner des A sei. Daraus folgt, daß, wenn C auf die Anweisung des A an den B oder an Jemanden, dem B seine Rechte übertragen hatte, Zahlung leistet, er nunmehr *actione mandati contraria* seinen Regreß an den A nehmen und von diesem Wiederbezahlung fordern kann. War er zufällig doch Schuldner des A, oder hat er von diesem bereits die Mittel zur Bezahlung der Anweisung empfangen, so muß A dieß excipiren und beweisen. b) Es wird nicht präsumirt, daß A Schuldner des B gewesen sei. — Daher hat B keinen Regreßanspruch an den A, wenn C auf die Anweisung nicht zahlt. Wäre er

aber doch Stäubiger des A gewesen und hätte seine Forderung durch die Zahlung des C getilgt werden sollen, C hätte aber diese Zahlung verweigert, so müßte er gegen A nicht aus der Anweisung, sondern unter Anführung des Grundes, auf welchem seine Forderung an den A beruht, klagen. Eben deswegen ist es auch, wenigstens bei der gemeinrechtlichen Anweisung, niemals nöthig, daß B bei dem C, wenn dieser nicht zahlt, einen Protest erheben läßt. — Das Gleiche gilt, wenn B das von A ihm gegebene *mandatum in rem suam* an eine dritte Person überträgt. Auch diese hat, wenn der Assignat nicht zahlt, aus der Anweisung selbst niemals eine Regressklage gegen ihn, weniger noch gegen den A. — Aus den Grundsätzen unter 2 und 3 gemeinschaftlich folgt nun noch, daß die Assignation kein *modus tollendi obligationem*, namentlich keine Zahlung ist (*assignatio non est solutio*). Aber ebenso wenig ist sie eine Cession oder gar eine Delegation, und dies zwar schon um deswillen nicht, weil es ja sehr wohl der Fall sein kann, und auch wirklich oft ist, daß der Assignat C gar nicht Schuldner des Assignanten A ist, ja selbst wenn es zufällig wäre, so würde man die Assignation auch dann nicht Cession nennen können, da durch sie das Klagerrecht des Assignanten, das er in diesem Falle gegen den Assignaten hätte, keineswegs auf den Assignatar übertragen wird; und wenn der Assignat an den Assignatar Zahlung leistet, so thut er dies nicht, weil er dem Assignanten Geld schuldig ist, und das Forderungsrecht desselben nunmehr als auf den Assignatar übertragen betrachtet, sondern bloß, weil ihm die Zahlung von dem Assignanten aufgetragen ist. Dies stimmt auch völlig mit dem oben Bemerkten zusammen, daß der Assignatar an sich kein Klagerrecht gegen den Assignaten hat, was er doch haben müßte, wenn er Cessionar wäre. Diese Grundsätze leiden keine Ausnahme, wenn auch wirklich A Stäubiger des C war, und als solcher den B selbst dergestalt an den C anweist, daß er ihm zugleich Vollmacht zur Einklagung der angewiesenen Post gibt. Das Geschäft ist hier ein doppeltes: eine Anweisung und eine Vollmacht zum Klagen. Erstere wird aber durch die letztere immer noch nicht zur Cession; denn B kann auch jetzt nur als Mandatar des A, nicht aber selbstständig und für seine Person gegen den C klagen. (Vergl. Mühlensbruch, Cession der Forderungsrechte §. 19.) Enthielte freilich auch die Vollmacht ein *mandatum in rem suam* für den B, d. h. trüge A auf den B das Recht über, die Forderung des A an den C in seinem, des B, eigenen Namen gegen den Schuldner geltend zu machen, so wäre es keine Vollmacht und das damit verbundene Geschäft keine Anweisung mehr, sondern Beides zusammen bildete eine wirkliche Cession und wäre also nach den Regeln derselben zu beurtheilen. Der praktische Hauptunterschied zwischen dem Falle, wo B gegen C in eigenem, obwohl von A auf ihn übertragenen Rechte (*ex iure cesso*) klagt — und jener Fälle, wo er im Namen des A klagt, ob er gleich vom A ermächtigt worden ist, das Geld zu behalten, was er von C einklagen wird, ist der, daß im ersten Falle der Beklagte C dem klagenden Cessionar B nicht nur solche peremptorische Ausflüchte entgegensetzen kann, welche sich

auf sein Verhältniß zu dem A beziehen, sondern auch solche, welche ihren Grund in den besondern Verhältnissen des C zum B haben; er kann z. B. dem B, wenn er an denselben eine Gegenforderung hat, diese Forderung als Compensationspost entgegensetzen. Im andern Falle aber, wo B bloß als Mandatar des A auftritt, sind Exceptionen der letzteren Art gänzlich unzulässig; es erscheint hier nicht B sondern A als Kläger, und C kann daher nur das excipiren, was sich auf sein Verhältniß zum A bezieht. — Schließlich ist noch die Frage zu berühren, ob der Assignat aus der eingelösten und mit der Quittung des Assignatars versehenen, versteht sich schriftlichen, Anweisung — ingleichen der Assignatar, wenn aus der schriftlichen Anweisung sofort erhellt, daß der Assignant sein Schuldner gewesen ist und die Schuld durch die Anweisung, ihre Zahlung vorausgesetzt, habe tilgen wollen, diese Zahlung aber dennoch unterblieben ist — an den Assignanten Regreß mittelst einer anzustellenden Executivklage nehmen können? In Bezug auf die letztere Frage muß man sich den Fall etwa so denken, daß der Assignant in der Anweisung selbst bekennt, den Werth derselben erhalten zu haben. Nach der richtigeren Meinung wird in keinem von beiden Fällen Executivklage erhoben werden können, wiewohl verschiedene Rechtslehrer³⁾, wenigstens in Ansehung des letztern Falles, freilich mehr in Bezug auf kaufmännische Assignationen, der entgegengesetzten Meinung sind. Nicht ganz von denselben Grundsätzen geht das österreichische und preussische Recht aus. Wir übergehen Einzelheiten und bemerken nur die Hauptunterschiede. Das preussische allgemeine Landrecht Th. I. Bd. II, Tit. 16. Abschn. 5. §. 251. bezeichnet die Anweisung als einen Auftrag: Etwas, welches der Auftragende von einem Dritten zu fordern hat, bei demselben für seine eigene Rechnung zu erheben. Es nimmt also an, daß dem Wesen der Assignation die Klage der Assignat Schuldner des Assignanten sei. Ob es die gleiche Präsumtion in Bezug auf den Assignanten, im Verhältnisse zum Assignatar annehme, ist nicht deutlich ausgesprochen; doch scheint nach §. 280 bis 284 dieß nicht in dem Willen des Gesetzgebers gelegen zu haben. — Das österreichische allgemeine bürgerliche Gesetzbuch Th. III. Hauptst. II. §. 1400—1410. kennt die Präsumtion eines Schuldners

3) V. Langenn und Kori, Erörterungen practischer Rechtsfragen Th. I. Nr. IX. S. 75—81 der 2. Ausg. In Bezug auf die erste Frage ist der Verfasser dieses Aufsatzes selbst früher anderer Meinung gewesen und hat den Executivprozeß für statthaft gehalten. Siehe das oben angeführte Programm de assignationibus sp. II. §. 5. p. 10. Allein erwägt man, daß der Executivprozeß, wo nicht die Gesetze eine besondere Ausnahme machen, allemal ein ausdrückliches Bekenntniß des Beklagten, daß er Schuldner sei, voraussetzt, und daß der Gebrauch von Präsumtionen, wenigstens insofern sie zur Begründung der Klage dienen sollen, in dieser Prozeßgattung ausgeschlossen ist, so erscheint die Ansicht, daß in dem Falle, von welchem hier die Rede ist, der Executivprozeß unstatthaft sei, als die richtigere, — eine Ansicht, die in Bezug auf kaufmännische Assignationen auch allgemein in der Praxis angenommen ist.

zwischen dem Assignanten und Assignaten nicht, wohl aber die, daß der Assignant Schuldner des Assignatars sei. Hinsichtlich des Regresses gilt nach dem österr. Gesetzbuche (§. 1405. 1406.) der Satz, daß der Assignant dem Assignatar für den Eingang der Anweisung unter denselben Bedingungen, wie ein Cedent dem Cessionarius, zu haften alsdann verpflichtet ist, wenn der Assignat die Anweisung angenommen hat. Wird sie aber nicht angenommen, so soll der Assignatar den Assignanten hiervon ohne Verzug in Kenntniß setzen, widrigenfalls aber für die Folgen haften. Das preuß. Landrecht a. a. D. §§. 280 flg. enthält im Wesentlichen dasselbe, drückt sich aber weniger bestimmt aus. Es heißt §. 283: Ist die Anweisung zwar angenommen, die Zahlung aber binnen der bestimmten Frist nicht geleistet worden, so hat der Angewiesene die Wahl, ob er sogleich auf den Anweisenden zurückgehen, oder sich an den Assignaten aus der geschehenen Annahme halten wolle.“ Ob aber dieses „Zurückgehen“ bloß auf den Grund der Anweisung geschehen kann, oder ob der Assignatar auf den Grund des Rechtsgeschäftes klagen muß, welches der Anweisung zum Grunde lag, ist im Gesetze wenigstens nicht klar ausgedrückt. Doch scheint das Letztere angenommen werden zu müssen, weil, wie bemerkt, für den Assignatar nach preuß. Rechte die Präsuntion nicht spricht, daß er Gläubiger des Assignanten sei. Es ist nicht zu leugnen, daß beide Gesetzesgebungen weder so consequent, noch dem sachlichen Verhältnisse so angemessen sind, als das gemeine Recht.

Dies von den gemeinen, d. i. nicht kaufmännischen Assignationen! Einige Aenderungen, wiewohl bei Weitem nicht so viele, als man gewöhnlich annimmt, erleiden diese Grundsätze in Bezug auf die kaufmännische Anweisung. Diese hat theils hinsichtlich des ihr zum Grunde liegenden Verhältnisses, theils in Ansehung einzelner rechtlicher Bestimmungen Vieles mit den eigentlichen Tratten (Wechseltratten) gemein. Historisch betrachtet ist sie allerdings älter, als der Wechsel; dennoch ist sie rücksichtlich des Gebrauches, der von ihr bei Betreibung der Geschäfte gemacht wird, jetzt in der Hauptsache nur als eine neben dem eigentlichen Wechsel bestehende zur Milderung der Strenge jenes Institutes bestimmte Form anzusehen. Die kaufmännische Anweisung hat den Zweck, Stellvertreterin des Wechsels, und also mittelbar des baaren Geldes zu sein. Daraus folgt nun schon mit Nothwendigkeit, daß sie nicht anders als in Schriften gegeben werden kann, während die gewöhnliche Anweisung eben so gut mündlich als schriftlich bewirkt wird. Aber selbst nicht jede Schrift, welche den das Wesen der Assignation ausmachenden doppelten Auftrag enthält, wird als eine kaufmännische Anweisung, mithin als ein solches Papier anzusehen sein, welches die Stelle des baaren Geldes zu vertreten bestimmt ist, sondern es muß sich, wenn sie diese Geltung haben soll, jene Absicht schon durch die äußere Form der Schrift ankündigen, welche gewöhnlich der Form des Wechsels ähnlich ist, nur daß sie den Ausdruck „Wechsel“ nicht enthält. — Der Hauptunterschied zwischen der gemeinrechtlichen Anweisung und der kaufmännischen in Bezug auf das Recht ist der,

daß nach einer allgemeinen, durch ganz Deutschland angenommenen Praxis der Tod des Assignanten das dem Assignaten durch die Anweisung gegebene Mandat zu zahlen nicht aufhebt. Es scheint dieß seinen Grund darin zu haben, daß man dasselbe sich mehr von der dem Assignanten gehörigen, auch nach seinem Tode fortbestehenden Handlung, gleichsam einer Art von moralischer Person, als von dem Individuum, welches gegenwärtiger Eigenthümer des Geschäftes war, ausgehend gedacht hat. Eine andere, wohl auch durch ganz Deutschland anerkannte Eigenthümlichkeit der kaufmännischen Assignation ist, daß der Assignat, wenn er Schuldner des Assignanten, und die Forderung selbst liquid und gefällig ist, eine Verpflichtung gegen den Assignanten (aber nicht gegen den Assignatar) hat, die Assignation zu honoriren, und daß er, wenn er dieß unterläßt, für verpflichtet geachtet wird, den hieraus für den Assignanten erwachsenen Schaden zu vergüten. Außerdem läßt sich keine Verschiedenheit des Rechtes zwischen den kaufmännischen und den gemeinen Anweisungen mit Sicherheit als gemeinrechtlich gültig behaupten. Mehrere nehmen zwar an, daß der Assignatar an den Assignanten, insofern der Assignat nicht gezahlt hat, einen dem Wechselregesse ähnlichen Rückanspruch habe, und daß ein gleicher Regreß der Indofsatare an die Indossantanten stattfindet, wenn die Anweisung girirt worden; allein es läßt sich keine dießfallige allgemeine Gewohnheit nachweisen. Höchstens würde jener Satz bei solchen Anweisungen gelten, welche dadurch, daß sie den Ausdruck „Werth oder Valuta empfangen“ enthalten, sich völlig und förmlich als Papiere ankündigen, die ganz in gleicher Maße wie die Wechsel die Stelle des baaren Geldes vertreten sollen. Dieß ist z. B. in Sachsen ehemals, ehe neuere bald zu erwähnende Gesetze die Anweisungen den Wechseln in den meisten Beziehungen ausdrücklich gleich stellten, angenommen worden. Wenn man aber überhaupt einen solchen Regreß statuirt, so tritt nunmehr auch die Nothwendigkeit ein, bei nicht bezahlten Anweisungen in derselben Maße wie bei Wechseln Protest erheben zu lassen. — Eben so irrig ist es, die kaufmännischen Assignationen als eine Art von Cessionen oder Delegationen zu betrachten. In den Gesetzen mancher Länder ist hierauf besondere Rücksicht genommen. So ist in dem sächs. Mandate vom 23. Dec. 1699

(C. A. II. S. 2069) ausdrücklich verordnet, daß der Assignant, wenn er Schuldner des Assignatars, und zugleich Gläubiger des Assignaten ist, und die Anweisung *vim dationis in solutum et delegationis* haben soll, er diese seine Absicht nicht nur ausdrücklich und zwar schriftlich erklären, sondern auch sich vom Assignatar eine Quittung über die schuldige Post geben lassen solle, indem er (den wenig praktischen Fall des in Sachsen ziemlich außer Uebung gekommenen *Concontriens* ausgenommen) mit einem anderen Beweise zur Entkräftung der Präsumtion, daß die Anweisung nur in Kraft eines Auftrages (allemaal das oben schon bemerkte *mandatum in rem suam* verstanden) gegeben worden, nicht zu hören sei. Ähnliches ist in der württembergischen Wechselordnung Cap. VI. S. 14. enthalten. — *Accepta-*

tion der Anweisungen ist ebenfalls ungewöhnlich; daher kann in der Regel jede Anweisung bis zu ihrem Verfall in der oben schon beschriebenen Weise vom Aussteller widerrufen werden kann. — Indessen haben die positiven Gesetze vieler Länder hierin wesentliche Aenderungen getroffen. Wir übergehen hier diejenigen gesetzlichen Bestimmungen, welche sich auf die eigentlichen Wechsel beziehen, dennoch aber nicht erfordern, daß die Urkunde sich selbst in ihrem Concepte ausdrücklich als „Wechsel“ bezeichne, wo sie dann freilich von einer kaufmännischen Anweisung im Aeußern nicht zu unterscheiden ist. (S. den Art. Wechsel.)

Über auch in den Ländern, wo zwischen Wechseln und kaufmännischen Anweisungen wirklich ein anerkannter, auch sofort erkennbarer Unterschied besteht, hat man doch häufig viel Eigenthümlichkeiten des eigentlichen Wechsels auf die bloße Anweisung übertragen. Dieß ist z. B. in Sachsen durch das Mandat: die den kaufmännischen Anweisungen beigelegte Wechselkraft vom 23. Dec. 1829 geschehen (Gesetzsammlung vom Jahre 1830 St. II. Nr. 2. S. 9). Nach diesem Gesetze sind die im Handel und beim Geschäftsbetriebe der Fabrikanten gebräuchlichen Anweisungen den gezogenen Wechseln in der Hinsicht gleichgestellt, daß wenn auf eine solche Anweisung zu der darin bestimmten Zeit die Zahlung der vorgeschriebenen Summe ganz oder zum Theil nicht erlangt und deshalb vom Inhaber, auf die in gleichem Falle bei Wechseln gewöhnliche Weise, gebührend protestirt worden ist, die Regressnahme gegen die Indossanten und den Aussteller in derselben Weise gestattet sein soll, wie sie nach der leipziger Wechselordnung §. 19. und dem Anhang der erläuterten Prozeßordnung §. 14. bei Wechseln stattfindet. Auch sollen solchenfalls die gerichtlich in Anspruch genommenen Indossanten und Aussteller mit der Strenge des Wechselrechtes zur Zahlung angehalten werden; nicht minder soll, wenn etwa von einem Dritten, als Intervenienden, auf eine solche Anweisung unter Protest Zahlung geleistet worden, demselben auf gleiche Art, in Gemäßheit der Bestimmungen des §. 17. der leipziger Wechselordnung, der Regress zustehen. möge des mittelst Oberamtspatentes vom 13. Dec. 1776 publicirten oberlausitzer Wechselmandates vom 16. Nov. 1776 §. 1. Nach dem preuß. Landrechte Th. II. Tit. VIII. §. 1259 ff. gelten alle Assignationen, welche ein Kaufman in Handelsgeschäften ausgestellt hat, für kaufmännische. In Bezug auf Verfallzeit und Münzsorten findet bei ihnen alles das Anwendung, was bei Wechseln verordnet ist; im Uebrigen aber genießen sie das Recht der Wechsel nur in den Orten und Provinzen, wo ihnen dasselbe durch besondere Gesetze beigelegt ist. Auch nach preuß. Rechte ist Anweisung selbst unter Kaufleuten keine Zahlung; nimmt jedoch ein Kaufmann von dem anderen eine Assignation ohne Vorbehalt statt Zahlung an, so wird das Geschäft durchgehend als eine Cession und bei hinzutretender Einwilligung des Assignaten als Delegation angesehen. Ein Gleiches findet statt, wenn mit Einwilligung sämmtlicher Interessenten durch Ab- und Zuschreiben in ihren Büchern eine Ueberweisung (Contraction) geschehen ist. In allen

diesen Fällen haftet der Anweisende nicht für die Sicherheit des Assignaten. Ist in der Assignation keine Zahlungszeit bestimmt, und der Inhaber befindet sich mit dem Assignaten an einem Orte, so muß derselbe sich spätestens binnen acht Tagen nach dem Empfange bei dem Assignaten melden und Bezahlung fordern. Leben sie aber an verschiedenen Orten, so muß die Assignation vom Inhaber mit nächster Post zur Eincassirung abgeschickt werden. Ist sie auf eine Messe oder einen Markt gestellt, so gelten wegen der Präsentation dieselben Vorschriften, wie bei Wechseln. — Ist ein Zahlungsstermin bestimmt, so muß die Anmeldung spätestens den ersten Tag nach der Verfallzeit erfolgen. Weist der Assignat die Assignation zurück, so kann und muß der Inhaber dieselbe spätestens innerhalb 24 Stunden dem Assignanten, wenn dieser an demselben Orte wohnhaft ist, zurückgeben; wohnt dieser aber an einem andern Orte, so muß Ersterer sofort protestiren lassen, und den Protest mit nächster Post demselben zusenden, wobei alle Formalitäten, ebenso wie beim Wechselprotest, zu betrachten sind. Hat der Inhaber die Präsentation in den gesetzlichen Fristen verabsäumt, so haftet er für allen daraus entstehenden Schaden, und hat den Regress nur im ordentlichen Prozesse. — Daß Assignationen zur Acceptation vorgelegt werden müssen, ist im L. = R. nirgends verordnet, wohl aber setzt es voraus, daß die Acceptation geschehen könne, und dann verpflichtet nur schriftliche Acceptation zur Zahlung. Das bloße Versprechen, acceptiren zu wollen, ist nach den Vorschriften von Bürgschaften zu beurtheilen. Uebrigens kann der Aussteller nach geschehener Acceptation die Zahlung nicht mehr untersagen, wohl aber vor derselben. — Erfolgt die Zahlung einer acceptirten Assignation zur Verfallzeit, welche eben so, wie bei Wechseln berechnet wird, nicht, so muß der Inhaber eben so verfahren, wie in gleichem Falle bei Wechseln vorgeschrieben ist. Respecttage finden auch bei kaufmännischen Assignationen statt. Hienächst ist der Inhaber, wenn der Assignant nicht an demselben Orte wohnt, außer der Aufnahme und Verhandlung des Protestes, auch noch, und zwar bei Verlust seines Rechtes an den Assignanten, schuldig, auf dessen Kosten die Klage wider den Assignaten sogleich anzustellen, und den Prozeß so lange gehörig fortzusetzen, bis der Assignant dazu nach dem gewöhnlichen Laufe der Posten selbst die nöthigen Verfügungen treffen kann. Kommt der Protest innerhalb der bestimmten Fristen zurück, so muß der Assignant die Assignation unweigerlich wieder zurücknehmen. Hat er die Assignation zur Tilgung einer Schuld, womit er dem Empfänger verhaftet war, ertheilt, so steht Letzterem frei, seine Schuld eben so einzufordern, als ob das Assignationsgeschäft gar nicht geschehen wäre. Hat aber der Empfänger die Assignation von dem Aussteller gekauft, so kann er gegen Rückgabe derselben die Erstattung der bezahlten Summe nebst Zinsen und Kosten fordern. Enthält in diesem Falle die Assignation ein Empfangsbekanntniß der baar bezahlten Valuta, so findet gegen den Aussteller binnen Jahresfrist nach dem Verfalltage der executivische Prozeß statt. Ist dergleichen Empfangsbekanntniß im Instrumente selbst nicht enthalten, so muß der

Empfänger seine Schadloshaltung von dem Aussteller mittelst des ordentlichen Processes suchen. Hat der Inhaber die Fristen zur Aufnahme und Versendung des Protestes wegen Nichtzahlung versäumt, oder dem Assignaten nach der Acceptation irgend eine Nachricht gestattet, so haftet ihm der Assignant nur als Bürge im ordentlichen Prozesse für den ohne sein Verschulden entstandenen Ausfall. Hat der Assignat die Anweisung acceptirt, so muß er dem Inhaber Zahlung leisten und kann sich mit einer schon erfolgten Befriedigung des Ausstellers nicht schügen. Auch andere Einwendungen, die dem Acceptanten gegen den Aussteller zustehen, kann er dem Inhaber nach der Acceptation nicht mehr entgegen setzen. Ist jedoch über das Vermögen des Ausstellers vor eingetretener Verfalltage Concurß entstanden, so ist der Assignat dem Inhaber auch auf eine schon acceptirte Assignation Zahlung zu leisten weder schuldig, noch berechtigt. Hat er aber nach eingetretener Verfalltage die Zahlung geleistet, ehe die gerichtliche Bekanntmachung der Concurßeröffnung zu seiner Wissenschaft gelangt ist, so wird er dadurch von seiner Verbindlichkeit gegen den Aussteller und dessen Masse allerdings befreit. Aus einer acceptirten Assignation kann gegen einen Kaufmann zwar nicht wechselmäßig, aber doch binnen Jahresfrist vom Verfalltage an gerechnet executivisch geklagt werden. — Das Giro findet bei kaufmännischen Anweisungen in eben der Form statt, wie bei Wechsln, und der Indossant steht mit dem Indossatar in eben dem Verhältnisse, wie der Aussteller mit dem ersten Inhaber. Sind mehrere Indossamente geschehen, so hat der Inhaber in der Regel bloß die Wahl, sich entweder an seinen unmittelbaren Vormann, oder an den Aussteller zu halten; wo jedoch die kaufmännischen Assignationen Wechselrecht haben, gelten hinsichtlich des Regresses gegen die Vormänner und Aussteller dieselben Vorschriften, wie bei Wechsln. In allen Fällen muß jedoch der Inhaber auf die oben bemerkte Weise für Erhebung und Remission des Protestes sorgen, auch, wenn die Assignation acceptirt worden ist, einstweilen die Klage gegen den Acceptanten anstellen und fortsetzen. — Die schlesische Wechselordnung schreibt vor, daß alle kaufmännische Assignationen entweder schriftlich acceptirt oder protestirt werden sollen. Erfolgt die Acceptation, so erlangen sie dadurch die Natur eines Wechselbriefes. Fremde Anweisungen, in denen kein bestimmter Zahlungstermin ausgedrückt ist, müssen binnen 24 Stunden bezahlt oder, wenn sie Indossamente haben, protestirt werden. Händelsleute, welche Waaren auf Credit erkaufen, sollen zur Versicherung derjenigen Creditoren, welche an sie angewiesen werden, an den Verkäufer einen Revers oder Schuldschein ausstellen, worin die Schuld anerkannt und die Zeit, wo die Zahlung erfolgen soll, bestimmt wird. Die württembergische Wechselordnung geht, wie das preuß. Recht, von der Ansicht aus, daß der Assignat Schuldner des Assignanten sei. Sie enthält mehrere Vorschriften, theils in Bezug auf die Zeit, in welcher der Assignatar sich bei dem Assignaten melden und die Zahlung fordern muß, theils über die Beweismittel, wodurch er darzuthun hat, daß er diese Frist beobachtet habe. Der Assignatar muß von dem As-

signaten Zahlung fordern, wenn die angewiesene Schuld eine Wechselschuld ist, spätestens am Verfalltage; wenn sie eine Waaren- oder eine andere gemeine Handelschuld, und kein Zahlungstermin bestimmt ist, innerhalb acht Tagen von dem Empfange der Anweisung gerechnet, wenn aber ein Zahlungstermin bestimmt ist, spätestens den Tag hernach. Zahlt der Assignat nicht, so muß der Assignatar die Anweisung sogleich dem Assignanten zurückgeben, oder, wenn dieser abwesend ist, zum Beweis, daß er seine Verbindlichkeit erfüllt habe, protestiren, wodurch er einen Regressanspruch gegen den Assignanten begründet, den er im Executivprozeße ausführen kann. — Nach dem badenschen Landrechte soll eine Tratte, welche nicht die Erfordernisse eines Wechsels hat, als bloßer Handelszettel betrachtet werden. Hinsichtlich der Handelszettel unterscheidet aber dieses Recht 1) Zettel auf Erhebung (beschränkte Handelsassignationen), welche nur denjenigen zur Erhebung berechtigen, der darin genannt ist und den Zettel vom Ausgeber empfängt; 2) Zettel auf Umlauf (unbeschränkte Handelsassignationen), welche Jedem, auf den sie durch Indossirung übergetragen sind, zur Erhebung ermächtigen; 3) Zettel auf Inhaber, welche den Empfänger gar nicht benennen, sondern Jedem, der ihn in den Händen hat, zur Erhebung befugt machen. Letztere können nur von Staatsanstalten oder von öffentlichen Wechselhäusern ausgegeben werden; die beiden anderen Gattungen von Handelszetteln gelten als formlose Erhebungsvollmachten; sind sie Zettel auf Umlauf und werden sie indossirt, so gilt das Indossament für Ackerbevollmächtigung. Sie bedürfen übrigens der Förmlichkeiten der Annahme und Absage, auch der Einforderung und Zahlung an bestimmten Tagen nicht, können auch, wenn sie nicht ausdrücklich als Zahlung genommen worden sind, vom Aussteller beliebig widerrufen werden. Die Indossatäre und Indossanten werden unter sich zu Nichts, und gegen den Aussteller nur dazu verbindlich, binnen einem Jahre vom Tage der Ausstellung an, wenn kein bestimmter Verfalltag ausgedrückt ist, oder, wo dieser bestimmt ist, binnen des Doppelten der bei Wechseln gesetzlichen Frist die Erhebung zu bewirken oder den Zettel dem Aussteller zurück zu schicken. Unterbleibt Zahlung und Rücksendung länger, so wird der Inhaber Eigenthümer der Schuldforderung (insofern nämlich der Assignat Schuldner des Ausstellers war), dagegen aber auch Schuldner des Ausstellers für deren Betrag, und kann sich deshalb allein an den angewiesenen Schuldner halten, doch mit Vorbehalt des Regresses an seinen Vormann, wenn er von diesem den Zettel zu spät erhalten.

Eine besondere Art von Anweisungen sind die sogenannten Cassirbriefchen, d. i. Anweisungen, die man auf seinen Banquier gibt. Sie sind besonders in Holland üblich, wiewohl man selbst dort über ihre eigentliche Geltung nicht recht einverstanden ist, und ein namhafter holländischer Rechtsgelehrter, Donker Curtius van Tienhoven, erklärt sich in seinen *opinions* p. 54 sehr zweifelhaft über dieselben. Laut der niederländischen Wechselordnung Art. 106—109 soll der Aussteller für den Cassirbrief verantwortlich sein, dafern der Inhaber beim

Banquier binnen 6 Tagen nach der Ausstellung, oder, wenn ein Zahlungstag darin angegeben ist, 6 Tage nach diesem Zahlungstage die Zahlung fordert. Unterläßt er dieß, so verliert er den Regreß, wenn der Aussteller beweist, daß er während jenes Zeitraumes das nöthige Geld zur Deckung bei dem Banquier stehen gehabt habe. Kommen solche Cassirbriefchen in dritte Hand, so ist der Uebertragende nur die nächsten drei Tage nach der Uebergabe oder dem Zahlungstage (die Sonntage ungerechnet) dafür verantwortlich. Wird der Banquier in diesen Terminen banquerout, so ist die Vorzeigung unnöthig. — Etwas Aehnliches sind die in London üblichen bankers checks.

Die seit einiger Zeit unter den Kaufleuten, besonders in Leipzig, üblich gewordenen Stellzettel können jedenfalls nur als gemeinrechtliche Anweisungen angesehen werden. — Ueber die Anweisungen, die zur Bezahlung der Wechsel an Zahlungsstatt gegeben werden, s. den Art. Zahlung.

Günther.

Anzeige — Denunciation — Denunciant 1). Anzeige, Denunciation, nennt man im Criminalprozeße die Benachrichtigung der Obrigkeit von einem vorgefallenen Verbrechen mit oder ohne specielle Benennung des Thäters.

Sowie dieselbe heutzutage im Inquisitionsprozeße vorkommt, ist sie sowohl ihrer inneren Natur als ihrer äußeren Begrenzung nach rechtlich wesentlich verschieden: 1) von der delatio des römischen Rechtes und dem Delatorenwesen während der römischen Kaiserherrschaft, und wie daher die hierauf bezüglichen Bestimmungen der römischen Constitutionen auf unsere heutigen Denunciationsen keine, oder doch nur eine sehr eingeschränkte Anwendung finden können, so liegt auch der nicht seltenen rechtspolitischen Verwechselung Beider ein größtentheils in Rechtsunkunde beruhender Irrthum zu Grunde; 2) von der Anklage, wiewohl wegen der Aehnlichkeit des Zweckes Beide nur allzuleicht confundirt werden und bis zur völligen Ausbildung des eigentlichen Inquisitionsprozeßes selbst in den Gesetzen nicht klar von einander unterschieden sind, so daß die Ausdrücke denunciatio, denuncians, und accusatio und accusator untermischt gebraucht werden 2).

Die heutige Denunciation im Inquisitionsprozeße begreift lediglich die Anzeige eines geschehenen Verbrechens mit oder ohne Be-

1) G. A. Struv, de delationibus. Jena 1675. Sam. Fried. Wilenberg, de denunciatione criminum. Gedau 1703. Chr. Matth. Pfaff, de eo quod justum est circa revelanda vel reticenda delicta occulta etiam atrocia. Tüb. 1754. Joh. Casp. Heimbürg, de praecipuis denunciationis voluntariae iudicialis capit. Jena 1766. C. G. Richter, de probabilitate in argumentis, quae profert denuncians, rite determinandis. Alt. 1743. Joh. Carol. Reinhard, de odio delatorum. Vitemb. 1776. Hauptsächlich: Biener, Beiträge zur Geschichte des Inquisitionsprozeßes. Leipzig 1827. S. 17 flg., 58 flg. Rittermaier, das teutsche Strafverfahren. Heidelb. 1827. II. Abth. S. 108, und Tittmann, Handbuch der Criminalrechtswissenschaft. Th. IV. S. 714 und 820.

2) Biener a. a. O. S. 58. Rittermaier a. a. O.

nennung des Thäters an die Obrigkeit, sei dieselbe selbst die Criminalbehörde oder nur zu weiterer Beförderung der Denunciation an diese verpflichtet, in sich, ohne daß der Denunciant eine Verpflichtung zu prozessualischen Handlungen im Verlaufe des Untersuchungsprozesses oder gar die Pflicht zum Beweise seiner Angaben auf sich lüde, und das weitere Verfahren allein dem Richter überlassen bleibt; während der Ankläger zur fortwährenden Theilnahme an dem Prozesse verpflichtet ist und sowohl in Beziehung auf den Beweis, als auf das zu beantragende Erkenntniß, mehr oder weniger, jenachdem auch beim Anklageprozeße das Inquisitionsverfahren als mitwirkend erscheint, die Stelle des Klägers vertreten muß.

Diese Denunciation nun ist, sowie der Inquisitionsprozeß überhaupt, aus dem canonischen Rechte auf uns gekommen, wo dieselbe, als auf Matthäus XVIII. 15—17 gestützt, und daher mit dem Namen *denunciatio evangelica* belegt, nur einen sehr schwachen Anfang nahm und keine andere Folgen als Privatwarnung, *charitativa monitio* genannt, und höchstens Kirchenstrafe nach sich ziehen konnte³⁾. Erst unter Innocenz III. erhielt sie nach und nach ihre größere Ausdehnung auf Verbrechen und strafrechtliche Verfolgung und Abndung derselben, längere Zeit aber blieb die *monitio charitativa* immer noch ihre nächste Folge; bis endlich die Denunciation mit der Ausbildung des Inquisitionsprozesses auch selbst ihre Ausbildung erhielt⁴⁾.

Der Denunciant ist darnach, wie schon bemerkt, zu einer ferneren selbstständigen Theilnahme an dem auf seine Anzeige erfolgenden Untersuchungsprozesse nicht gebunden, sowie demselben auch keine Beweispflicht irgend einer Art aufliegt; wohl aber ist er verpflichtet, als Beweismittel sich gebrauchen, d. h. so oft es erforderlich ist, sich vernehmen, mit dem Denunciaten sich confrontiren und, wenn es nothwendig wird, auf seine Aussagen sich beeidigen zu lassen.

Denunciationen können freiwillig, oder als durch Amtspflicht, oder durch gesetzlich ausgesprochene bürgerliche Zwangspflicht, geschehen. Ihre innerlichen Rechtsverhältnisse aber werden dadurch nicht verändert, und es ist gewiß falsch, wenn einige neuere Gesetze den Denuncianten von Amtswegen einen größeren juristischen Glauben beilegen, als den freiwilligen, und durchaus verwerflich, wenn das auch da gesetzlich bestimmt ist, wo ein persönliches Interesse des Beamten bei der Denunciation, in Bezugnahme auf die ihm aus einer Verurtheilung des Denunciaten zufallenden Gebühren und Emolumente, vor Augen liegt. Die Glaubwürdigkeit des Denuncianten ist von der Belegenheit der Sache, von der Constatirung des Thatbestandes, von der Unbescholtenheit der Person des Anzeigenden und von dessen mehr oder minderm Interesse an dem Ausgange der

3) Cap. 19. Caus. II. Quaest. 1. Cap. 13. X. II. 1. de iudiciis. Wiener a. a. D. S. 17, 18.

4) Wiener a. a. D. S. 58. Mittermaier a. a. D.

Sache abhängig, und davon ist es denn auch lediglich bedingt, kanzeln eine Vereidigung des Denuncianten als Zeugen statinehmig sein kann, und welche Kraft seinem Zeugnisse beigelegt werden muß. Specielle Regeln lassen sich darüber nicht geben, das aber, was in dieser Beziehung practisch hergebracht und allgemein rathlich ist, findet sich in dem Handbuche Littmann's a. a. D. sehr zweckmäßig ausgeführt. In keinem Falle aber sollte da, wo der Denunciant persönlich dabei interessirt ist, daß der Denunciant des gegen ihn zur Anzeige gebrachten Verbrechens überwiesen werde, was auch hauptsächlich dann der Fall ist, wenn auf die Entdeckung eines Verbrechens eine Belohnung öffentlich ausgeschrieben worden ist, der Erstere als Zeuge gebraucht und in Eid und Pflicht genommen werden können, denn es würde dadurch gegen die ersten, unantastbarsten Grundsätze des Rechtes gehandelt werden, was sich unter keinen Umständen rechtfertigen ließe.

Wo außer der Amtspflicht eine gesetzliche Zwangspflicht zur Anzeige kund gewordener oder vorbereiteter Verbrechen und deren Urheber und Theilnehmer besteht, was nach älteren Rechtsbestimmungen nur beim Hoch- und Landesverrathe, nach mehreren neueren Gesetzbüchern aber auch bei Brandstiftungen und Complotten verschiedener Art eintritt: sind doch die nächsten Verwandten und Verschwägerten der Urheber und Theilnehmer von einer solchen Zwangspflicht befreit. Nach vieler Ansicht sollte auch ein enges Freundschaftsverhältniß eine solche Befreiung bewirken; allein das ist gewiß unrichtig, denn abgesehen davon, daß sich über die Qualität eines solchen Verhältnisses gesetzliche Bestimmungen nicht geben lassen, so würde auch eine allgemeine Anordnung der Art nur dazu dienen, die ganze Zwangspflicht zu vereiteln, der doch bei schweren, ausgebreiteten und die Wohlfarth eines großen Theiles der Bürger bedrohenden Verbrechen der Staat nicht entzathen kann.

Wie anonyme Anzeigen und Denunciationen niemals, falls nicht die angegebenen Thatfachen anderweit schon als bewiesen oder doch als höchst wahrscheinlich vorliegen, zu richterlichen Schritten gegen eine Person berechtigen können, so darf auch rechtlich dem Denuncianten niemals eine gänzliche Verschweigung seines Namens versprochen werden. Abgesehen davon, daß dieses ohnehin schon nicht ausführbar ist, wenn, was nur in seltenen Fällen überflüssig sein wird, der Denunciant zu Protocoll vernommen werden muß, so ist es auch nothwendig, daß der urtheilende Richter, wenn er, wie wenigstens immer in den weiteren Instanzen, nicht zugleich Untersuchungsrichter ist, den Namen des Denuncianten kenne; und eben so darf dem Denuncianten, wenn die Denunciation als eine falsche sich darstellt, das Recht nicht entzogen werden, den Denuncianten wegen Verläumdung in Anspruch zu nehmen. Denn wenn auch der Denunciant, der Natur der Sache nach, und da eine Einwirkung auf das Untersuchungsverfahren ihm nicht gestattet ist, nicht gehalten sein kann, seine Anzeige wahrzumachen, so tritt er doch in dem Augenblicke, wo es sich zeigt, daß er wissentlich oder in strafwürdiger Leichtfertigkeit eine falsche Denunciation eingebracht

hat, aus diesen Rechtsverhältnissen heraus, und er ist dann als Calumniator dem Denuncianten verhaftet. Gewiß ist es daher widerrechtlich, wenn, wie das so häufig geschieht, in öffentlichen Auslobungen von Belobungen für die Anzeige specieller Verbrechen dem Denuncianten schlechthin Verschweigung seines Namens versprochen wird; denn dieses Versprechen kann nicht unter allen Umständen gehalten werden, und überdem kann dasselbe nur zu den größten Nachtheilen führen, indem dadurch, wovon es an Beispielen nicht fehlt, Denunciationen aufs Gerathewohl hervorgerufen und oft ganz unnützer Weise weitläufige Untersuchungen veranlaßt werden.

Wo aber Verschweigung des Namens des Denuncianten unter allen Umständen nicht allein gelobt, sondern ein solches Versprechen auch streng gehalten wird, kann von Rechtsverhältnissen nicht weiter die Rede sein; es wird dann in das Gebiet der sogenannten Geheimenpolizei, und was damit im Zusammenhange steht, übergegangen, ein Gebiet, in welchem es an einem jeden Stoffe zu rechtlichen Erörterungen gänzlich mangelt.

S. v. Gans.

Anzeige — Anzeigung — Indicium — Anzeigenbeweis ¹⁾. Anzeigen, Indicia, im Allgemeinen, sind Thatfachen, welche mit einer zu beweisenden Thatfache in einem solchen Zusammenhange stehen, daß von denselben auf die zu erweisende Thatfache, sei es diese bestätigend oder vernichtend, geschlossen werden kann.

Es sind diese Thatfachen Mittel zur Führung eines ausliegenden Beweises, und es wird von diesem Beweismittel sowohl im Civil- als im Criminalprozeße, besonders aber in letzterem, ein häufiger Gebrauch gemacht.

Im Civilprozeße wird der Beweis durch Anzeigen unter dem Namen des künstlichen oder artificiellen Beweises begriffen, und die Anzeigen selbst führen dort den Namen: Vermuthungen, praesumptiones, welche, jenachdem die Gesetze selbst einzelnen Thatfachen der Art schon ein beweisendes Gewicht beigelegt haben, oder die Beurtheilung deren Beweiskraft lediglich dem Richter für den speciell vorliegenden Fall überlassen bleibt, in praesumptiones iuris und praesumptiones hominis eingetheilt werden. Die letzteren umfassen das ganze Gebiet des Daseins und der menschlichen Handlungen, und da der Grad der juristischen Gewißheit, welcher sich aus den Schlußfolgerungen von der einen Thatfache auf die andere ergeben muß, an

1) G. A. Struv, de indicibus. Hal. 1666. St. Nic. de Kleist (Pr. de Cocceji) de fallaribus criminum indicibus. Francf. 1691. J. L. E. Püttmann, de lubrico indiciorum. Lips. 1785. G. H. Kleinschrodt, über die Wirkungen eines unvollkommenen Beweises in peinlichen Sachen. Würzb. 1786. K. F. W. Amelang, an iure hodierno poena criminalis ex indicibus statui possit. Heidelb. 1819. Vorzüglich: Bentham, traité de preuves judiciaires. ed. par. Dumont. Paris 1823. T. II. Liv. V. Mittermaier, die Lehre vom Beweise im teutschen Strafprozeße. Darmst. 1834. Abth. VII. §. 53 flg. Müller, Lehrbuch des Criminalprozeßes Braunschw. 1837. §. 125 flg.

keine anderen Bedingungen gebunden ist, als die, welche nach den Gesetzen der Logik gefordert werden, so lassen sich specielle Regeln darüber gar nicht aufstellen²⁾ Wie aber im Civilprozeße nur die Herstellung eines formellen Rechtes und einer formellen Wahrheit, der sogenannten juristischen, bezweckt werden kann, so wird diese auch durch den rechtskräftigen Ausspruch des Richters gültig für die streitenden Parteien geschaffen, gleichviel, auf welche Weise der Richter zu der ausgesprochenen Ueberzeugung gelangt ist.

Ganz anders im Criminalprozeße, dessen Zweck niemals ein anderer sein kann und darf, als die Erforschung höchster materieller Wahrheit, damit weder ein Unschuldiger Strafe leide, noch ein Schuldiger dieser entgehe. Der Beweis durch Anzeigen im Criminalprozeße hat demnach eine durchaus andere Bedeutung, als der künstliche Beweis im Civilprozeße, und er ist um so vieles wichtiger, als es die materielle Wahrheit vor der formellen ist, als den Gütern, worüber der Criminalrichter zu erkennen hat, und ihnen der Vorrang gebührt vor denen, welche nur Gegenstand der Civilrechtsstreitigkeit sein können. Vorzugsweise kommen daher nur deren Beziehungen zur Strafrechtspflege in Betracht, wenn von Anzeigen und Anzeigenbeweis im Allgemeinen die Rede ist.

Criminalrechtlich wird unter Anzeige (Indicium, Anzeigung, Wahrzeichen) verstanden: jede Thatsache, welche mit einem begangenen Verbrechen in natürlichem Zusammenhang steht, und aus welcher auf die Schuld des Beschuldigten, oder die mit Bezugnahme auf den Angeeschuldigten im Gegensatz zu dem verübten Verbrechen sich findet, und aus welcher auf dessen Unschuld vernünftigerweise geschlossen werden kann. Das Letztere wird in Gesetzen und Lehrbüchern auch unter dem Namen Gegenanzeigen, Entschuldigungsanzeigen begriffen. Ist von Anzeigen generell die Rede, so versteht man darunter gemeiniglich nur Anzeigen für den Schuldbeweis; die inneren Rechtsverhältnisse Beider sind sich aber völlig gleich.

Auch im Civilprozeße umfassen Anzeigen das ganze Reich menschlicher Handlungen und Zustände, nichts ist davon ausgeschlossen, denn selbst der an sich kleinste und geringfügigste Umstand kann, in seinem Zusammenhange mit anderen Thatsachen, zum Beweise der Schuld oder Unschuld führen. Darauf beziehet sich der Glaube, daß kein Verbrechen ungestraft bleibe, und das teutsche Sprichwort: Es ist nichts so fein gesponnen, es kommt doch an die Sonnen. Es haben aber zu Anzeigen sich eignende Thatsachen, sie mögen so wichtig oder so geringfügig sein als sie wollen, alle an sich nur einen relativen, d. h. einen gleichen rechtlichen Werth für oder gegen das, was zu erweisen ist; auf einen absoluten Werth kann keine Anspruch machen: und daher fällt denn auch die Unterscheidung in *praesumptiones iuris et ho-*

2) Martin, Lehrbuch des bürgerlichen Prozeßes, 9. Aufl. §. 131 und 233. Ende, Lehrbuch des Civilprozeßes, §. 237 und 314 flg.

minis im Criminalrechte gänzlich aus³⁾. Früher ist das in Teutschland wenig beachtet worden, und da sich in der peinlichen Gerichtsordnung Carls V.⁴⁾ und in den Reichs- und Particulargesetzgebungen mehrfache Umstände, als besonders zu Indicien sich eignend, aufgeführt finden, z. B. das Betreffen der Person oder der Sachen des Angeklagten an dem Orte, wo das Verbrechen begangen; der Besitz mit dem Verbrechen im Zusammenhange stehender Gegenstände; die Neigung zu Verbrechen gleicher Art; Drohungen das Verbrechen begahen zu wollen u. s. w., so hat man nicht selten irrthümlich diesen Umständen, die doch an und für sich überall nichts beweisen, und nur in dem Zusammentreffen mit anderen Umständen erst Werth und Geltung für den Anschuldigungsbeweis erhalten, die Bedeutung von praesumptiones iuris, und denselben, wenn sie in einem speciellen Falle vorkamen, ein oft ihnen gar nicht gebührendes Gewicht beigelegt; die älteren Sammlungen von Rechtsfällen, wie Carpzov's, Oldenkop's, und selbst noch die so höchst lehrreichen des älteren Meister geben davon häufigen Beweis. Es liegt dem ein schwerlich ganz auszurottender Irrthum zu Grunde, nämlich das auch in dem speciellen Falle für höher zu achten, was schon im Allgemeinen die Aufmerksamkeit des Gesetzgebers auf sich gezogen hat; und man sollte deshalb bei neuen Gesetzen über den Criminalprozeß davon abkommen, beispielweise Indicien anzuführen. Für den wissenschaftlich gebildeten, erfahrenen Criminalrichter sind solche Angaben ganz unnöthig, der weniger gebildete aber legt denselben einen Werth bei, den sie nicht haben, begnügt sich mit deren Dasein in einem vorkommenden Falle, und versäumt dadurch die Erforschung derjenigen Umstände, welche jenen erst beweisende Kraft verschaffen können. Zu diesem Irrthume, wodurch den gefeglichen Beispielen von zu Anzeigen dienlichen Thatumständen ein übertriebener, fast absoluter, Werth beigelegt wurde, z. B. der Flucht, was schon in dem Parodio: „Flüchtig Mann, schuldig Mann“, ausgesprochen wird, kommen noch eine ganze Masse abergläubischer und lächerlicher, förmlich in die Rechtspflege aufgenommenen, und mit gleichsam wahnwitziger Pedanterie festgehaltener sogenannter Indicien, wie die aus der Blutung der Wunden beim Herannahen des Todtschlägers, ius cruentationis, Baarrecht, genannt, und viele andere von gleichem Werthe vor, besonders in den Herenprozeßen, so daß das Dasein solcher Anzeigen auch mit der Verurtheilung des Angeklagten, und Verurtheilungen der Art mit dem gleichbedeutend waren, was wir heutzutage Justizmord nennen. Vergebens eiferten Carolina und Reichsgesetze gegen ein solches Verfahren, sie wurden mißverstanden oder mißachtet; und erst den im Anfange dieses Artikels allegirten Männern, Struv und Coccejus, gelang es, neben den allgemeinen Bestrebungen des großen Thomasius, das Licht der Wahrheit allgemeiner zu verbreiten, und die ganze Lubricität dieser so hochgeachteten Anzeigen, und die oft

3) Mittermaier a. a. D. S. 404.

4) Art. 18—24, 30, 31 fig.

genug dabei unterlaufenden Betrügereien an den Tag zu legen. Doch sehr langsam schritt man vor, und noch 1785 konnte Püt t m a n n in der citirten Abhandlung bittere Klagen darüber erheben, noch 1783 bedurfte es der ganzen Autorität des Reichskammergerichtes, um einen kleinen teutschen Gerichtsherrn davon abzubringen. Viel, sehr viel haben Criminalrechtswissenschaft und Gesetzgebung noch zu leisten, um das unschuldige Blut zu sichern, womit in solchem Wahne teutsche Richter und Schöppen Teutschlands Boden getränkt haben.

Die Eintheilungen der Anzeigen in nahe und ferne, proxima und remota, in die der That vorangehende, sie begleitende oder ihr folgende, antecedentia, concomitantia und subsequencia, endlich in allgemeine, communia, insofern solche bei allen Verbrechen, und eigenthümliche, propria, insofern solche nur bei einem Verbrechen oder bestimmten Arten derselben vorkommen können, wie solche Unterscheidungen noch in manchen Gesetzen und in allen Lehrbüchern angetroffen werden, sind insgesammt ohne allen practischen Werth; denn die der Theorie nach entfernteste Anzeige kann zur nächsten werden, die theoretisch = nächste ganz werthlos sein, die vorangehenden, gleichzeitigen und nachfolgenden Anzeigen können in einem speciellen Falle in einem ganz umgekehrten Verhältnisse vorkommen, und eben so sind die der Theorie nach eigenthümlichen keineswegs blos auf das ihnen angewiesene Verbrechen beschränkt. Da sie aber ohne practischen Werth sind, so wirken sie auch nur schädlich, und deßhalb sollte denn auch in den Gesetzen eine solche Eintheilung niemals ihren Platz finden, denn nicht alle Untersuchungsbeamte und Criminalrichter sind Professoren der Rechte, und jene ist oft eine Quelle großer Verwirrungen und ganz unnützer Arbeiten.

Desto wichtiger ist aber die in den meisten Lehrbüchern vermiste Eintheilung der Anzeigen in solche, welche 1) zur Verdächtigung, 2) zur Erkennung der Specialinquisition und 3) zum Beweise der Schuld oder Unschuld geeignet sind, denn diese Eintheilung hat einen wahrhaften und einen so großen practischen Werth, daß man in derselben fast den Nerv der ganzen Lehre zu suchen berechtigt sein könnte. Appfondirt ist diese Eintheilung noch von keiner Seite, und es würde dieselbe eine würdige Aufgabe für eine eigene Abhandlung sein. Indes enthält das bayer'sche Strafgesetzbuch⁵⁾ darüber recht gute und zweckmäßige Andeutungen.

In den wenigsten Criminalfällen gelingt es durch directen unumstößlichen Beweis, die Schuld des Angeklagten oder dessen Unschuld an den Tag zu bringen, in den meisten und besonders den wichtigsten Fällen muß dieser Beweis durch Anzeigen erbracht werden. Diese Nothwendigkeit ist zu allen Zeiten anerkannt worden, und die römischen und canonischen Gesetzbücher geben dieses in zahlreichen Stellen zu erkennen, wiewohl es sehr schwierig ist auszumachen, wie weit nach den-

5) Art. 308 flg.

selben die Kraft des Anzeigenbeweises gerecht haben mag⁶⁾. Die Lehre vom Anzeigenbeweise ist also die wichtigste des heutigen Criminalrechtes, zumal da nach der allgemeinen Abschaffung der peinlichen Frage jetzt auch, sowohl nach speciellen Befehsgebungen als gemeinrechtlich, der Beweis durch Anzeigen zur Anwendung voller Strafe hinreicht. Eben aber über diese wichtigste, die größten Güter des irdischen Daseins, das Glück so vieler tausend Familien und künftiger Generationen umfassende Lehre läßt sich mit Ausnahme einiger Rudimente nichts lehren; denn wollte man über das Verhältniß der Anzeigen zu dem durch dieselben intendirten Beweise, über die Kraft derselben als Beweismittel in dem einzelnen Falle allgemeine Regeln aufstellen, so müßte man erst im Stande sein, alle möglichen Geseze der Natur und des Geistes zu entdecken und in Regeln zu fassen. Es ist das große Reich der Erfahrung, aus welchem der Richter das Material zu seinen Schlüssen herbeiholen, es sind die Geseze des gesunden, leidenschaftlosen Denkens, aus welchen er diese Schlüsse aufbauen, es ist das ernste, gründliche und einsichtsvolle Streben nach materieller Wahrheit und unparteiischer Gerechtigkeit, welches in Anwendung dieser Schlüsse ihn leiten muß, und bei welchem ihn das Bewußtsein niemals verlassen darf, daß auch die sich ihm darlegende höchste Evidenz nur auf Schein und Irrthum beruhen könne. Erfahrung und eine gesunde redliche Anwendung derselben werden hier immer die Hauptsache sein. In den neueren Sammlungen von Criminalrechtsfällen, wie in den von Hitzig herausgegebenen Zeitschriften, finden sich viele lehrreiche Fälle darüber, was zu einem Anzeigenbeweise erfordert wird, wenn derselbe für vollständig soll betrachtet werden können; beispielweise mag hier auf den höchst lehrreichen, von Feuerbach mitgetheilten Fall des Paul Forster hingewiesen sein⁷⁾.

Lassen sich nun zwar über den Beweis durch Anzeigen allgemeine Regeln, gültig für alle oder auch nur die meisten Fälle, nicht geben, so ist derselbe doch an Bedingungen gebunden, die, unerlässlich an sich, auch die Stelle allgemeiner Regeln wohl zu vertreten im Stande sind, und an die man sich getroßt halten kann, ohne Gefahr zu laufen in Irrthum zu verfallen. Diese Bedingungen sind:

1) Daß der Anzeigenbeweis überhaupt nur auf die Schuld eines Angeklagten an einem verübten Verbrechen sich erstrecken, und daher nicht eher von einem solchen Beweise durch Anzeigen die Rede sein kann, bevor nicht das Verbrechen seinem Thatbestande nach vollständig erwiesen vorliegt;

2) Daß jeder Thatumstand, welcher als Anzeige für den Beweis benutzt werden soll, an sich durchaus vollständig und zweifelsfrei erwiesen sein muß;

⁶⁾ Matthaei, de criminib. XLVIII. 19. cap. 6. Rittermaier a. a. D. S. 443 flg.

⁷⁾ Feuerbach, actenmäßige Darstellung merkwürdiger Verbrecher. Th. II. Gießen 1829. S. 121 flg.

3) daß es einer Mehrheit von unter sich zusammenhängender und durch keine Gegenanzeigen geschwächer Anzeigen bedarf, um für den Beweis zu genügen.

Diese Bedingungen sind daher auch fast durchgängig von der Rechtswissenschaft und der Frucht derselben, den neuen Gesetzgebungen, anerkannt worden; am klarsten ausgesprochen finden sich dieselben in der denkwürdigen Kaiserlich österrösterreichischen Verordnung über den Beweis durch Anzeigen vom 6. Juli 1833.

Die erste dieser Bedingungen ist an sich klar und zweifelsfrei, denn wenn nicht bloß die Schuld eines Angeklagten an einem begangenen Verbrechen, sondern auch die Existenz des Verbrechens selbst durch Anzeigen, d. h. ohne reellen Beweis durch Schlüsse soll festgestellt werden können, so mangelt es dem peinlichen Prozesse an einer jeden sicheren und unmittelbaren Grundlage, und es wird derselbe dann in ein fesselloses Walten regelloser Willkür hinübergezogen, und eine jede Rechtsicherheit dadurch geradezu vernichtet. Das an und für sich erwiesene Verbrechen ist die nothwendige, ganz unerläßliche Grundlage, auf welcher allein der Indiciensbeweis aufgebauet werden kann, eine Grundlage, deren Mangel, selbst bei dem größten Scheine gegen den Angeklagten, nur zu leicht zu Justizmorden führen kann, und immer und ohne Ausnahme es dem Zufalle allein überläßt, daß nicht ein Unschuldiger gestraft werde, eben weil alles ja dann auf Schein beruhet. Püttmann in der allegirten trefflichen Abhandlung de lubrico indiciorum führt S. 7 fig. einen Criminalfall an, der wohl geeignet ist, die Wahrheit dieses Grundsatzes in das hellste Licht zu setzen.

Ebenso zweifelsfrei ist die zweite Bedingung, und deren Unerläßlichkeit auch wohl von keiner Gesetzgebung verkannt worden. Es ist ein Irrthum mehrerer neuerer Rechtslehrer, daß Anzeigen auch durch Anzeigen sollen erwiesen werden können⁸⁾, ein Irrthum, welcher seinerseits wieder auf ganz irrigen Gründen beruht; denn wenn gesagt wird, daß die Forderung des vollständigen Beweises der Anzeigen aus der älteren Ansicht herstamme, daß Indicien nie vollen Beweis machen können, und daß man dabei vergeße, daß es Anzeigen gibt, welche nicht auf einer bestimmten physischen Thatsache, sondern nur auf einer moralischen Grundlage beruhen, wie z. B. Feindschaft: so ist das Erstere wohl gerade umgekehrt der Fall, wenigstens erfordert die Ansicht, daß Anzeigen einen vollen Beweis machen können, nur noch größere Strenge im Beweise der Thatsache, und was das Zweite anbelangt, so werden Thatsachen, die nur auf einer moralischen Grundlage ruhen, wenn man überhaupt so sich ausdrücken darf, wie Feindschaft, niemals in die Reihe der redlichen Anzeigen aufgenommen werden können, wenn dieselben sich nicht durch Thatsachen, welche in Beziehung zu dem begangenen Verbrechen stehen, manifestirt haben. Dann sind es aber diese Thatsachen

8) Mittermaier a. a. D. S. 427. Müller a. a. D. S. 279. Note 4.

sachen, nicht der Schluß, welcher aus denselben auf einen moralischen Zustand geformt werden kann, welche die Anzeige bilden. Großer Gott, wohin würde es dann mit der Criminalrechtspflege, mit dem Criminalrechte überhaupt kommen, wenn durch Schlüsse sollten Anzeigen geschaffen, durch so geschaffene Anzeigen wieder auf die Schuld an einem Verbrechen sollte geschlossen werden — vielleicht gar erst das Verbrechen selbst durch Schlüsse seine Existenz sollte erhalten können! Man werfe dann nur den ganzen Criminalprozeß als unnützen Ballast über Haufen, und setze an dessen Stelle mit mehr oder weniger schönen Floskeln die Regel: es hängt von dem vernünftigen Ermessen des Richters ab, ob ein Verbrechen begangen und die ihm als Thäter vorgeführte Person desselben schuldig sei.

Die in der Natur des Anzeigenbeweises selbst unerschütterlich begründete, und auch ohne Ausnahme allgemein anerkannte dritte Bedingung kann einer weiteren Erörterung nicht bedürfen.

Selbst aber auch dann, wenn alle Bedingungen des Anzeigenbeweises zusammentreffen, selbst, wenn nicht blos mehrere, sondern auch eine große Anzahl vollständig erwiesener, untrüglicher Anzeigen gegen einen Angeklagten zusammentreffen, wird doch immer nur eine moralische Gewißheit hervorgebracht, die ihrerseits zwar durch Combinationen des Verstandes und Erfahrung, aber nicht durch unmittelbares, sondern nur in der *expectatio casuum similium* beruhendes Erkennen, ihre Begründung erhielt, die immer noch die Möglichkeit übrig läßt, sei sie auch die allerentfernteste, fast, aber immer nur fast an die Unmöglichkeit streifende, daß der seine Unschuld behauptende Angeklagte auch wirklich unschuldig sei. In Britannien und Frankreich, und da wo Oeffentlichkeit und Jury die Grundlage des Strafprozesses bilden, hat die Gesetzgebung auf diese Möglichkeit keine Rücksicht genommen, sondern deren Erwägung dem Gewissen der Geschworenen allein überlassen. Anders in Deutschland, wo überall lobenswerthe Scheu Strafen zu erkennen, wenn nicht der Beweis sonnenklar vor Augen liegt und, wie mehrere ältere Verordnungen, z. B. die hannoversche Criminalinstruction vom Jahre 1736, trefflich sich ausgesprochen: „das Land mit Blutschuld zu belasten,“ es gehindert haben, Strafen, die keiner Reparation im Wege Rechtsens oder durch die höchste Staatsgewalt fähig sind, auf bloßen Anzeigenbeweis zu erkennen. Nach der peinlichen Gerichtsordnung Karls V. sollte daher nur das eigene Bekenntniß des Angeklagten zur Anwendung der Strafe, und der Beweis durch Anzeigen nur zu dem letzten Mittel, dieses Bekenntniß zu erlangen, zur peinlichen Frage, Tortur, führen können⁹⁾, uneingedenk freilich, daß das durch die Tortur oder die Furcht vor derselben entdeckte Geständniß auch nicht mehr als eine Anzeige in sich faßt. Nachdem aber die Tortur allenthalben abgeschafft worden, und nunmehr die unerlässliche Nothwendigkeit eingetreten ist, auch Verurtheilung zur Strafe auf den Beweis durch Indicien zu gestatten, sind doch allenthalben wenig-

9) C. C. Art. 22.

rens die Todesstrafen, die keine Reparation zulassen, wenn nach Vollziehung des Erkenntnisses die immer übrig bleibende Möglichkeit der Unschuld zur Wirklichkeit werden sollte, von denjenigen Strafen ausgenommen, welche auf den bloß durch Anzeigen erbrachten Beweis der Schuld erkannt werden können. Darin stimmen alle neueren teutschen Gesetzgebungen überein. Mit großem Unrechte also eifert Feuerbach¹⁰⁾ bei der vorerwähnten Mittheilung des Paul Forster'schen Criminalfalles gegen diese Vorsicht. Allerdings mag es geeignet sein, das Gefühl zu verlegen, wenn ein nach moralischer Ueberzeugung überwiegender Raubmörder der wohlverdienten Todesstrafe entgeht, bloß weil er die schlechte Kraft besitzt, allen gegen ihn aufgethürmten Beweisen ein kaltes höhnedes Leugnen entgegen zu setzen, während der reumüthig bekennende, vielleicht nur durch einen Zusammenfluß unglücklicher Umstände zu der Missethat verleitete Verbrecher unter dem Henkerbeile verbluten muß! Von einem solchen Gefühle hat sich Feuerbach übermannen lassen, denn die Gründe, welche gegen den diese Vorsicht aussprechenden Art. 330 des bayer'schen Strafgesetzbuches angeführt werden, gehen in der That nur die Todesstrafe und den in demselben Gesetzbuche aufgenommenen, aber schon anderweit und ziemlich allgemein gemißbilligten bürgerlichen Tod, als Folge der Kettenstrafe, selbst an. Beide sind Gottlob nicht für die Ewigkeit bestimmt!

Hat das durch einen speciellen Fall aufgeregte Gefühl einen so hoch gestellten Rechtslehrer schon zu solchen Ansichten verleiten können, wie denn auch schon früher Pfister dadurch verleitet war, gegen die Aufhebung der Tortur zu klagen¹¹⁾, — welche große Rolle müssen daselbe und die so oft aufgeregte Indignation dann erst bei der Beurtheilung der Kraft eines Anzeigenbeweises spielen? Daher sollte es denn prozessualische Regel sein, daß, wo ein Erkenntniß über den Anzeigenbeweis abzugeben ist, niemals der Untersuchungsrichter an einem solchen Erkenntniße Theil nehmen dürfe und in der weiteren Instanz immer das richterliche Personale verändert werden müsse, eingedenk der goldenen Worte Quinilian's: Cum irasci, favere, odisse, misereri iudices coeperint, agi iam rein suam existimant, et sicut amantes de forma iudicare non possunt, quia sensum oculorum premit amor, ita omnem veritatis inquirendae rationem iudex amittit, occupatus effectibus: aestu fertur, et velut rapidi flumini obsequitur.

Zureichende Regeln über die Beurtheilung der Kraft des Anzeigenbeweises lassen, wie bemerkt worden, sich nicht geben, so Vieles und Treffliches darüber auch gesagt werden kann¹²⁾; aber verlöre der Beurtheiler nur niemals die Möglichkeit aus den Augen, daß die Anzeigen trügen und der Angeklagte trotz derselben schuldlos sein könne, sei er

10) X. a. D. S. 192 fig.

11) E. X. Pfister, merkwürdige Criminalfälle mit besonderer Rücksicht auf die Untersuchungsführung. Th. I. Heibelb. 1814, und Frankf. 1822.

12) Wittermaier a. a. D. §. 59, 60.

der Wahrheit stets eingedenk: *nemo repente fait turpissimus*, und lasse er daher an umsichtiger Nachforschung es niemals fehlen, selbst da, wo er schon Gewißheit zu erblicken glaubt, und rufe er sich stets in's Bewußtsein, daß es dem Menschen nicht gegeben, Alles zu ergründen, und auch Gott sich ein Strafamt vorbehalten habe. Schön sind die Worte, die einst ein König in Frankreich zu den Richtern seines obersten Gerichtshofes sprach: Ihr sollt wissen, daß, wenn Gott nicht den augenscheinlichen Beweis eines Verbrechens zuläßt, Er euch nicht zu Richtern über dasselbe bestellt, sondern Sich Selbst das Richteramt vorbehalten hat, wie denn eben auf den Beweis durch Anzeigen auch die berühmten Worte Trajans (L. 5. D. de poenis (48. 19.) sich beziehen: *satius enim esse, impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem damnare.*

E. P. Gans.

Apostasie (*apostasia fidei*) ist der Abfall vom christlichen Glauben; das Vertauschen desselben mit den Judaismus oder dem Cultus des Heidenthumes. In ihr kann, von dem Standpuncte philosophischer Betrachtung aus, kein Verbrechen gefunden werden, da Jeder berechtigt sein muß, sich zu dem Glauben zu bekennen, in welchem er für sich größeres Heil und Beruhigung zu finden wähnt. Dagegen hat das canonische Recht, gemäß der Grundlehre der katholischen Kirche, welche, als die einzige, alleinseligmachende, ein Recht auf jedwedes Individuum anspricht, die Apostasie unter die sogenannten reingeistlichen Verbrechen und unter den Gesichtspunct der Kezerei gestellt¹⁾. Hierin kam ihm die Gesetzgebung der christlichen Kaiser zu Hülfe, indem sie (auch ihrerseits die ausschließliche Sendung der einen, katholischen Kirche anerkennend) an den Abfall den Verlust bürgerlicher Rechte und vielfache harte Strafen knüpfte, welche unter dem Artikel Kezerei im Zusammenhange mit den Bestimmungen des canonischen Rechtes darzustellen sein werden. Es ist jedoch vorläufig schon hier zu bemerken, daß sowohl diese bürgerlichen, als die kirchlichen Strafen der Verbrechen gegen das Dogma schon längst lebendige Theile der Rechtsordnung zu sein aufgehört haben²⁾. Dagegen besteht noch jetzt überall das Verbot, welches den Juden die Aufnahme christlicher Proselyten untersagt, ein Verbot³⁾, welches von dem Standpuncte des christlichen Staates aus keiner Rechtfertigung bedarf.

Als Apostasie wird in dem canonischen Rechte auch der eigenmächtige Rücktritt der höheren Geistlichen und der Religiosen in den Laienstand bezeichnet (*apostasia ordinis s. irregularitatis, apostasia religionis*). Die Letztere soll die Excommunication, Kerkerstrafe, und selbst nach erfolgter Rückkehr und geleisteter Buße die Sus-

1) C. 13. haer. in VI. (5. 2.)

2) A begg, Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft §. 578.

3) Vergl. z. B. für Preußen: Cab.-Ord. v. 19. Nov. 1814, Ministerialbesch. v. 10. März 1818, angef. von Eichhorn, Grundf. des R.-R. II. 212.

person der inzwischen etwa empfangenen Weihe nach sich ziehen ⁴⁾, während die Erstere, nach fruchtlos angewandten geistlichen Zwangsmitteln ⁵⁾, den Verlust der geistlichen Amts- und Standesrechte, sowie die Irregularität zur Folge hat. Aber auch hier hat die Strenge des Rechtes einer mildereren Ansicht weichen müssen; ein absoluter Zwang zum Wiedereintritt in den geistlichen Stand oder das Kloster wird mit Recht für unstatthaft gehalten ⁶⁾, da er weder der zwingenden Kirche, noch dem Gezwungenen zum Nutzen gereichen kann, und als Folge für die Verletzung der feierlich übernommenen Verpflichtungen tritt nur die Entziehung der an die eine oder die andere Art der letzteren gebundenen Standesrechte und die Verweigerung der kirchlichen Heilmittel ein. Dem evangelischen Kirchenrechte ist der Begriff der Apostasie unbekannt. Richter.

Appellation und Appellationsverfahren (*appellatio et processus appellatorius*). Die Appellation (Berufung) ist, in ihrem jetzigen gemeinrechtlichen Sattungsbegriffe, aufgefaßt, dasjenige Rechtsmittel, durch welches ein höheres Gericht (*iudex ad quem*) angegangen wird, einer beschwerenden Verfügung eines ihm unmittelbar subordinirten Untergerichtes (*iudex a quo*) durch eine neue Verfügung abzuhelfen. Nur unter einem in dieser Weise ausgedehnten Begriffe lassen sich alle einzelnen Arten der Appellation, die gemeinrechtlich begründet und angenommen sind, folgerecht subsumiren, wie sich aus der Darstellung ergeben wird.

Die Appellation findet sowohl in bürgerlichen als in peinlichen Rechtsfachen statt, und setzt in beiden Fällen ein geordnetes Instanzenverhältniß, wenigstens zwei Instanzen, eine höhere und eine dieser unmittelbar untergeordnete niedere, voraus. In Civilsachen sind in Deutschland regelmäßig ¹⁾ drei, in Strafsachen dagegen zwei Instanzen einander untergeordnet ²⁾.

Aus dieser Voraussetzung des Instanzenverhältnisses ergibt sich, daß die Appellation wesentlich das obrigkeitliche Verhältniß (das *imperium*) der Gerichte zugleich berücksichtige; was lediglich in der eigenthümlichen Verfahrensart bei derselben, in den dabei nothwendigen

4) Vergl. c. 1. 5. 6. de apost. (5. 9.) c. 2. no cler. vel mon. in VI. (3. 24.) conc. Trid. VI. 3. de ref. — Nach der angeführten Stelle des Sextus tritt die Excommunication *ipso iure* nur *dimisso habitu* ein; besondere Ordensstatuten und Privilegien können jedoch hier eine Erweiterung begründen.

5) C. 3. de apost. (5. 9.)

6) Vergl. v. Droste-Hülshoff Grunds. d. R.-R. II. 2. 145.

1) Eine Ausnahme begründet in vielen Ländern der sogenannte *privilegirte Gerichtsstand*, wenn nämlich die gewöhnliche zweite Instanz die *privilegirte erste* bildet: ein aus geschichtlichen Gründen hervorgegangenes Verhältniß, welches, an sich betrachtet, mehr eine Rechtsverkürzung, als eine *Berufung* ist.

2) Der Gebrauch der Rechtsmittel, welche das Subordinationsverhältniß nicht voraussetzen, ist durch diese Abstufung der Instanzen nicht bedingt, und darum meistens ausgedehnter.

Befehlen an den Unterrichter, seinen Grund hat, und woraus zugleich die Ursache erhellet, warum stets an den zunächst höheren Richter appellirt werden muß, indem nur dieser, als die höhere Obrigkeit, dem Unterrichter, als der unter ihm stehenden Obrigkeit, unmittelbar befehlen kann. Daß sich aber dieses hierarchische Instanzenverhältniß nur auf die obrigkeitliche Seite der Gerichte beziehe, wird aus der Erwägung klar, daß die Richter, in ihrer eigenthümlichen Function als Urtheiler (*ius dicentes*), in keinem Subordinationsverhältnisse stehen, sondern der unterste Richter eben so frei und unabhängig ist, wie der oberste; im Rechtsprechen es also nur ein erstes, zweites, etc., aber kein unteres, oberes etc. Urtheil geben kann, weil das Rechtsprechen eine rein wissenschaftliche Thätigkeit ist, die, auf geistigen Gesetzen beruhend, keinen äußeren Zwang verträgt.

Nach dieser allgemeinen Betrachtung über die Natur der Appellation wollen wir zuerst von der Berufung in bürgerlichen Rechts-sachen handeln; wobei sich das befolgte System aus den einzelnen Rubriken von selbst wird entnehmen lassen.

I. Geschichtliche Einleitung.

A. Römisches Recht³⁾.

1) Die oben erwähnte Eigenschaft der Appellation, daß sie wesentlich die obrigkeitliche Gewalt (das *imperium*) berücksichtige, war auch die einzige, welche ihr in bürgerlichen Angelegenheiten anfangs zukam. Denn eine materielle Prüfung einer durch Spruch (*sententia*) abgeurtheilten Sache (*res iudicata*) war zur Zeit des Freistaates ganz unstatthaft; die, vom Jurer als Geschworenen und von den durch die Parteien gewählten Schiedrichter, gefällte Entscheidung galt als Wahrheit⁴⁾ und gewährte, wie alle übrigen Obligationen, *actio* und *exceptio*; nur durfte der Spruch selbst nicht etwa nichtig sein⁵⁾. Ein ordentliches Rechtsmittel gegen eine *sententia iniqua* gab es also damals nicht⁶⁾. Zu dieser Zeit war daher die Appellation bloß ein Anrufen einer mit *imperium* oder *potestas* versehenen Behörde, um eine verletzende Verfügung einer anderen zu entkräften, deren Vollführung zu hemmen.

3) Pauli S. R. 32—37. D. 49. tit. 1—7. u. 9—13. Cod. Theod. 11. tit. 29—38. Cod. Just. 7. tit. 61. 62. 65—70. Nov. 23. 126. Fr. Car. Conradi, *ius provocationum ex antiquitate Romana erutum* (Lips. 1723. — *Scripta minora* ed. Pernice Vol. I. n. 1.) Schweppe, *R. Rechtsgeschichte* (2. Ausg.) S. 584. flg. Heffter, *Instit.* S. 449 flg. Zimmern, *R. Rechtsgesch.* Bd. III. S. 169 flg. Linde, *Handb.* Bd. IV. S. 31 flg. Bes. Bethmann-Hollweg, *Handbuch des Civilproz.* I. Bd. I. Abth. (Bonn 1834.) S. 32 flg. S. 347 flg. — Wilh: Rein, *das R. Privatrecht* etc. (Leipzig 1836.) S. 517 flg.

4) L. 25. de statu hom. (1. 5.) — M. s. bef. Keller, über *Citiscont.* und *Einred.* (Zürich 1827.) S. 197 flg. Bethmann-Hollweg a. a. D.

5) Heffter g. a. D. S. 247 flg. Rein a. a. D. S. 480 flg.

6) Die *restitutio in integrum* hatte wohl nicht die Ausdehnung, welche ihr Zimmern a. a. D. S. 500 gibt, und die *sententiae revocatio in duplum* (Cic. pro Flacco, cap. 21.) gehört gar nicht in die Zeit der Republik.

Denn dazu war jeder Magistrat, welcher der verfügt habenden ~~Behörde~~ gleich oder höher als diese stand, befugt; er konnte intercediren, sein Veto einlegen, aber keine andere materielle Verfügung erlassen, weil alle Behörden unabhängig nebeneinander standen. Eine solche Intercession konnte hiernach in Civilsachen nur dem verurtheilten Beklagten, nicht aber auch dem abgewiesenen Kläger nützen, der also vergeblich appellirt haben würde. — Die durch wirkliche Intercession, welche übrigens sowohl in einer Verletzung des materiellen Rechtes als in einem fehlerhaften Verfahren ihren Grund haben konnte, herbeigeführte Hemmung des verlegenden Beschlusses dauerte so lange, bis eine gütliche Verständigung unter den dissentirenden Magistraten oder die Abänderung des Beschlusses selbst durch die Behörde, welche ihn erlassen hatte, derselben ein Ende gemacht haben mochte⁷⁾. In den Provinzen war, nach der Natur ihrer Einrichtung, diese Appellation um Intercession wohl nur gegen die *minora iudicia*, nicht aber gegen die Vorsteher derselben möglich.

2) Erst zur Zeit der Kaiser bildete sich die Appellation in ein eigentliches Rechtsmittel aus, kraft dessen nun der Appellant nicht mehr ein bloßes Hemmen der nachtheiligen Verfügung, sondern auch eine materielle Abänderung derselben bewirken konnte. Der Kaiser nämlich, dem alle Obrigkeiten des Reiches unterworfen waren und neben diesem höchsten imperium auch die oberste (letzte) *iurisdicatio* zugestanden wurde, konnte nicht bloß vermöge des ersteren — der nun bleibend mit ihm vereinigten tribunizischen und proconsularischen Gewalt — den obrigkeitlichen Verfügungen intercediren, sondern diese auch vermöge der letzteren reformiren. Zur Erlangung dieser realen Rechtshilfe war aber auch ein gesetzlich bestimmtes Verfahren erforderlich, da die materielle Beurtheilung der gegen die verlegendende Verfügung vorgebrachten Beschwerde ohne Prüfung dieser letzteren nicht erfolgen konnte. In dieses Verfahren wurde nun schon durch August⁸⁾ die alte, bloß auf Intercession gerichtete, Appellation umgestaltet und eben dadurch in ein wahres Rechtsmittel verwandelt, mittels dessen man von nun an gegen alle Verfügungen der Magistrate bei dem Kaiser, oder bei seinen Stellvertretern und dann erst bei ihm selbst, ebenso gegen die Verfügungen der Municipalsobrigkeiten bei dem Provinzialstatthalter, und sogar gegen den Juber bei dem Magistrate, welcher ihn bestellt hatte, Beschwerde führen und materielle Abhilfe derselben bewirken konnte. Durch diese neue Verfahrensform wurde erst eine hierarchische Stufenfolge aller gerichtlichen Instanzen bis hinauf zur höchsten, dem Kaiser, herbeigeführt; wobei jedoch die hierarchische Steigerung bloß im imperium lag, welches bei jeder Stufe stets hemmend eintreten mußte, um die neue materielle Prüfung und so das wiederholte *ius dicere* möglich zu machen. Denn durch diese Umgestaltung oder vielmehr Ausdehnung der Appellation fiel die alte hemmende Intercession nicht nur nicht weg, sondern erlangte sie vielmehr

7) Heffter a. a. O. S. 450.

8) Sueton. Vit. Octav. Cap. 33.

eine wesentliche Erweiterung, indem sie von nun an nicht bloß den weiteren Fortgang der Sache, wie früher, sondern auch den Eintritt der Rechtskraft der verlegenden Sentenz hemmte; wodurch sich die neue Umbildung der Appellation — als eines eine materielle Reformation der beschwerlichen Verfügung bezweckenden Rechtsmittels — mit den früheren Ansichten von *res iudicata*, wenigstens in den Fällen, wo eine solche sonst wirksam eintrat — und diese waren nach späterer Ausbildung die einzigen, in welchen Appellation stattfand — allein in Zusammenhang und Einklang bringen ließ. Denn Grundsatz blieb es fortwährend, daß gegen eine rechtskräftige Entscheidung keine Appellation stattfinden, diese mithin niemals rescissorische Kraft haben sollte. Die weiteren geschichtlichen Momente des römischen Rechtes, welche sich auf die Zulässigkeit und das Verfahren der Appellation beziehen, werden, insoweit es zum richterlichen Verständnisse dieses Rechtsmittels beiträgt, an den gehörigen Orten berührt werden⁹⁾.

B) Canonisches und deutsches Recht.

1) Das canonische Recht¹⁰⁾ nahm die Appellation ganz in dem Sinne des römischen Rechtes auf, und dehnte, ohne an der Form des Verfahrens eine wesentliche Veränderung bestimmt zu haben, bloß die objective Statthaftigkeit derselben aus; wobei das ausgebildete Instanzverhältniß in der Kirchenverfassung nicht ohne Einfluß blieb.

2) Nach dem deutschen Rechte¹¹⁾ war zur Zeit der Volksgesetze eine Appellation schon deshalb unmöglich, weil es keinen höheren Richter gab, und keinen solchen geben konnte, da bei demokratischer Verfassung das Volk selbst das höchste imperium ausübt. Zudem war, da das Recht im Volke lebte und mit diesem sich fortbildete, kein äußeres Gesetz vorhanden, gegen dessen Verletzung hätte Beschwerde geführt werden können; die Urtheiler fanden nicht bloß das Urtheil, sondern auch das Recht, worauf sie jenes gründeten. Nur ein Leugnen des Urtheiles

9) Nur auf diesem Wege wird es möglich, Wiederholungen selbst in den Rubriken zu vermeiden.

10) Decret. Grat. C. II. qu. 6. Decret. L. 2. tit. 28. Sext. L. 2. tit. 15. Clem. lib. II. tit. 12. Peffter a. a. D. S. 458. Einde, Handbuch IV. §. 33.

11) L. Wisigoth. L. 2. tit. 1. L. Alem. tit. 41. §. 2. tit. 94. L. Longob. L. II. tit. 59. Pactus leg. Sal. LX. §. 1. — Cap. 2. a. 805. cap. 8. — Sächs. Landr. Bb. II. Art. 12. §. 4 flg. Richtsteg Landr. Cap. 43. 50. — Sächs. Weichb. Art. 74. — R. G. D. v. 1495. §. 9. 20, v. 1500. Tit. 15. 18. 120. v. 1507. Tit. 2. 3. v. 1523. Tit. 4. 5. v. 1524. Tit. 21. und v. 1555. Th. H. Tit. 28—31. (Concept. d. R. G. D. Tit. 31—34.) Dep.-Absch. v. 1600. §. 14. u. 98—114. J. R. X. §. 58—75. 164. B. Cap. v. 1792. Art. 14. §. 3. R. Pöfr. D. Tit. 2. — G. Keferstein, ius provocationum plurium Germaniae populor. usque ad Caroli M. aetatem. Hal. 1775. G. L. Boehmer, electa iur. civ. (Goett. 1777.) T. II, p. 13 sq. — J. Kohestock, de provocatione apud Germanos usque ad secul. XI. Berol. 1831. Siehe noch Einde Lehrb. (4. Ausg.) §. 400, u. Handb. IV. §. 34. Peffter, S. 459. Nr. 9. Wittermaier, der gem. deutsche Bürger. Proz. 3. Beitr. S. 5 flg. (2. Ausg.)

war, so lange es an schriftlicher Beurkundung desselben fehlte, möglich und insofern eine Ueberweisung des Leugnenden nöthig. Bei ausgebildeter Schöffenverfassung kam zwar die Scheitlung des Urtheiles vor; diese war aber keine Appellation an einen höheren Richter¹²⁾, den es gar nicht gab, da das Urtheilsfinden nur von Standesgenossen geschehen konnte, sondern eigentlich ein Angriff gegen die Urtheiler selbst¹³⁾, der eben wegen Ermangelung eines höheren Richters (Urtheilercollegiums) zum Kampfe, d. i. Gottesgerichte führen mußte¹⁴⁾. Schon hieraus wird es klar, daß die in den Capitularien¹⁵⁾ erwähnte Berufung vom comes an den missus und von diesem an den König, wenigstens in den teutschen Provinzen des Reiches, kein gescholtenes Urtheil in Civilrechtsfachen, sondern nur Regierungsangelegenheiten¹⁶⁾ — Duereien gegen den comes als Obrigkeit — zum Gegenstande haben konnte, da der comes und missus nur Regierungsbeamten (Obrigkeiten und der missus nur eine temporäre) waren, die kein Urtheil fällen durften, von Schöffen aber, die unter des missus Leitung geurtheilt hätten, in den Capitularien nirgends die Rede ist, noch sein kann, weil der Begriff von Standesgenossen, die bereits geurtheilt haben, jede Unterordnung ausschließt, und der König selbst endlich nur die optimates als Schöffen zum Rechtsprüche versammeln konnte, der nur wieder die Rechtsache eines Großen zum Gegenstande haben durfte. Selbst die Berufungen in Lehnssachen an den Oberlehnsheern waren keine eigentlichen Appellationen, sondern eher Duereien, da sie in der Regel nicht den materiellen Inhalt der Urtheile unmittelbar anfochten, sondern meistens Rechtsverweigerung betrafen, oder den Rechtsbestand des Urtheiles durch die Behauptung angriffen, daß der erste Gerichtshof nicht gehörig besetzt gewesen sei¹⁷⁾. Auch die zur Prüfung gescholtener Urtheile gewählten Oberhöfe waren, obwohl ihre Aussprüche verbindende Kraft hatten, keine Appellationsgerichte, da sie kein imperium über die Gerichte der ersten Instanz hatten. Sie übten vielmehr blos mandirte Gerichtsbarkeit aus, etwa in der Weise, wie heutzutage die Spruchcollegien bei der Actenversendung, wenn nicht devolutive Rechtsmittel ergriffen worden sind. Ueberhaupt konnte von einer eigentlichen Appellation so lange keine Rede sein, als die Urtheilsfällung durch Standesgenossen geschah, und das Instanzenverhältniß noch nicht hierarchisch geordnet war. Erst die Einführung (oder vielmehr Eindringung) des fremden Rechtes machte das Erstere unmöglich, da den Standesgenossen dieses neue Recht unbekannt

12) Maurer, Gesch. des altgerm. r. Gerichtsverfahrens (Heidelberg 1824.) S. 21, 84.

13) J. Grimm, t. Rechtsalterth. (Gött. 1828.) S. 865.

14) Rogge, über das Gerichtsves. der Germanen (Halle 1820.) S. 91. Rittermaier a. a. D. S. 12 flg.

15) Capit. lib. II. cap. 26. Capit. Ludov. Pii a. 829. cap. 24.

16) J. D. Meyer, esprit, origine et progrès des institutions judiciaires etc. Vol. I. p. 456. not.

17) Meyer, esprit etc. Vol. III. chap. 19. Buchner, das öffentl. Gerichtsverfahren (1825.) S. 102 flg.

war, und das Letztere nothwendig, weil der hierarchische Instanzenzug als ein wesentlicher Bestandtheil des fremden Rechtsverfahrens erschien. Die in Teutschland allenthalben vorhandenen geistlichen Gerichte dienten bei dieser Umgestaltung zum Muster, wie überhaupt die teutsche Staatsverfassung sich nach dem Vorbilde des Kirchenregimentes ausbildete. Bei den geistlichen Gerichten konnte man sich zudem von dem fremden Rechtsverfahren practische Anschauung verschaffen, und es war daher sehr natürlich, daß die weltlichen Gerichte auch dieses Verfahren zum Vorbilde nahmen. Diese Umgestaltung, welche hauptsächlich durch die Auflösung des alten Gauverbandes veranlaßt wurde, erfolgte, wie jede aus den geschichtlichen Verhältnissen sich hervorbildende Neuerung, nur allmählig, und nicht überall in gleichem Umfange, indem namentlich im nördlichen Teutschland, das stets an dem Einheimischen fester hing, als das südliche, gar Vieles von den alten Einrichtungen stehen blieb oder sich doch neben den neuen erhielt. Wenn auch die hohe Vorstellung, welche man von der mit der Kirche innigst verbundenen Gewalt des Kaisers, als Nachfolgers der römischen Imperatoren, hatte, zur Anerkennung und Erweiterung der kaiserlichen Jurisdiction wesentlich beitrug, die noch durch den Umstand erhöht wurde, daß während der Zeit des Faustrechtes die wenigsten Gerichte im Stande waren, ihre Urtheile zu vollziehen, und schon bei den kaiserlichen Kammer-, Land- und Hofgerichten Formen des fremden Rechtes Eingang fanden; so ward doch der Sieg desselben und der damit verbundenen hierarchischen Gerichtsverfassung erst durch die Errichtung des Reichskammergerichtes (1495) vollständig entschieden, indem dieses seinem Zwecke gemäß das oberste Appellationsgericht in Civilrechtsachen für das ganze Reich im Sinne des fremden Rechtes sein sollte, dessen Verfahren es auch, wie dieses bei den geistlichen Gerichten im Gebrauche war, zu befolgen hatte. Denn jetzt war ein Gericht vorhanden, welches, als höchste gerichtliche Obrigkeit im Reiche, alle Territorialgerichte, als gerichtliche Landesobrigkeiten, über sich anerkennen mußten, und damit die Nothwendigkeit begründet, das Prozeßverfahren bei diesen Gerichten ebenfalls nach dem fremden Rechte umzubilden. Von nun an hatte die Gesetzgebung des Reiches und der Territorien, sowie die Doctrin und Praxis lediglich die Aufgabe, die fremden Rechte mit den einheimischen Verhältnissen, oder diese mit jenen in Einklang zu bringen, wobei man eben nicht immer auf die zweckmäßigste Weise zu Werke ging, und namentlich in den Territorien die Reform bei den höheren Gerichten zuerst begann, was sich nur aus der größeren Wichtigkeit derselben, die sie insbesondere als privilegierte Gerichte erster Instanz (ein Nachhall der alten Pársgerichtseinrichtung) hatten, erklären läßt, und dann erst sich zu den Niedergerichten wandte¹⁸⁾. Das Wesen der Appellation erlitt bei dieser Ueberpflanzung auf teutschen Boden keine Veränderung, wie es bei der unbegrenzten Hochachtung, die man dem fremden Rechte

18) Mittermaier a. a. D. S. 5 fig.

zollte, nicht anders zu erwarten war. Auch das Verfahren hatte sich im Wesentlichen derselben Gunst zu erfreuen, und diente sogar dem Verfahren bei den vorzugsweise aus einheimischen Verhältnissen hervorgegangenen nicht devolutiven Rechtsmitteln, insoweit es anging, als Vorbild und Grundlage.

C. Resultat — Verhältniß der Quellen — Doctrin und Praxis.

Die Appellation verdankt demnach ihren Ursprung und ihre Hauptlehren dem römischen Rechte, welches daher die vorzüglichste Quelle derselben bildet, indem das canonische Recht dieses Rechtsmittel in der Gestalt, welche es im römischen Rechte erhalten hat, in sein System aufnahm, und bloß nach diesem modificirte. Die Reichsgesetzgebung erkannte beide Quellen an, und traf da, wo es die einheimischen Verhältnisse nöthig oder räthlich machten, wieder ihre besonderen Bestimmungen. Dadurch ist zugleich das Verhältniß dieser Quellen zu einander gegeben. In den Normen nämlich, die einer jeden dieser Quellen eigenthümlich sind, geht im Zweifel die Quelle vor, welcher die fragliche Norm angehört; wo dagegen das canonische Recht oder die Reichsgesetze aus dem römischen Rechte geschöpft haben und sichtlich nur das darin Festgesetzte wieder geben wollten, ist ein etwa gebliebener Zweifel aus dem römischen Rechte zu entscheiden, und bei zweifelhaften Bestimmungen der Reichsgesetze da, wo diese eine dem canonischen Rechte angehörige Lehre betreffen, dieses als letzte Entscheidungsquelle zu befolgen. Das Streitige in der Lehre von der Appellation hat daher seinen Grund theils in der Art der Auffassung und Erklärung der angeführten Quellen an sich, und theils in der Verschiedenheit der Ansichten über die Anwendbarkeit und das gegenseitige Verhältniß derselben. Das Richtige in allen diesen Punkten zu ermitteln und dadurch das Streitige wahrhaft durch rechtlich und geschichtlich haltbare Grundlagen auszugleichen, ist die Aufgabe der Doctrin, deren eigentlicher Werth nur in der inneren Wahrhaftigkeit, nicht aber in der oft zufälligen oder gar auf Respect und Bequemlichkeit beruhenden Uebereinstimmung vieler besteht. Und die wahre Praxis, soll sie nicht einer höheren Grundlage entbehren, darf nur die im wirklichen Leben sich manifestirende und so durch die That sich bewährende Doctrin sein.

II. Zulässigkeit der Appellation.

A. Allgemeine Bedingungen der Zulässigkeit.

Die Zulässigkeit der Appellation setzt im Allgemeinen voraus: 1) das Dasein einer gerichtlichen Verfügung, welche in einer Civilrechtsache eine solche prozessuale oder materielle Bestimmung enthält, die, wenn kein Rechtsmittel dagegen gebraucht wird, in eine für die Betheiligten unabänderliche Norm übergeht. Die Verfügung darf daher a) keine bloße ungebührliche Handlung des Richters als Obrigkeit enthalten, die zwar für eine Partei beleidigend oder kränkend ist, aber auf die Rechtsache selbst gar keine Beziehung hat. Denn

eine solche Verfügung begründet zwar eine Klage oder wenigstens eine Querel gegen den Richter, aber keine Appellation, die immer eine Sachverfügung voraussetzt, und daher cumulativ mit der Querel dann stattfindet, wenn die beleidigende Verfügung zugleich von Einfluß auf die Rechtsache ist¹⁹⁾. Die Verfügung darf b) nicht an sich nichtig sein. In diesem Falle ist die Berufung zwar nicht ausgeschlossen²⁰⁾, wenn die Verfügung, abgesehen von ihrer Nichtigkeit, beschwerlich ist, aber nicht nothwendig, weil in diesem Falle auch ein außerordentliches Rechtsmittel nach Eintritt der formellen Rechtskraft gestattet wird, die, wenn man gar kein Rechtsmittel gebraucht, jedenfalls auch materielle Rechtskraft erlangt, weil die Nichtigkeit so lange nicht rechtlich ermittelt ist, als sie nicht durch die competente Behörde anerkannt und ausgesprochen wird, und somit selbst das an sich Nichtige bei nicht erfolgter Anfechtung durch die stillschweigende Zustimmung der Beteiligten verbindende Kraft erlangt. Ist c) die Verfügung dunkel²¹⁾, sei es ganz unverständlich oder doch mehrdeutig, so kann man zwar zunächst bloß um Erläuterung nachsuchen, aber mit dieser auch die Berufung eventuell verbinden, was dann sogar geschehen muß, wenn die Verfügung in einer der möglichen Auslegungsweisen eine Beschwerde enthält, und nur durch ein ordentliches Rechtsmittel an der Beschreitung der Rechtskraft gehindert werden kann, weil sonst der Beschwerde, welche etwa selbst in dem erklärten Sinne der Verfügung enthalten sein sollte, nicht mehr abzuhelpen ist. 2) Die richterliche Verfügung muß für die Partei, welche appelliren will, eine Beschwerde (gravamen) enthalten, d. h. das Decisivdecret (Erkenntniß) muß der Partei in den entscheidenden Worten, die allein der Rechtskraft fähig sind, entweder ein wenigstens vermeintliches Recht aberkennen, oder eine vermeintlich nicht begründete Verbindlichkeit auflegen, oder einen vermeintlich zu entscheiden gewissen Streitpunct unentschieden lassen, oder doch überhaupt in Bezug auf alle bei der Sache in Betracht kommende Momente, diese mögen bereits zu den Acten gebracht sein, oder erst noch zu denselben gebracht werden können, den Rechten nicht gemäß sein; ein einfaches Decret aber, es sei in einer streitigen oder nicht streitigen Civilrechtsache erlassen, ein vermeintlich begründetes Begehren abzuschlagen, oder einem unbegründeten Antrage stattgeben. Die Beschwerde muß bereits zugesügt und nicht etwa bloß zu besorgen, mithin die Verfügung wirklich erlassen sein. Denn die sogenannte blinde Appellation, d. i. die vorläufige Berufung gegen eine noch nicht erlassene Verfügung, somit wegen eines gravamen futurum, ist unzulässig²²⁾.

19) Gönner, Handb. Bd. III. Abh. 68. §. 5.

20) Non debet, cui plus licet, quod minus est, non licere. L. 21. D. de R. J. (50. 17.) Martin, Lehrb. des Civilproz. §. 277.

21) Vergl. Linde, Handb. IV. §. 55.

22) C. 2. 18. X. de appell. (2. 28.) Clem. 3. de appell. (2. 12.) Linde, im Arch. für civ. Prax. Bd. XIX. S. 2.

3) Die richterliche Verfügung darf noch nicht zur unabänderlichen Norm geworden sein. a) Das Decisivdecret darf demnach noch nicht die Rechtskraft beschritten haben, und die Hemmung derselben nicht rechtlich unmöglich sein, sei es, weil kein höherer Richter für die fragliche Sache mehr vorhanden, oder die Appellation aus einem besonderen Grunde unzulässig ist (s. unter B). b) Das einfache Decret, es mag eine streitige oder nichtstreitige Rechtsfache betreffen, darf nicht von dem durch dasselbe Beschwerten ausdrücklich oder stillschweigend anerkannt, oder von einem Richter erlassen worden sein, welcher in der fraglichen Sache keinen höheren Richter mehr über sich hat.

B. Insbesondere hinsichtlich der richterlichen Verfügungen.

1) Das römische Recht²³⁾ stellte für Streitige Civilrechtsfachen den Grundsatz auf, daß nur gegen Definitivurtheile appellirt werden dürfe. Die Berufung gegen bloß prozessleitende Decrete (appellatio a proiudicio s. articulo s. interlocutione) war schon vor Justinian bei Geldstrafe verboten²⁴⁾, ausgenommen: 1) wegen Incompetenz des Richters, 2) wenn eine peremptorische Einrede verworfen, 3) die Zulassung der Klage versagt, oder 4) eine Frist zur Anschaffung von Beweismitteln abgeschlagen wurde²⁵⁾. Erst Justinian verbot²⁶⁾ jede Appellation vor dem Endurtheile bei Strafe von 50 Pfund Silber, ohne die erwähnten Ausnahmen in seinen Codex aufzunehmen. Dieses Verbot beabsichtigte jedoch keine Verkürzung der Rechtshilfe, sondern bloß Vermeidung von unnöthigen und deshalb verzögerlichen Appellationen²⁷⁾, indem es davon ausging, daß man jede im Verlaufe des Verfahrens zugefügte Beschwerde bei der Berufung gegen das Endurtheil geltend machen könne²⁸⁾. Wo daher dieses nicht angeht, muß man die Appellation auch vor dem Endurtheile ausnahmsweise für zulässig erklären. Ein solcher Fall trat namentlich ein, wenn der Richter verdächtig war²⁹⁾, wenn ein präjudicieller Nebenpunct definitiv entschieden³⁰⁾, und wenn der Richter bei der Vollziehung eines rechts-

23) M. f. Zimmern, III. §. 170 u. 173. Bethmann-Hollweg, a. a. D. S. 351 fig.

24) L. 1. 2. u. 3. Cod. Theod. quor. app. (11. 36.) noch andere Stellen bei Bethmann-Hollweg S. 352. Note 7.

25) L. 18. u. 23. Cod. Theod. quor. app. (11. 36.) L. 37. Cod. Theod. de app. (11. 30.)

26) Das Gesetz selbst ist bis jetzt nicht aufgefunden, siehe jedoch L. 21. u. 36. Cod. de app. (7. 62.) L. 16. Cod. de iud. (3. 1.) L. ult. Cod. de sent. (7. 45.)

27) Ueber verzögerliche Appellationen (moratoriae appellationes) s. Einl. c, Handb. IV. §. 32.

28) L. 36. Cod. de app. (7. 62.) — Neque enim laeditur quis, si interea facta fuerit interlocutio, quae illi denegat ius competens —; potest enim in appellatione (contra sent. def.) omnia denudare etc.

29) L. 30. Cod. de app. (7. 62.) vergl. mit L. 58. Cod. Theod. de app. (11. 30.) S. inde in der Zeitschrift für Civilt. 1c. Bb. IV. S. 2.

30) J. B. L. 29. D. de minor. (4. 4.) L. 2. D. de app. (49. 5.)

kräftigen Urtheiles den gesetzlichen *ordo executionis* nicht beachtete ³¹⁾.

Außerdem konnte man auch gegen Verfügungen in nicht streitigen Rechtsfachen zur Appellation seine Zuflucht nehmen; namentlich gegen die Uebertragung von *munera* und *honores* in den Municipien, um seine Entschuldigungsgründe geltend zu machen, und gegen die Verwerfung der gegen die Uebertragung einer Vormundschaft vorchriftsmäßig vorgebrachten Excusationen ³²⁾.

2) Das canonische Recht ³³⁾ suchte das Gebiet der Appellationen über die Gebühr auszudehnen. Es ließ dieses Rechtsmittel nicht bloß gegen jede mögliche Verfügung eines Richter in einer streitigen Rechtsfache, ohne Unterschied zwischen Definitivurtheilen und Interlocuten ³⁴⁾, sondern auch gegen jede beschwerende Verfügung eines Richters oder einer anderen Behörde in nichtstreitigen Sachen ³⁵⁾, ja sogar eine *appellatio generalis* gegen alle Beschwerden zu, die ein Richter in einer Sache zufügen könnte ³⁶⁾. Es erklärte jedoch die Appellation für nochwendig bloß gegen Endurtheile ³⁷⁾, und solche Beurtheile, deren Inhalt weder der Hauptsache nach präjudicirt, noch an sich wichtig ist, indem eine durch derartige Interlocute zugefügte Beschwerde durch die Appellation gegen das Endurtheil nicht mehr gehoben werden könne ³⁸⁾. In allen übrigen Fällen war die Berufung zwar zulässig, aber deshalb unnöthig, weil den etwa zugefügten Beschwerden bei der Appellation gegen das Endurtheil abgeholfen werden durfte ³⁹⁾. Hieraus folgt, daß nach canonischem Rechte eine Berufung gegen ein Beweisinterlocut nicht nothwendig sei ⁴⁰⁾.

Das tridentinische Concilium ⁴¹⁾ ließ jedoch wieder die Appellation nur gegen Endurtheile und solche Interlocute zu, welche die Kraft eines Endurtheiles haben oder eine Beschwerde enthalten, die durch die Appellation gegen das Endurtheil nicht mehr gehoben werden kann.

31) L. 21. Cod. de app. (7. 62.) L. 5. Cod. quor. app. (7. 65.)

32) L. 1. §. 1. u. 2. D. quando app. (49. 4.) — Peffter, Inst. S. 482.

33) M. f. Linde, Handb. IV. §. 33. und in der Zeitschrift, a. a. D. S. 3 flg.

34) C. 5. 12. X. de app. (2. 28.) C. 1. de app. in VI. (2. 15.)

35) C. 5. 12. X. de app. c. 8. de app. in VI. clem. 3. de app. (2. 12.)

36) C. 18. X. de app. (2. 28.) clem. 3. de app. (2. 12.) vergl. c. 2. de app. (2. 28.)

37) C. 12. 44. X. de app. c. 1. de app. in VI. (2. 15.)

38) C. 12. de app. in VI. (2. 15.)

39) C. 12. de app. in VI. (2. 15.)

40) Das kurhess. Prozeßgesetz vom 16. Sept. 1834, hat im §. 34. die Berufung gegen Beweisinterlocute für unstatthaft erklärt. Ueber eine solche Bestimmung s. Gensler, Comment. zu Martin zu §. 266. (Morstadt's Ausg.) Bd. II. S. 124 flg. — Linde, Handb. IV. §. 77. Mittermaier, II. Beitr. (2. Aufl.) S. 142 flg. und III. Beitr. S. 46.

41) Sess. 24. c. 20.

3) Die teutsche Reichsgesetzgebung ⁴²⁾ sprach die im tridentinischen Concil festgesetzte Beschränkung schon vor diesem aus ⁴³⁾, und bestätigte sie auch nachher ⁴⁴⁾. Allein dieser klaren Gesetzesbestimmungen ungeachtet befolgte man in der Praxis die Vorschriften des canonischen Rechtes vor dem tridentinischen Concil und gestattete die Appellation gegen alle richterlichen Decrete ohne Unterschied ⁴⁵⁾, wozu außer der Schwierigkeit, die in den Gesetzen gemeinten appellablen Decrete auszumitteln, die irrige Auslegung der Reichsgesetze, in denen man eine Bestätigung des canonischen Rechtes finden wollte ⁴⁶⁾, Veranlassung gab.

4) Dem Bisherigen zufolge ist demnach gemeinrechtlich die Appellation A) in streitigen Civilrechtsachen zulässig: I) gegen Endurtheile, welche nicht ipso iure rechtskräftig werden. Dies ist der Fall: a) wenn kein höherer Richter mehr vorhanden, oder das Erkenntniß von dem höchsten Richter gefällt worden ist; b) wenn das Urtheil blos die Folge eines abgeleiteten Haupttheides ausspricht ⁴⁷⁾, oder c) nur ein eventuell bereits gefälltes Urtheil nach einem geleisteten oder verweigerten richterlichen Eide purificirt ⁴⁷⁾. Die Appellation ist sodann auch zulässig, II) gegen Interlocute (Zwischenbescheide) ⁴⁸⁾, sie mögen vor der Litiscontestation oder im Verlaufe des Processes erlassen worden sein. Hinsichtlich der Zulässigkeit treten, unter der Voraussetzung der Appellabilität der Sache, zwar nach dem, in der Praxis befolgten canonischen Rechte, hier gar keine Beschränkungen ein. Allein die Reichsgesetze ⁴⁹⁾ gestatten sie nur in solchen Fällen, wo die Beschwerde durch die Appellation gegen das Endurtheil nicht mehr gehoben werden kann. Und wenn auch die Reichsgesetze selbst in diesen Fällen die Appellation nur für zulässig, nirgends aber für noth-

42) Linde, Handb. IV. §. 34. Bayer, Vorträge (Ausgabe 1830.) S. 467.

43) C. G. D. v. 1495. §. 20.

44) C. G. D. v. 1555. Th. II. Tit. 28. §. 6. Tit. 29. §. 3. u. 4. Th. III. Tit. 31. §. 10. u. 11. R. X. v. 1570. §. 91. R. D. X. v. 1600. §. 113. Z. R. X. §. 58.

45) S. Mittermaier, a. a. D. S. 37 fig. — Boghmer, J. E. Pr. II. 28. 10.

46) R. f. z. B. noch Gdnner, Handbuch III. Abh. 61. §. 29. und Reinhardt, Handb. des Proz. Bd. II. §. 350.

47) L. 12. §. 3. Cod. de reb. cred. (4. 1.) Das Gesetz spricht zwar nur dem Deferenten jedes Rechtsmittel ab; allein wegen der transactorischen Natur dieses Eides nach R. R. muß der Grund der Inappellabilität nicht blos in der Eidesrelatation, sondern in dem Eide selbst, als einem Transacte, gesucht werden. Die Anwendbarkeit dieser Bestimmung kann, wenn man diesen Eid blos als Beweismittel auffaßt, bezweifelt werden. Die Frage: ob das Urtheil wirklich nicht weiter gehe, als beschworen worden, kann entschieden Gegenstand einer Appellation werden.

48) Andere, meistens hierher gezogene Fälle, werden an ihrem eigentlichen Orte erwähnt werden.

49) R. f. Linde, Handb. IV. §. 35., und besonders in der Zeitschrift a. a. D. S. 8 fig. und S. 217 fig.

50) C. G. D. v. 1495. §. 20. C. G. D. v. 1555. Th. II. Tit. 28. §. 6.

wendig erklären, so erscheint sie in denselben doch zugleich auch als nothwendig deshalb, weil die etwaige Beschwerde bei der Appellation gegen die Definitivsentenz nicht mehr vorgebracht werden kann, mithin ohne besondere Berufung keine Abhilfe finden, also ein gravamen irreparabile sein würde. Zwar lassen die Reichsgesetze⁵¹⁾ die Appellation gegen Interlocute mit der Kraft eines Endurtheiles unbedingt zu; da sie aber den Begriff dieser Interlocute nirgends feststellen, so ist dadurch der Zweifel nicht gehoben, noch weniger ein Princip dafür gefunden, ob, und in welchen Fällen eine Berufung gegen andere Interlocute nöthig sei? Ein Aufzählen der einzelnen Fälle⁵²⁾ ohne ein solches Princip ist aber eine vergebliche Mühe und unwissenschaftlich. Der von Linde⁵³⁾ aufgestellte Grundsatz: die Zulässigkeit der Appellation von Beurtheilen hängt von dem Umfange der Befugniß des höheren Richters ab, bei Gelegenheit der Appellation von dem Endurtheile die durch Beurtheile von dem unteren Richter zugesügte Beschwerde aufzuheben, enthält noch weniger eine Lösung des Zweifels, in dem er blos die Unbestimmtheit wiederholt, die in den Reichsgesetzen liegt. Denn das ist eben die zu lösende Frage: welchen Umfang jene Befugniß habe? Und wenn Linde hierbei auf den Gebrauch der Gerichte verweist, so mag dieses zwar für die Praxis in einem einzelnen Lande genügen, ist aber für die Theorie des gemeinen Processes dadurch gar nichts gewonnen. Am Sichersten führt noch immer der von der Doctrin in neuerer Zeit aufgestellte Unterschied zwischen einfachen und Decisivdecreten zum Ziele. Letztere, welche nämlich einen Punct, worüber beide Theile gehört worden sind, worüber also Antrag und Vernehmung (Litiscontestation) stattgefunden haben, definitiv entscheiden, machen immer eine sofortige selbstständige Appellation nothwendig, weil sie, als endliche Entscheidungen irgend eines, nur nicht in der Hauptstreitfrage bestehenden Punctes, in derselben Weise, wie die Endurtheile, d. i. die die Hauptstreitfrage selbst völlig decidirende Decrete, in Rechtskraft übergehen, nach deren Eintritt der entschiedene Punct so wenig mehr angefochten werden kann, als die rechtskräftig entschiedene Hauptstreitfrage. Eine durch ein solches Decret zugesügte Beschwerde kann also bei der Appellation gegen das Endurtheil nicht mehr gehoben werden, es wäre denn — was jedoch nicht leicht der Fall sein wird — das Decret selbst noch nicht rechtskräftig geworden.

Alle Decisivdecrete haben die Kraft eines Endurtheiles (vim definitivae), da sie sich von diesem nur durch die objective Beschaffenheit des entschiedenen Streitpunctes unterscheiden, den Punct aber, welchen sie zum Gegenstande haben, ebenso definitiv und mit derselben Fähigkeit der Rechtskraft erleben, wie das Endur-

51) C. G. D. v. 1555. Th. II. Tit. 29. §. 3. u. 4. u. Th. III. Tit. 31. §. 10. u. 11.

52) M. f. z. B. Herm. Vultejus, de iudiciis lib. IV. c. 2. p. 631.

53) In der Zeitschrift a. a. D. C. 16. Handbuch IV. §. 35 fig. Lehrbuch §. 412.

theil die Hauptstreitfrage und damit den Streit selbst erledigt. Die gewöhnliche Doctrin faßt zwar die interlocutoria vim definitivae habens in einem beschränkteren Sinne auf, und bringt diese vis in ein präjudicielles Verhältniß zum Endurtheil selbst, indem sie dieses Prädicat nur solchen Interlocuten beilegt, welche die Beschaffenheit des Endurtheiles bedingt in sich tragen, gleichsam voraus bestimmen, wie die Beweisinterlocute. Allein eine solche beschränkte Auffassung ist weder in den Gesetzen begründet, da diese nirgends einen Begriff von interlocutoria vim definitivae habens aufstellen, noch dem inneren Wesen der Sache entsprechend, weil der mehr oder weniger innige Zusammenhang eines Nebenpunctes mit der Hauptsache keinen inneren oder wesentlichen, sondern nur einen zufälligen Unterschied zwischen den Entscheidungen einzelner Neben- oder Vorfragen begründet, da das Wesen aller Entscheidungen vielmehr in der völligen (definitiven), der Rechtskraft fähigen Erledigung einer streitigen, daher zwischen zwei Parteien obschwebenden, Rechtsfrage besteht, dieses Wesen aber alle Decisivdecrete — das Endurtheil selbst nicht ausgenommen — mit einander gemein haben. Faßt man dagegen alle Decisivdecrete (eigentlich Sentenzen) als vim definitivae habentes im obigen Sinne auf, so gewinnt man für die Appellation gegen Decisivdecrete ein bestimmtes gesetzliches Princip, indem die Reichsgesetze⁵⁴⁾ für solche Zwischenurtheile, welche die Kraft eines Endurtheiles haben, dasselbe Verfahren, wie für die Berufung gegen das Endurtheil selbst, vorschreiben; wie denn die neuere Theorie diese Vorschrift wirklich — und mit Recht — auf alle Decisivdecrete anwendet. Die einfachen Decrete (Decrete im eigentlichen Sinne im Gegensatz der Sentenzen) sind dagegen richterliche Verfügungen auf einseitige Anträge einer Partei, sonach keine Entscheidungen eines streitigen Punctes, aus denen die noch nicht gehörte Partei ein Recht ableiten oder sofort verbindlich werden könnte. Diese sind daher an sich, sie mögen gewährend oder abschlagend sein, schon beßhalb keiner Rechtskraft fähig, weil in Ansehung des Punctes, den sie betreffen, noch kein Rechtsstreit zwischen zwei Parteien stattfand, mithin die Bedingung fehlt, ohne welche ebensowenig eine Entscheidung als folglich eine Rechtskraft möglich ist⁵⁵⁾. Es ist daher eine völlig unhaltbare Behauptung⁵⁶⁾, daß Abschlagsdecrete als solche ohne sofortige Appellation in Rechtskraft übergehen; der Grund, daß der Implorat schon durch den Richter vertheidigt sei, verstößt gegen die Verhandlungsmaxime; auch wird derjenige, auf welchen sich der Antrag bezieht, durch diesen allein in Bezug auf den Punct, den der Antrag betrifft, noch kein wirklicher Gegner (Implorat) im rechtlichen Sinne; weshalb ein

54) G. G. D.^o v. 1555. Th. II. Tit. 29. §. 3. u. 4. Th. III. Tit. 31. §. 10. u. 11. Dep. A. v. 1600. §. 113. F. R. A. §. 58.

55) Vergl. Gönnner, Handb. I. Abh. VII. §. 25.

56) R. f. z. B. Rittermaier im Arch. für civ. Praxis Bd. V. S. 365.

solcher, da er noch nicht erstirkt, auch nicht vom Richter vertheidigt werden kann, wäre auch eine solche Vertheidigung, zumal als Regel, gesetzlich statthaft. Solche Decrete darf vielmehr der Richter, welcher sie erlassen hat, selbst wieder abändern⁵⁷⁾. So lange er dieses thun kann, ist daher auch eine Appellation gegen ein solches Decret nicht nothwendig, indem die betheiligte Partei vor derselben den gravirenden Richter selbst durch begründete Remonstrationen um Hebung der Beschwerte so lange anzufragen befugt ist, als noch eine Abänderung der Verfügung rechtlich möglich bleibt. Ist aber ein Umstand eingetreten, welcher eine solche Abänderung als unstatthaft darstellt, so wird dadurch auch bei diesen Decreten die Appellation nothwendig. Dabei versteht es sich von selbst, daß es von der Willkür des Beschwerten abhängt, ob er nicht lieber sogleich die Appellation ergreifen, und den Weg der Remonstrations ganz unversucht lassen wolle⁵⁸⁾. Dieß wird er dann thun, wenn er keine bessere Begründung seines Antrages zu bewirken im Stande ist, und daher nur das bereits Vorgebrachte wiederholen müßte. Es fragt sich nun weiter: a) wodurch werden einfache Decrete bindend, so daß sie der Richter, welcher sie erlassen hat, nicht mehr abändern kann? und b) ist bei allen so unabänderlich gewordenen Decreten die Appellation nothwendig? Was die erste Frage betrifft, so werden 1) Abschlagsdecrete, welche die Einleitung eines Prozeßverfahrens durch die Zurückweisung des ersten Angriffes, z. B. der Klage, des Mandatsgesuches u. unmöglich machen, nie unabänderlich, selbst dann nicht, wenn die dagegen gebrauchte Appellation zurückgewiesen (dem vorigen Decrete inhärrt) wird. Es findet eines solchen Inhärrbescheides ungeachtet noch immer Remonstrations bei dem Richter statt, der den letzten Inhärrbescheid erlassen hat, indem dieser noch immer dem Gesuche willfahren kann. Bei Abschlagsdecreten im Verlaufe eines Prozesses ist zu unterscheiden: betreffen sie ein auf den Prozeßgang gar nicht bezügliches Gesuch, z. B. um das beneficium paupertatis, so daß der Gegner dabei gar nicht interessirt ist, so werden sie ebenfalls nie unabänderlich. Haben sie dagegen auf das Verfahren oder die Sache selbst Beziehung, dann tritt ihre Unabänderlichkeit ein sowohl durch ein auf dagegen gemachte Remonstrations erfolgtes Inhärrdecret⁵⁹⁾, als durch stillschweigende Anerkennung, wenn nämlich der Implorant die durch die Verbindlichkeit des Abschlagsdecretes bedingte Fortsetzung des Prozesses ruhig geschehen läßt. Bei einem Decrete eines höheren Richters, wodurch ein Rechtsmittel abgeschlagen wird (rejectorium), ist, als einem Inhärrbescheide, auf die Beschaffenheit des Decretes zu sehen, gegen welches das Rechtsmittel gebraucht wurde. Ist dieses ein der Rechtskraft oder Unabänderlichkeit

57) L. 14. D. de re iud. (42. 1.) L. 3. u. 5. Cod. comminat. (7. 57.) c. 60. X. de app. (2. 28.) c. 10. de app. in VI. (2. 15.) Linde in der Zeitschrift a. a. D. S. 13.

58) Linde, Handb. a. a. D. S. 106.

59) Man vergl. Bayer, Vorträge S. 501.

fähiges Decret, so kommt diese Eigenschaft auch dem Inhabersbescheide zu ⁶⁰⁾. 2) Gewährende Decrete werden durch rechtlich versäumte oder verworfene Vertheidigung des Angegriffenen unabänderlich, indem das gewährende Decret durch den die Vertheidigung als versäumt oder unbegründet aussprechenden Bescheid die Natur eines Decisivdecretis annimmt ⁶¹⁾.

Die zweite Frage anlangend, so ist die Appellation allerdings bei allen in der bemerkten Weise unabänderlich gewordenen Decreten, wenn die durch sie zugefügten Beschwerden gehoben werden sollen, nach dem in der Praxis üblichen Prozeßgange auch nothwendig. Zwar ist nicht zu leugnen, daß hiernach die Appellation sehr mißbraucht werden kann ⁶²⁾; allein die Möglichkeit des Mißbrauches erweitert sich bei jeder prozessualen Einrichtung in dem Maße, in welchem man die Zulässigkeit des Gebrauches einer solchen zum Schutze der Rechte ausdehnt. Da sich die practisch möglichen Fälle von wirklich beschwerenden Verfügungen nicht erschöpfen lassen, und möglicherweise jedes Decret beschwerend sein kann, so ließe sich der Mißbrauch nur durch die Beschränkung des Gebrauches selbst, somit auf Kosten des Rechtsschutzes, vollständig beseitigen. Die Verschiebung der Berufung gegen beschwerliche Decrete bis zur Appellation gegen das Endurtheil setzt bestimmte Vorschriften für den Appellationsrichter voraus, an denen es aber im gemeinen Rechte fehlt. Denn sonst setzt sich der Beschwerter der Gefahr aus, daß seine verschobenen Beschwerden als verspätet zurückgewiesen werden. Dieß ist um so leichter zu besorgen, als kein Gesetz den Begriff eines gravamen irreparabile festsetzt und darum eine übereinstimmende Ansicht der Richter über die darunter begriffenen Fälle nicht erwarten läßt. Es bleibt daher nichts anders übrig, als im Zweifel ein gravamen für irreparabile zu halten und die Berufung nicht bis zum Endurtheile zu verschieben. L i n d e, der diese Ansicht tadelt, konnte gleichwohl dem gemeinen Rechte nichts anderes abgewinnen, als eine algebraische Formel von unbekanntem Graden, indem er, wie oben bewerkelt wurde ⁶³⁾, die Zulässigkeit der hier fraglichen Appellation von der mehr oder weniger ausgedehnten Befugniß des Appellationsrichters, die durch Beurtheile zugefügten Beschwerden bei Gelegenheit der Appellation gegen das Endurtheil zu heben, abhängig machte, den Umfang dieser Befugniß aber unbestimmt lassen mußte. Offenbar ist es diesem Mangel an bestimmten Vorschriften zuzuschreiben, daß die Appellation in der nach canonischem Rechte gestatteten Ausdehnung practisch in Gebrauch kam, und zur Nothwendigkeit wurde. Denn jede, gegen ein Interlocut eingewendete Appellation hätte, als zu früh gebraucht, nur aus dem Grunde zurückgewie-

60) G ö n n e r, Handb. I. Abh. 7. §. 26. III. Abh. 57. §. 3. u. 4.

61) B a y e r, Vorträge S. 501.

62) M. f. L i n d e, Handb. IV. S. 107 flg. in der Zeitschrift a. a. D. S. 15.

63) Siehe oben Note 51.

sen werden können, daß das Interlocut nicht die Kraft eines Endurtheiles habe und kein gravamen irreparabile vorliege; worüber, da die Gesetze diese Begriffe nicht bestimmen, gewiß in den meisten Fällen ein besonderer Streit, und dadurch eine größere Verzögerung herbeigeführt worden sein würde, als die materielle Prüfung der Beschwerde selbst verursachte. Man fand es daher — und mit Recht — gerathener, diese Prüfung selbst vorzunehmen, die ja doch nicht hätte vermieden, sondern nur bis zur Appellation gegen das Endurtheil verschoben werden können, anstatt die Appellation, als zu früh erhoben, zurückzuweisen.

Die Appellation ist sodann auch B) gegen richterliche Verfügungen in nichtstreitigen Civilrechtsachen, sowohl nach dem römischen und canonischen Rechte, als auch nach den Reichsgesetzen zulässig⁶⁴). Das canonische Recht nannte diese Berufung *provocatio ad causam*⁶⁵), und später *appellatio extrajudicialis*⁶⁶). Die Reichsgesetze⁶⁷) enthalten in ihrer richtigen Auffassung keine Beschränkung, sondern nur eine richtige Bestimmung des Begriffes dieser Berufung, wenn sie diese nur in den Fällen zulassen, wo der Richter wirklich in seiner richterlichen Eigenschaft (*tanquam iudex*) gehandelt hat, indem da, wo derselbe als Partei handle, mehr eine *simplex querela* denn die Appellation statthabe. Denn auch hier setzt die Berufung das Dasein einer Sachbeschwerde voraus, welche durch ein von dem competenten Richter erlassenes Decret zugesügt wurde. Uebrigens kann hier ebenfalls der Weg der Gegenvorstellung vor der Appellation versucht werden.

5) Auf der Verschiedenheit der richterlichen Verfügungen, gegen welche die Appellation gerichtet ist, beruht die, vom canonischen Rechte (Nr. 4.) entlehnte Abtheilung der Appellation in die gerichtliche (*app. iudicialis*) und außergerichtliche (*app. extrajudicialis*)⁶⁸). Jene ist vorhanden, wenn gegen Endurtheile und andere Decisivdecrete, diese dagegen, wenn entweder gegen Extrajudicial- (d. i. einfache) Decrete in streitigen Rechtsachen⁶⁹) (uneigentliche Extrajudicialappellation — Appellation in prozessualischen Extrajudicialsachen), oder gegen richterliche Decrete in nichtstreitigen Rechtsachen (eigentliche Extrajudicialappellation) appellirt wird.

64) Barthel, opuscula, T. I. Nr. 9. Chr. F. Fenner, de appellatione extrajudiciali etc. Marb. 1742. Gönner, Handbuch III. Abh. 68. Heffter, Inst. S. 485. Linde, Lehrb. §. 413. und besonders in der Zeitschrift, Bd. IV. Nr. 9. S. 226 flg.

65) C. 5. X. de app. (2. 28.)

66) Clem. 3. de app. (2. 12.)

67) R. S. R. D. Tit. II. §. 2. R. X. v. 1595. §. 94. u. 95.

68) Pütter, epit. §. 117. ab Ulmenstein, opuscul. (Hannoverae 1731.) N. 3. Danz, ord. Proz. (Ausg. v. Gönner, 1821.) §. 424. Martijn, Lehrb. §. 275. Linde a. a. D.

69) Gensler, Comment. Bd. II. S. 140, auch Gönner, Handb. III. Abh. 57. §. 4.

C. Hinsichtlich der Sachen ⁷⁰⁾.

1) Die Appellation findet in allen Civilrechtsfachen statt, wenn die übrigen Bedingungen der Zulässigkeit vorhanden sind. Die Polizei-, Regierungs-, Cameral- u. Sachen sind hiervon nicht ausgenommen, wenn und in wie weit sie Gegenstände eines Civilprozesses werden. — Denn in diesem Falle kommt nicht ihre ursprüngliche eben genannte Dualität, sondern nur ihre prozessuale Eigenschaft in Betracht, in Folge welcher sie gleich anderen Civilprozesssachen zu behandeln sind. Dabei kommt nach der richtigeren Meinung ⁷¹⁾ gemeinrechtlich ⁷²⁾ auf die Prozessform nichts an, indem auch im summarischen Verfahren und in Besitzstreitigkeiten die Appellation Platz greift. Die in solchen Fällen oft eintretende Beschränkung ihrer Wirkung ⁷³⁾, welche in der besonderen Beschaffenheit der beschwerenden Verfügungen ihren Grund hat, setzt die Zulässigkeit des Rechtsmittels selbst geradezu voraus. Ob übrigens in den einzelnen Fällen, in welchen das römische Recht die Appellation für unzulässig erklärt, früher die Supplication stattgefunden habe ⁷⁴⁾, kann man dahin gestellt sein lassen, da diese Frage rein geschichtlicher Natur ist. Jedenfalls sind diese Fälle solcher Art, daß eine begründete Beschwerde dabei nicht wohl vorkommen konnte, die Appellation also nur frivol und verzögernd gewesen sein würde. Es ist nämlich die Appellation verboten: a) gegen die Eröffnung eines (giltigen) Testaments ⁷⁵⁾; b) gegen die Einweisung eines heres scriptus ⁷⁶⁾; c) gegen die Veräußerung einer Hypothek ⁷⁷⁾; gegen Verfügungen, die eine klare Gesetzesvorschrift nur zur Ausführung bringen ⁷⁸⁾; d) in fiscalischen und kaiserlichen Privatsachen ⁷⁹⁾, und e) gegen die verfügte Getreidezufuhr zu den Militärmagazinen ⁸⁰⁾. In den ersten zwei Fällen konnte man aber z. B. die Giltigkeit des Testaments oder die Erbenqualität, im dritten die Giltigkeit des Pfandes,

70) Gdanner, Handb. III. Abh. 61. E inde, Handb. IV. §. 54 fig. Bayer, Vorträge S. 469 fig.

71) M. f. E inde, Handb. IV. §. 61. Bayer a. a. D. — In Bezug auf Besitzstreitigkeiten bef. Gdanner a. a. D. §. 24 fig. Abt. Wein. z. B. D anz, ord. Proz. §. 426.

72) L. un. Cod. de moment. poss. (7. 49.) c. 10. u. 15. X. de restit. spoliat. (2. 13.) Clem. un. de causa poss. (2. 3.) R. X. v. 1594. §. 93. — Particulargesetze enthalten häufig Beschränkungen.

73) L. un. Cod. de mom. poss. (7. 49.) R. X. v. 1594. §. 93. Von dieser Wirkung unten.

74) M. f. Puchta in Schundt's Jahrb. Bb. IX. S. 16 fig. Zimmermann, III. S. 521. Bayer, Theor. der summar. Proz. München 1830. §. 71. Note 8. — Vergl. P e f f t e r, Inst. S. 458 u. 465. Note 63.

75) L. 7. pr. D. de appellat. rec. (49. 5.) L. 6. Cod. quor. app. (7. 65.)

76) Die in Note 73 cit. Gesetze.

77) L. 7. §. 2. D. de app. rec.

78) L. 7. §. 1. D. de app. rec.

79) L. 4. u. 8. Cod. quor. app. (7. 65.) S. E inde, Handbuch IV.

S. 61.

80) L. 7. pr. D. de app. rec.

und im vierten die Anwendbarkeit oder Art der Anwendung des Gesetzes mit Erfolg klagenb bestritten, nicht aber, nachdem man die Grundlagen der Verfügungen als richtig zugegeben hatte, gegen diese mit Grund appelliren.

2) Man konnte nach römischem Rechte nicht bloß in der Hauptsache, sondern auch wegen der Nebensachen, z. B. der Früchte, Zinsen, und selbst der Prozeßkosten halber appelliren⁸¹⁾. Justinian verordnete zwar, daß, wenn der unterliegende Theil appellirt, dem Sieger nicht gestattet sein solle, bloß der Kosten wegen selbstständig zu appelliren, weil in diesem Falle der Oberrichter schon von Amteswegen, oder wenigstens durch eine Consultation veranlaßt, gerechte Hilfe hinsichtlich der Kosten gewähren könne⁸²⁾. Hieraus folgt von selbst, daß der Sieger in dem Falle, wenn der Besiegte gar nicht appellirt, auch der Kosten wegen selbstständig provociren konnte. Nach einer neueren Verordnung Justinians⁸³⁾ mußte dem Sieger auch im ersten Falle eine selbstständige Appellation gestattet werden, weil nach derselben das Urtheil in allen Puncten, in Ansehung welcher nicht appellirt wurde, Rechtskraft erlangte, mithin eine amtliche Abhilfe hinsichtlich der Kosten nicht mehr möglich war⁸⁴⁾.

3) Auf den Werth des Streitgegenstandes kommt nach dem neueren römischen Rechte⁸⁵⁾ nichts an. Nach dem älteren⁸⁶⁾ war die Berufung an den Kaiser durch eine bestimmte Summe beschränkt, welche auch die Novellen⁸⁷⁾ für bestimmte, jetzt unanwendbare Fälle (für die Berufung aus Aegypten, Lybien etc.) wieder vorgeschrieben haben. Linde's Ansicht⁸⁸⁾, daß die Vorschriften des römischen Rechtes nicht die Appellationssumme, sondern Kompetenzbestimmungen betroffen haben, dürfte schon darin ihre Widerlegung finden, daß die Appellationssumme überhaupt auf die Kompetenz des höheren Richters Bezug hat, im Grunde eine Kompetenzsumme ist, von deren Dasein die Zuständigkeit des Appellationsrichters mit abhängt⁸⁹⁾.

Das canonische Recht⁹⁰⁾ stimmt mit dem neueren römischen Rechte überein und läßt die Berufung auch in den geringfügigsten Sachen zu. Auch das ältere deutsche Recht kennt keine Beschränkung dieser Art. Die ersten Spuren von einer sogenannten Appellationssumme

81) L. 10. Cod. de usur. (4. 32.) Nov. 23. cap. 1. — Zimmern, III. S. 510 u. 520. Linde, im Arch. für civ. Pr. Bb. IX. S. 231.

82) L. 10. Cod. quando provoc. (7. 64.) (v. S. 529.)

83) L. 39. pr. Cod. de app. (7. 62.) (v. S. 530.)

84) Linde a. a. D. S. 233, und Handbuch IV. S. 311. glaubt, der Sieger könne der Kosten wegen abhärren. Wann dieses angehe, s. das Rechtslexikon unter Abhäfion S. 120. Pr. 6. Beyer, Vorträge S. 470.

85) L. 20. Cod. de app. (7. 62.)

86) L. 10. §. 1. D. de app. (49. 1.)

87) Nov. 23. cap. 3.

88) Im Arch. für d. Pr. Bb. XI. S. 91 flg. Handb. IV. §. 79. u. a. a. D. s. unten.

89) Vergl. Mittermaier, III. Beitr. S. 67. Scholz in der Zeitschrift für Civl. r. Bb. X. S. 170 u. 172.

90) C. 11. X. de app. (2. 28.)

(*summa appellabilis*)⁹¹⁾ findet man in Particulargesetzen⁹²⁾. Für die Appellation an das Reichskammergericht wurde erst im J. 1521⁹³⁾ eine Summe von 50 Reichsgulden festgesetzt, welche im J. R. A. v. 1654 auf 400 und bei Armeit auf 300 Reichsgulden erhöht wurde⁹⁴⁾. Bei diesen Summen blieb es auch bis zur Auflösung des Reiches. Nur bei Injurienfachen, wenn auf Widerruf geklagt ward, bei Streitigkeiten über Obrigkeit (*iurisdictionis*), Gerechtigkeiten, Servituten, ewige, unablösbare Gülten, Zinsen und Nutzungen, sowie überhaupt bei solchen Sachen, so nicht gewiß Achtung (Schätzung) hätten, kam es auf keine Appellationssumme an. Jedoch wurde in Bezug auf unablösbare Gülten, Zinsen und Nutzungen im J. 1570 festgesetzt⁹⁵⁾, daß ein jährlicher Betrag von wenigstens sechs Gulden die *summa appellabilis* sein sollte, welche nachher zu zwölf Gulden⁹⁶⁾ und zuletzt auf 16 Rthlr. erhöht wurde⁹⁷⁾.

Bei der Berechnung der Appellationssumme⁹⁸⁾ durfte man nur auf die eingeklagte Hauptsache, nicht aber zugleich auf die Nebensforderungen, als Zinsen, Früchte, Interessen u., außer wenn diese das selbstständige Prozeßobject bildeten, oder als Rückstände zugleich mit dem Capital eingeklagt wurden, Rücksicht nehmen; dagegen mehrere, aus demselben Grunde entstandene, in demselben Prozesse eingeklagte, verhandelte und entschiedene Forderungen desselben Klägers oder mehrerer Streitgenossen zusammen rechnen. Jedoch kam es bei dem Gebrauche der Appellation nicht darauf an, ob der eingeklagte Streitgegenstand die Appellationssumme erreiche (*summa libelli*), welche vielmehr nach der aufgestellten Beschwerde bestimmt wurde (*summa gravaminis*)⁹⁹⁾. Indessen gestattete man in Bezug auf das römische Recht¹⁰⁰⁾, mehrere

91) Man s. darüber: Ludovici (Hal. 1710.) und Starck (Giess. 1778.) de *summa appellabilis*. Gönner, Handb. III. Abh. 63. §. 1—7. Mittermaier a. a. D. S. 33 flg. Linde, im Arch. für civ. Pr. Bd. IX. S. 219 flg. und Bd. XI. S. 91 flg. und S. 204 flg. in der Zeitschrift Bd. X. S. 185 flg. Handbuch IV. §. 79 flg. und Lehrbuch §. 403. Scholz in der Zeitschrift Bd. X. S. 161 flg. Bayet, Vorträge S. 470 flg.

92) Schön 1500. S. Linde Handbuch IV. §. 87.

93) C. C. D. v. 1521. Tit. 24. vergl. R. C. C. D. v. 1555. Th. II. Tit. 28. §. 4.

94) J. R. A. §. 112. u. 114. (Arm war nach §. 114, wer beschwören konnte, daß sich sein Vermögen nicht über 2000 Fl. erstreckt.)

95) R. A. v. 1570. §. 67. (Die App. = Summe wurde im §. 66. auf 150 Fl. festgesetzt.)

96) Dep. A. v. 1600. §. 14.

97) J. R. A. §. 112.

98) Man s. hierüber Linde in der Note 91 angef. Abhandlungen, und Handbuch IV. §. 84 flg., auch Lehrbuch §. 403.

99) Pufendorf, tom. I. obs. 30.

100) L. 10. §. 1. D. de app. (49. 1.) — v. Bülow und Hagemann, Bd. II. Erbt. 23. Heffter, Instit. S. 461. Note 44. Weyer, Vortr. S. 471. Daß die Berechnung nur nach den Reichsgesetzen geschehen dürfe, behauptet z. B. Linde im Archiv a. a. D., was wenigstens zu bezweifeln ist, — s. v. Bülow, Abhandlungen über einige einz. Mat. des R. R. Braunsch. 1817. Bd. I. S. 167 flg.

Posten zusammenzurechnen, um die Appellationssumme herauszubringen. Nur bei der Berufung gegen Interlocute genügte bloß die Appellationssumme des Streitobjectes, weil hier der Werth der Beschwerde nicht wohl bestimmt werden kann¹⁰¹⁾.

Da übrigens diese reichsgesetzlichen Bestimmungen nur die, auch durch die vielen den Reichsständen theils gesetzlich, theils durch besondere Privilegien verliehenen Befreiungen von den Reichsgerichten (*privilegia de non appellando*) sehr beschränkte Berufung an das Reichskammergericht betrafen; so sind sie durch die Auflösung des Reiches völlig unanwendbar geworden. Zudem sind sie ihrem inneren Gehalte nach keinesweges so beschaffen, daß sie den Landesgesetzgebungen in unserer Zeit als Muster empfohlen werden könnten, obwohl sie denselben früher häufig zum Vorbild dienten¹⁰²⁾.

D. Hinsichtlich der Personen, welche appelliren können.

1) Die Befugniß, die Appellation zu ergreifen, steht nach römischem Rechte in der Regel nur den streitenden Theilen zu¹⁰³⁾, weil ein Urtheil in Bezug auf Dritte als eine *res inter alios acta* erscheint, und daher der Regel nach auch nur die Parteien verbinden kann. Indessen ist es ausnahmsweise auch dritten Personen gestattet, sich dieses Rechtsmittels zu bedienen, sobald sie eine *iusta causa* dazu haben¹⁰⁴⁾. Eine solche ist z. B. vorhanden, wenn der Verlust der Sache dem Dritten nachtheilig werden könnte¹⁰⁵⁾; wenn das ungünstige Urtheil die Lage des Dritten auch bloß factisch erschweren würde, dieß aber durch die Appellation verhindert werden kann¹⁰⁶⁾. Umgekehrt kann aber auch eine Partei aus Rücksicht auf einen Dritten schuldig sein, die Appellation zu ergreifen, wenn nämlich ein Recht gegen den Dritten, z. B. das Recht auf Evictionsleistung, durch den nachtheiligen Ausgang der Sache bedingt¹⁰⁷⁾, oder er dem Dritten wegen dieses Ausganges verantwortlich ist¹⁰⁸⁾. Das canonische Recht¹⁰⁹⁾ stimmt hinsichtlich dritter Personen mit dem römischen überein, ja gestattet sogar dem Richter die Appellation, wenn die von ihm erlassene Entscheidung in Folge einer Berufung reformirt worden ist¹¹⁰⁾. — Der Dritte

101) Einde, Handb. IV. §. 100.

102) Man s. über die Politik der Legislation in dieser Materie Mittermaier a. a. D., vorzüglich Scholz a. a. D., und über die particularrechtlichen Bestimmungen außer Mittermaier vorzüglich Einde, Handb. IV. §. 102 flg. und dort §. 117. über den legislativen Gesichtspunct.

103) L. 5. pr. D. de app. (49. 1.): *A sententia inter alios dicta appellari non potest.*

104) L. cit. 5. — „*nisi ex iusta causa.*“

105) L. 5. pr. L. 4. §. 2. u. 3. D. de app. (49. 1.)

106) J. B. L. 5. pr. L. 4. §. 3. D. de app. (49. 1.) Man s. Einde, in der Zeitschrift, Bd. V. S. 417 flg.

107) L. 68. §. 1. u. 2. D. de evict. (21. 2.)

108) L. 50. §. 1. D. de leg. I.

109) C. 17. X. de sent. (2. 27.)

110) C. 54. X. de app. (2. 28.)

kann übrigens sein Interesse sowohl durch selbstständige Appellation, wenn diese von keinem der streitenden Theile ergriffen werden sollte, als durch Anschließung an die berufende Partei geltend machen ¹¹¹⁾, erscheint jedoch in beiden Fällen in Bezug auf die ursprünglichen Litiganten als Interveniens, und zwar immer als accessorischer insofern, inwiefern sein Interesse stets mit dem Interesse der Partei, welcher, sie mag nun wirklich appelliren oder nicht, eine Abänderung des Urtheiles vortheilhaft ist, übereinstimmen muß, er mithin wenigstens in Bezug auf die Urtheilsabänderung in die Rolle dieser Partei eintritt. Denn ein principales Interveniren in dem Sinne, wornach der Dritte gegen beide bisherige streitenden Theile auftreten würde, ist schon deshalb unmöglich, weil in einem solchen Falle das Interesse des Dritten auf einem Rechtsgrunde beruhen müßte, der von dem des anhängigen Rechtsstreites völlig verschieden wäre, auf den sich daher auch das gefällte Urtheil gar nicht beziehen könnte, weil folglich dieses in Bezug auf das Interesse des Dritten in Wahrheit nur als eine *res inter alios gesta* erschiene. Will man aber das selbstständige Appelliren des Dritten Principalintervention nennen, so ist damit weder für die Theorie noch Praxis etwas gewonnen, und die Bezeichnung nicht bloss gegen den gewöhnlichen damit verbundenen Sinn verstößend, sondern auch deshalb ungenau, weil hier der Dritte eigentlich an die Stelle der Partei tritt, welche die erwünschte Abänderung des Urtheiles durch die Appellation zu erzielen aus was immer für einem Grunde unterläßt, und als selbstständiger und alleiniger Litigant sein unmittelbares Interesse gegen die andere Partei formell — wenn auch materiell zugleich zum Vortheile der einen Partei — verfolgt. Darum ist selbst der oben gebrauchte Ausdruck: accessorischer Interveniens in diesem Falle nur auf den gemeinschaftlichen materiellen Vortheil zu beschränken und ohne processuale Bedeutsamkeit aufzufassen. Denn der Dritte hat hier alle Formalien ebenso, als wenn er ursprüngliche Partei wäre, zu wahren und nur noch außerdem durch die Nachweisung seines Interesses sich zur Sache zu legitimiren. Der Fall, wo ein Dritter an der Aufrechterhaltung des Urtheiles ein begründetes Interesse hat und dieses durch Anschließung an den Appellaten verfolgen kann ¹¹²⁾, gehört gar nicht hierher, da es sich hier nur um die Befugniß zu appelliren handelt.

2) Das römische Recht enthält dagegen auch Fälle, in welchen sogar einer ursprünglichen Partei die Appellation untersagt ist. Es durfte nämlich a) der *confessus in iure* nicht appelliren ¹¹³⁾, weil das in iure abgelegte Geständniß schon an sich die Kraft einer unabänder-

111) Vgl. Linde, über die Intervention in der Instanz der Rechtsmittel, in der Zeitschrift für Civilt. 2c. Bd. V. S. 417 flg.

112) Man s. das Rechtslexikon unter: *Abhängion* S. 121. Nr. 12.

113) Man s. Bethmann-Hollweg, Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilproz. (Berlin 1827.) S. 259 flg. Linde, Handb. IV. S. 32. u. 58.

lichen Beurtheilung hatte, und daher dem *confessus*, als einem bereits Beurtheilten, die *appellatio* nichts nützen konnte, welche deshalb auch als *moratoria appellatio* untersagt war. Diese mit der alten römischen Gerichtsverfassung zusammenhängende Bestimmung, welche in der Theorie zu mancherlei Unterscheidungen Veranlassung gegeben hat¹¹⁴), wurde jedoch weder bei den geistlichen noch weltlichen Gerichten je beachtet, und von der Praxis sowohl als der Doctrin für unanwendbar erklärt¹¹⁵). Ebenso soll b) der wegen ununterbrochenen Ungehorsams Beurtheilte von der Appellation ausgeschlossen sein (*contumax non appellat*)¹¹⁶); was jedoch nur den Sinn hat, daß er die Appellation nicht auf das durch seinen Ungehorsam Versäumte begründen dürfe¹¹⁷), nicht aber so zu verstehen ist, als sei der *contumax* gänzlich von der Appellation ausgeschlossen. Das Gesetz hat vielmehr auch hier bloß eine vergebliche, eine *moratoria appellatio* verbieten wollen. Wenn daher der *contumax* eine durch den Ungehorsam nicht abgeschnittene Beschwerde gegen das Urtheil vorzubringen, z. B. den Rechtsbestand der *contumacia*, oder der damit verknüpften Folgen anzugreifen, oder zu zeigen vermag, daß das Urtheil, selbst die *contumacia* als begründet zugegeben, dennoch für ihn beschwerend sei, so kann er die, zur Geltendmachung einer solchen Beschwerde ihm gestattete Appellation sogar durch neues, nicht *contumaciertes* Vorbringen begründen.

E. Hinsichtlich des Richters, an welchen zu appelliren ist¹¹⁸).

Es ward schon im Eingange dieses Artikels darauf aufmerksam gemacht, daß die Appellation vorzugsweise und wesentlich das obrigkeitliche Verhältniß der Gerichte (*imperium*) berücksichtige, weil dieses Rechtsmittel ein Befehlen an den Unterrichter nöthig mache. Hieraus wird es von selbst klar, daß sich der Gang der Appellation nothwendig nach der obrigkeitlichen Unterordnung der Gerichte zu richten habe, und jede Legislation, welche den gemeinrechtlichen Begriff der Appellation beibehalten will, auch den Grundsatz aussprechen müsse: es kann nur an den zunächst höheren Richter, d. h. an denjenigen appellirt werden, welcher dem *iudex a quo* unmittelbar vorgesetzt ist. Diesen Grundsatz festhaltend¹¹⁹), erklärt auch das gemeine Recht das Ueberspringen des nächsten Oberrichters (sogen. *appellatio per saltum*) für unerlaubt¹²⁰). Hat Jemand irrthümlich an einen unrichtigen

114) Bethmann-Hollweg a. a. D. S. 295 flg.

115) Bethmann-Hollweg a. a. D. Linde a. a. D. S. 58.

116) L. 73. §. 3. D. de iud. (5. 1.) L. 1. Cod. quor. app. (7. 65.)
Peffter, Inst. S. 466. §. 17. Linde, Handb. IV. §. 56.

117) Gönner, Handb. III. Abh. 61. §. 9 flg. Peffter, Inst. S. 462. §. 13.

118) Bayer, Vorträge S. 475 flg. Linde, über die Gerichtszuständigkeit bei der Appellation in der Zeitschrift ic. Bd. IX. S. 1 flg.

119) Nov. 23. c. 4. c. 66. X. de app. (2. 28.) C. S. D. Abh. II. Tit. 29. §. 1.

120) L. 1. §. 4. D. a quib. app. (49. 2.) L. 1. D. quis a quo app. (49. 3.) L. 32. §. 3. Cod. de app. (7. 62.)

Richter appellirt, so ist zu unterscheiden: a) Ist der angegangene Richter gleichen oder höhern Ranges (nach dem hierarchischen Subordinationsysteme) mit dem eigentlich competenten Oberrichter, so muß die Sache an diesen abgegeben werden, es bleibt also der Irrthum ohne Nachtheil. Wird dagegen b) an einen, dem Range nach niederen Richter appellirt, so geht die Appellation verloren, wenn nicht der Irrthum noch innerhalb der Einwendungsfrist verbessert werden kann¹²¹⁾. Von dem delegirten Richter geht die Berufung an den delegirenden. Bei der mandirten Gerichtsbarkeit entsteht dagegen kein solches Instanzverhältniß¹²²⁾, weil der Mandatar blos das imperium des Mandanten ausübt, also kein besonderes, diesem untergeordnetes imperium erlangt. Ist der nächste Oberrichter aus irgend einem rechtlichen Grunde verhindert, die Appellation anzunehmen, z. B. an der Sache als Privatmann betheilig, oder recusirt, oder wegen eines Rechtsstreites über die Gerichtsbarkeit außer Stand, sie auszuüben¹²³⁾, so geht gemeinrechtlich die Berufung an den zunächst über ihm stehenden höheren Richter¹²⁴⁾. Dieses ist aber keine appellatio per saltum¹²⁵⁾, da das Mittelgericht in einem solchen Falle in Bezug auf die fragliche Appellation gar nicht existirt, mithin auch nicht übersprungen werden kann, der über demselben stehende Richter vielmehr wegen des mangelnden Mittelgerichtes hier wirklich der zunächst höhere ist. Die Anordnung einer das fehlende Mittelgericht vertretenden Commission ist im gemeinen Rechte nirgends vorgeschrieben, und auch aus einer richtigen Auffassung des in den Reichsgesetzen normirten Instanzverhältnisses nicht als nothwendig abzuleiten¹²⁶⁾, da vielmehr gerade die privilegiirten Personen und Sachen sogar in der Regel nur zwei Instanzen hatten, und es zweifellos war, daß, wenn die höhere Territorialinstanz wegen eines oben erwähnten Grundes nicht angegangen werden konnte, die Appellation sofort an das Reichskammergericht ging und von diesem selbst entschieden wurde; es war nur Grundsatz, daß kein wirklich vorhandenes nächstes Gericht übergangen werde. Die Anordnung eines fehlenden Mittelgerichtes konnte von dem Reichskammergerichte nicht einmal geschehen, da dieselbe der betreffenden Territorialhoheit zukam, welcher zwar befohlen war, eine solche Mittelinstanz überhaupt zu errichten, nicht aber, im Recusations- oder einem anderen Verhinderungsfalle derselben auch für ein Surrogatgericht zu sorgen.

121) L. 1. §. 2. D. de app. (49. 1.) c. 66. X. de app. (2. 28.)

122) Heffter a. a. D.

123) Danz, Grundr. §. 425.

124) Vergl. R. E. G. D. a. a. D. Danz a. a. D. Linde, in der Zeitschrift a. a. D.

125) X. M. ist Linde a. a. D.

126) M. s. Linde im Arch. für Civilpr. Bd. XV. S. 178 flg. X. M. ist Gdnner, Handb. I. Abh. 12. §. 4. u. III. Abh. 55. §. 31. — Particulargesetze schreiben häufig die Anordnung einer Commission oder die Uebertragung der Sache an ein anderes Gericht vor.

Zwischen mehreren in derselben Sache gleich competenten Obergerichten hat der Appellant die Wahl. Appellirt er aber an mehrere zugleich, oder jede Partei an verschiedene, so entscheidet zwischen denselben die Prävention nach den gewöhnlichen Grundsätzen.

F. Hinsichtlich der Wiederholung des Gebrauches der Appellation¹²⁷⁾.

1) Jede Partei kann in demselben Rechtsstreite so oft appelliren, als sie in den ihr zugefügten Beschwerden Veranlassung und Grund dazu hat, vorausgesetzt jedoch, daß die Sache überhaupt appellabel ist. Denn der Zweck dieses Rechtsmittels besteht eben darin, daß die begründeten Beschwerden der Parteien nicht ohne Abhilfe bleiben sollen¹²⁸⁾. Insofern ist die Wiederholung des Gebrauches der Appellation keiner Beschränkung unterworfen.

2) Anders verhält es sich aber bei der Frage: wie oft die Appellation wegen des nämlichen Beschwerdepunctes gebraucht werden dürfe? Denn, daß hier eine Beschränkung des Gebrauches derselben nothwendig sei, leuchtet von selbst ein, weil sonst die Streitsucht gar keine Schranke hätte, zumal das Recht selbst, wie schon Ulpian bemerkt¹²⁹⁾, in den Appellationen eben nicht immer eine Garantie findet. Die natürliche Beschränkung des Gebrauches der Appellation liegt in der Gerichtsverfassung eines jeden Staates. Denn da die Appellation ihrem Wesen nach das Dasein eines dem beschwerenden Richter vorgelegten, somit höheren Gerichtes voraussetzt, so ist ihre Wiederholung durch die für die in Frage befindliche Sache vorhandene Instanzenzahl beschränkt. Hiernach ergibt sich von selbst, wie oft man in jedem Lande über dieselben Puncte in einem Rechtsstreite appelliren könne. Meistens ist noch überdies der Gebrauch dadurch beschränkt, daß die Appellation an die höchsten Gerichte eine größere Appellationssumme voraussetzt. Diese auf die einzelnen Länder bezüglichen Bemerkungen mögen darin ihre Entschuldigungen finden, daß die gemeinrechtlichen Bestimmungen über das Instanzenverhältniß bei uns völlig unanwendbar sind.

Das römische Recht¹³⁰⁾ enthält in Bezug auf die Wiederholung der Appellation, jedoch ohne Rücksicht auf die etwa vorhandene Instanzenzahl, die Bestimmung, daß man in einem Rechtsstreite über dieselben Puncte nicht zum Drittenmale appelliren dürfe. Nach den Worten der einschlägigen Stellen ist nun zwar nicht erforderlich, daß die drei Urtheile (das erste und die beiden Appellationsurtheile) über

127) Einde, Handb. IV. §. 7 flg. Heise und Croy, juristische Abhandlungen 2c. (Hamb. 1830.) II. Bb. S. 183 flg.

128) L. 1. pr. D. de app. (49. 1.)

129) L. 1. pr. D. de app. (49. 1.): — Licet (suscus appellandi) nonnunquam bene latas sententias in poius reformet. Neque enim utique melius pronunciat, qui novissimus sententiam laturus est.

130) L. un. Cod. ne liceat (7. 70.) Nov. 82. c. 5.

die einzelnen Streitpuncte gleichlautend sein müssen, um die dritte Berufung auszuschließen, sondern genügt zu einer solchen Ausschließung schon eine zweimalige Verwerfung derselben Beschwerde, gleichviel, ob diese, ganz oder nur theilweise, aus demselben oder aus verschiedenen Gründen erfolgt sein mag. Gleichwohl legten schon die Glossatoren¹³¹⁾ diesen Stellen den Sinn unter, als sei eine dritte Berufung bloß dann ausgeschlossen, wenn die drei Urtheile über die streitigen Puncte völlig conform seien. In demselben Sinne nahm auch das canonische Recht¹³²⁾ diese Bestimmungen auf, und seitdem galt in der Doctrin und Praxis¹³³⁾ der Grundsatz, daß eine weitere Berufung erst dann unzulässig sei, wenn schon drei gleichlautende Urtheile über den Beschwerdepunct vorliegen. Dasselbe Princip stellten auch Particulargesetze auf¹³⁴⁾. Hinsichtlich der Appellation allein konnte man zwar diesen Grundsatz in Teutschland deshalb nicht practisch geltend machen, weil es für keine Sache je mehr als drei, mithin für die Appellation nur zwei Instanzen gab, also eine dritte oder gar vierte Berufung stets völlig unmöglich war; er hatte aber gleichwohl in Bezug auf die Rechtsmittel überhaupt, und so mittelbar auch in Bezug auf die Appellation von jeher insofern practische Bedeutung, als vor der Berufung oder zwischen der ersten und zweiten Appellation auch nicht devolutive Rechtsmittel, deren es nach manchen Landesgesetzen jetzt noch viele gibt, gebraucht und solange wiederholt werden konnten¹³⁵⁾, bis drei gleichlautende Urtheile über denselben Punct vorlagen. So oft daher auch solche Rechtsmittel zur Hand genommen worden sein mögen, immer bleibt noch die Appellation zulässig, sobald nur noch nicht tres conformes erfolgt sind, und die letzte Appellationsinstanz noch nicht gesprochen hat.

III. Begründung der Appellation — beneficium novorum¹³⁶⁾.

1) Eine der bestrittendsten Fragen in der Lehre von der Appellation ist die, welche den Umfang der statthafter Begründung derselben zum Gegenstande hat. Der Streit, näher bezeichnet, betrifft nament-

131) Glossa ad leg. unic. Cod. (7. 70.)

132) C. 65. X. de app. (2. 28.) Clem. 1. de re ind. (2. 11.)

133) M. s. Heise u. Cropp a. a. D. S. 184. Note 4.

134) Weisstele s. m. bei Heise u. Cropp a. a. D. S. 185. Note 5.

135) Noch nach 1823 fällt die Juristenfacultät zu Marburg über einen Zwischenpunct in einer Streitsache über eine Waarenschuld das zwölfte Urtheil.

136) Man s. v. Almenningen, Metaphys. des Civilproz. (Gießen 1808.) I. Bd. Nr. VII. S. 101 flg. Gömmel, Handb. III. Abh. 60. §. 6—18. Danz, orb. Proz. §. 427. Martin, Lehrb. §. 292. Gensler, Comment. Bd. II. S. 152. Heffter, Inst. S. 475. §. 25. Bayer, Bortr. S. 471 flg. Mittermaier, III. Beitr. S. 73 flg. Spangenberg, im Arch. für civ. Prax. Bd. IX. S. 52 flg. Linde, Handbuch IV. §. 133 flg., oder in der Zeitschrift für Civilt. Bd. IV. S. 460 flg. Dessen Lehrb. §. 405.

lich den Umfang des neuen Vorbringens und die Frage, ob die Appellation auch durch dieses allein begründet werden dürfe. Denn daß überhaupt nova in der Appellationsinstanz zulässig seien, ist ebenso unbestritten, als der Umstand, daß die Appellation durch die Acten, welche vor derselben in der Sache verhandelt worden sind, uneingeschränkt begründet werden könne.

Das Recht des neuen Vorbringens heißt *beneficium novorum s. nondum deducta deducendi et nondum probata probandi*. Denn wenn und inwieweit man nova vorbringen darf, so und insoweit muß man diese auch durch Deduction und Beweis begründen dürfen, weil das bloße Vorbringen zwecklos wäre. Daher ist von selbst klar, daß insbesondere das Recht der neuen Ausführung (*benef. nondum deducta deducendi*) sich hier nur auf die vorgebrachten nova beziehen könne, da die Befugniß, das bereits früher Vorgebrachte, überhaupt das in den Acten Enthaltene neu auszuführen, keinem Zweifel unterliegt. Dagegen kommt das Recht des neuen Beweisens (*benef. nondum probata probandi*) hier in doppelter Hinsicht in Betracht: a) in seiner Beziehung auf das bereits Vorgebrachte, ob und inwiefern dieses, früher entweder gar nicht oder nur ungenügend beweisen, jetzt noch bewahrheitet oder doch besser, als vorhin geschehen, zu bewahrheiten versucht werden dürfe, und b) in seiner Beziehung auf die neuen erst in der Appellationsinstanz vorgebrachten Thatfachen. In letzterer Beziehung ist jedoch dieses Recht, als bloß eine nothwendige Folge der Befugniß, neue Thatfachen vorzubringen, ebenso unbestritten, als die Deduction in ihrer Beziehung auf die erlaubten nova. Es ergibt sich hiernach für die weitere Prüfung von selbst das Resultat, daß das *beneficium novorum*, insoweit es ein Gegenstand der Meinungsverschiedenheit ist, sich nur auf neue Thatfachen und auf neue Beweise in Bezug auf früher vorgebrachte Thatfachen beschränke.

2) Nach dieser Festsetzung des eigentlichen Gegenstandes der Untersuchung fragt es sich zunächst im Allgemeinen: a) was in einem anhängigen Civilprozeße in Bezug auf die Appellation überhaupt als ein novum, gleichviel ob es auf facta oder probationes Bezug habe, betrachtet werden könne? Denn ohne wichtige Feststellung des Begriffes ist es schlechthin unmöglich, die Hauptfrage selbst: inwieweit nova zulässig seien, befriedigend zu beantworten. Als ein solches novum erscheint zuvörderst dasjenige nicht, was auf den Gegenstand des Rechtsstreites — auf den Angriff oder die Vertheidigung — gar keine innere rechtliche Beziehung hat; denn dies wäre kein novum in causa pendenti, sondern eine nova oder alia causa. Daher muß das novum zunächst so beschaffen sein, daß es zu dem streitigen Rechtsverhältnisse in einem inneren rechtlichen Zusammenhange steht. Dabei kommt es sodann auf die Stärke dieses Zusammenhanges, ob nämlich das novum zur Begründung oder bloß zur Unterstützung des Angriffes oder der Vertheidigung beitrage, gar nicht an, wenn es nur

überhaupt pertinent ist. Diese innere Beschaffenheit des novum vorausgesetzt, darf ferner das, was als solches gelten soll, nicht schon von einer Partei gebraucht worden sein. Denn was man schon zum Zwecke eines Angriffes oder einer Vertheidigung zu den Acten gebracht hat, wird dadurch kein novum in causa, daß man es von einer neuen Seite anfaßt, neue Schlüsse darauf baut, kurz neu anwendet. Dem wirklichen Gebrauche steht aber rechtlich der verschuldete, d. i. freiwillig versäumte Gebrauch völlig gleich. Denn wer rechtlich aufgefordert, bestimmte Thatfachen bei Vermeidung des Verlustes vorzubringen, freiwillig unterläßt, derartige ihm bekannte Thatfachen vorzubringen, hat auf den Gebrauch derselben völlig verzichtet. Sie sind rechtlich den wirklich vorgebrachten, aber für ganz wirkungslos erklärten Thatfachen zu vergleichen — sind von der Partei selbst unbrauchbar gemachte, gleichsam zerstörte, und in Bezug auf den weiteren Fortgang des Processes verbrauchte facta, welche durch den rechtlich erfolgten Verlust auch rechtlich gehaltlos geworden sind. In jeder Präclusion liegt nämlich zweierlei: 1) die Fiction, daß die Partei das, was sie vorzubringen rechtlich pflichtig war, wirklich vorgebracht, jedoch die Erklärung beigefügt habe, daß sie von dem Vorgebrachten niemals für sich einen rechtlichen Gebrauch machen wolle, sondern auf diesen für immer verzichte, und 2) die formale auf diesen Verzicht gegründete Vernichtung des Vorgebrachten zu Gunsten des Segners. Die Fiction bildet die Voraussetzung oder Prämisse, und die Vernichtung liegt in der ausgesprochenen Präclusion. Würden die Thatfachen nicht als wirklich vorgebracht fingirt, so wäre die Präclusion ohne Object; wie denn eine Partei mit dem, was ihr zur Zeit der Vorbringungspflicht unbekannt war, und sie darum nicht vorbringen konnte, auch wirklich nicht präcludirt wird. Das novum darf demnach endlich auch kein durch Präclusion vom ferneren Gebrauche ausgeschlossen factum oder Beweismittel sein. Als ein novum ist folglich nur dasjenige zu betrachten, was in Bezug auf die lis pendens pertinent und noch nicht vorgebracht oder nicht als vorgebracht fingirt ist. Was sodann die weitere Frage betrifft, ob es sich mit der Appellation überhaupt vertrage, sie auf nova zu gründen? so ist dieselbe unbedenklich zu bejahen. Denn die Appellation ist nicht gegen den iudex a quo, sondern gegen die von diesem erlassene Sentenz gerichtet, somit durch das Dasein einer in dieser liegenden Sachbeschwerde bedingt, welche daher zwar — und zwar meistens — in einem Versehen des Richters in procedendo oder iudicando, aber nicht nothwendig bloß hierin, sondern ebensogut auch in einem Versehen der Partei insofern ihren Grund haben kann, als diese nicht Alles während des Verfahrens vorgebracht hat, was sie in Bezug auf das concrete Rechtsverhältniß zwar hätte vorbringen können, aber sei es wegen des Vertrauens auf das wirklich Vorgebrachte, oder aus einem anderen Grunde vorzubringen unterlassen hat. Die Beschwerde kann also, mit anderen Worten, nicht bloß in

dem formalen, sondern auch in dem materiellen Rechte, nämlich in der iniquitas liegen, welche dem Urtheile zwar nicht in Bezug auf die actenmäßigen Thatfachen, aber wohl in Bezug auf die Thatumstände anklebt, welche außer den actenmäßigen noch auf das fragliche Rechtsverhältniß Beziehung und Einfluß haben, so daß, wenn diese zur Zeit der Urtheilsfällung noch vorgelegen hätten, sogar der iudex a quo wahrscheinlich so würde erkannt haben, wie die nun beschwerte Partei gewünscht, und vertrauend auf das Vorgebrachte auch gehofft hat, daß es geschehen werde. Da aber nicht nach ihrer Hoffnung erkannt worden, so bleibt ihr nun nichts Anderes übrig, als auf dem Wege der Berufung Alles, was auf die streitige causa Bezug hat, namentlich die nach ihrer nunmehrigen Meinung einflußreichen nova dem höheren Richter vorzulegen, um wenigstens jetzt ein der ganzen Sachlage entsprechendes Urtheil zu erwirken. Denn bei dem iudex a quo kann sie die ihr etwa noch zu Gebote stehenden nova nicht mehr vorbringen, da sein Amt mit der lata sententia zu Ende ist, und er diese nicht mehr abändern, noch ihr Fortschreiten zur Rechtskraft hemmen darf. Wir sehen hier von der blos auf nova — die zudem auch neu entdeckt sein müssen — zu gründenden Restitution gegen ein formal rechtskräftiges Erkenntniß ganz ab, da es sich hier bei noch nicht eingetretener Rechtskraft nur darum handelt, ob sich die nova mit der Appellation überhaupt vertragen. Und in dieser Hinsicht ist es wohl einleuchtend, daß der Beschwerte die nova im oben bezeichneten Sinne vor dem höheren Richter ebenso geltend machen, als dieser sie — da die Rechtskraft nicht eingetreten, mithin noch res integra und diese an ihn zur vollständigen Entscheidung devolvirt ist — berücksichtigen dürfe. Nach der bisherigen Entwicklung kann es endlich c) auch keinem begründeten Bedenken unterliegen, daß eine Beschwerde, mithin auch die sie geltend machende Appellation, an sich auch blos auf nova gestützt werden könne. Denn wie ein Urtheil blos in Rücksicht auf das nicht Vorgebrachte für eine Partei gravirlich sein kann, so muß ihr auch gestattet sein, eine solche Beschwerde allein vor dem höheren Richter zu verfolgen, da die Appellation für jede Beschwerde, welche eine Partei gegen ein Urtheil hat, gestattet ist, und es bei der Beurtheilung einer Beschwerde nicht darauf, ob sie der Richter zugefügt habe, sondern nur darauf ankommt, ob dieselbe in dem Urtheile wirklich liege, wenn dieses mit der ganzen Actenlage, das erlaubte neue Vorbringen des Appellanten mit eingeschlossen, also mit der ganzen in appellatorio vorliegenden Actenlage, auf welche ja der Appellationsrichter allein zu sehen hat, in Vergleichung gebracht wird. Kurz, dürfen nova zur Begründung einer Beschwerde vorgebracht werden, und kann eine Beschwerde auch blos durch nova begründet werden, so muß folgerichtig auch eine Appellation nur auf nova gestützt werden dürfen, wenn eine solche Beschwerde nicht ohne Abhilfe bleiben soll.

3) Diese allgemeinen Betrachtungen waren nothwendig, um für die Beurtheilung der positiven Gesetzgebung des gemeinen Rechtes, zu

der wte uns nun wenden, eine sichere Grundlage zu gewinnen. Was nun zunächst das römische Recht betrifft, so ist darüber, daß nach demselben nova vorgebracht werden dürfen, kein Zweifel, da dieß die in Justinian's Codex aufgenommene Verfügung Diocletian's und Maximian's¹³⁷⁾ ausdrücklich gestattet, die Verordnung des Theodos I., Arcadius und Honorius dagegen, wornach in zweiter Instanz über nichts entschieden werden könne, worüber nicht schon in erster verhandelt worden¹³⁸⁾, nicht in denselben übergegangen ist. In jener Verfügung wird insbesondere als Beweggrund angeführt¹³⁹⁾, daß, da lediglich (materielle) Gerechtigkeit das leitende Princip sein soll, ein wesentlicher Umstand deshalb, weil er etwa früher nicht vorgebracht worden, nicht unbeachtet bleiben dürfe. Nach dieser Stelle, wenn sie auch nur wörtlich aufgefaßt wird, leidet es überhaupt kaum einen Zweifel, daß die Appellation auch blos der nova wegen Platz greifen könne, indem sie besagt: wenn eine Partei im früheren Verfahren etwas nicht vollständig genug oder gar nicht vorgebracht hat, so soll sie dieß bei dem Appellationsrichter geltend machen. In das Gesetz spricht nur von der Geltendmachung der nova, ohne diese durch ein anderes gleichzeitiges Anführen zu bedingen. Es wird nach der angeführten ratio blos vorausgesetzt, daß die nova auf die gerechte Entscheidung der Sache wesentlichen Einfluß haben. Daß hier die Gerechtigkeit der Entscheidung nicht blos in Bezug auf die vorigen vor dem *iudex a quo* verhandelten Acten — mithin nicht blos in Bezug auf die Sentenz dieses Richters, sondern in Bezug auf alle materiellen, für die Sache sprechenden Momente bemessen werden wollte, folgt schon daraus, daß nach der Voraussetzung des Falles dem *iudex a quo* gerade solche Umstände, welche auf die gerechte Entscheidung wesentlichen Einfluß haben, unbekannt blieben. Mag es auch selten oder gar nie der Fall gewesen sein, daß Jemand die Berufung blos auf nova gestützt, also gegen eine Sentenz gebraucht habe, gegen welche, von den *novis* abgesehen, keine Beschwerde erhoben werden konnte; so kommt hierauf gar nichts an, da es sich lediglich nur darum handelt, ob dieß wenigstens nach den Gesetzen statthaft gewesen sei; wiewohl eine Appellation aus bloßen *novis* nach dem römischen Prozeßverfahren, wornach es keine *peremptorische* Beweisfristen gab, und man bei der Regel, daß nur gegen Endurtheile appellirt werden solle, alle diesem Urtheile vorgängigen Acte zur neuen *Judicatur in appellatorio* bringen durfte, allerdings recht leicht practisch vorkommen konnte. In Justinian's eigener Verordnung¹⁴⁰⁾ will man zwar ziemlich allgemein eine Beschränkung im Gebrauche der *nova*, und namentlich die Bestimmung

137) L. 6. Cod. de app. (7. 62.)

138) L. un. Cod. Theod. de possessione ab eo, qui bis prov. (11. 38.)

139) L. 6. §. 1. Cod. (7. 62.): Cum votum gerentibus nobis aliud nihil in iudiciis, quam iustitiam locum habere debere, necessaria res, forte transmissa, non excludenda videatur.

140) L. 4. Cod. de temp. (7. 63.) L. 87. in fin. Cod. de app. (7. 62.)

finden, daß die nova bloß zur Unterstüzung dervürbigen auf die vorige Actenlage gegründeten Beschwerden gebraucht werden dürften; was natürlich voraussetzt, daß eine Appellation nur zulässig sei, wenn das Urtheil auch in Bezug auf die früheren Verhandlungen beschwerend ist. Muß man aber schon überhaupt Gesetze, wenn es nur einigermaßen angeht, so auffassen, daß durch deren Erklärung kein Widerspruch zwischen ihnen entsteht, so verlohnt hier noch ferner Erwägung, daß, wenn die gedachte Beschränkung richtig wäre, ein römischer Appellationsrichter in die seltsame Lage hätte kommen können, eine vollkommen begründete Appellation zurückzuweisen und so eine nicht minder begründete Beschwerde ohne Remedium zu lassen, sobald nämlich eine solche, was gezeigtermaßen sehr wohl möglich war, durch bloße nova vollständig gerechtfertigt und der Appellationsangriff sonach nicht gegen die Conformität des Urtheiles mit den verhandelten Acten, sondern nur gegen die Conformität desselben mit allen auf die causa bezüglichen factischen Momenten gerichtet wurde. Dieß wäre gewiß der Stellung des römischen Appellationsrichters, der über die ganze causa, wie sie eben in seiner Instanz nach erfolgter Rechtfertigung vor ihm lag, zu entscheiden hatte, ebenso zuwider, als mit dem Rechte, nova überhaupt vorbringen zu dürfen, unvereinbar gewesen. Denn durfte man nova vorbringen, so wäre es wahrlich sehr sonderbar gewesen, wenn diese bloß dann hätten berücksichtigt werden dürfen, wenn sie die Beschwerde unterstützten, dann aber hätten verworfen werden müssen, wenn sie die Beschwerde vollkamen und allein schon begründeten, da man doch denken sollte, daß sie gerade im letzteren Falle weit mehr Berücksichtigung verdienen. Und wer hätte nun über die durch nova vollständig begründete Beschwerde entscheiden sollen, da eine Sache, einmal an den Appellationsrichter devolvirt, nicht wieder an den iudex a quo; dessen Amt ohnehin schon nach der sententia lata aufhörte, zurückgeschickt werden durfte? ¹⁴¹⁾

Allein wenn man Justinian's Verordnung etwas genauer in's Auge faßt, so wird man finden, daß sie eine solche Beschränkung gar nicht enthält, vielmehr mit der Constitution des Diocletian und Maximian völlig im Einklange steht.

In der ersten Stelle ¹⁴²⁾ gestattet nämlich Justinian sowohl dem Appellanten als dem Appellaten, bei den Berufungen auch nova zu gebrauchen, fügt aber (vermuthlich um einem eigerissenen Mißbrauche, der mit dem neuen Vorbringen in der Praxis getrieben worden sein mochte, zu begegnen), die — schon in der Natur der Sache, und darum auch in Diocletian's r. Vorschrift liegende — Modificatio hinzu, daß die neuen Angriffe (assertiones) und Einreden (exceptiones) nicht zu einer anderen Sache (novum capitulum) gehören dürfen, sondern aus jenen (Angriffen und Einreden), welche bei dem

141) L. 6. pr. Cod. de app. (7. 62.)

142) L. 4. Cod. de temp. (7. 63.)

vorigen Richter vorgebracht worden sind, entspringen und mit diesem in Verbindung stehen sollen. Die nova sollen hiernach nicht fremdartig, sondern pertinent sein, und mit Recht, weil sie ja sonst auf die Entscheidung der anhängigen Sache gar keinen Einfluß hätten, also ganz vergeblich vorgebracht werden würden.

In demselben Sinne sind auch die *novae assertiones* in der zweiten Stelle ¹⁴³⁾ aufzufassen. Die Worte: *etiam — addi*, worauf man so großes Gewicht legen will, würden, wenn sie sich auch nicht auf die in voriger Instanz vorgebrachten Gründe — was nach richtiger Auffassung gewiß der Fall ist ¹⁴⁴⁾ —, sondern wirklich auf die in der Appellationsinstanz geführten Beschwerden bezögen, dennoch gegen die Begründung der Appellation durch bloße nova nichts entscheiden, weil das, was in Verbindung mit etwas Anderem zu einem bestimmten Zwecke gebraucht werden darf, vom Gebrauche außer dieser Verbindung an sich (ohne ausdrückliches Verbot) nicht ausgeschlossen ist, sobald es auch allein zum Ziele führt. Nirgends ist aber ein Verbot zu finden, die Appellation bloß durch nova zu begründen; es liegt vielmehr im Geiste des ganzen römischen Appellationsystems, daß der höhere Richter bei der Beurtheilung einer Appellation, zu deren Zulässigkeit schon *una causa probabilis* ¹⁴⁵⁾ genügte, und bei welcher man sogar die zuerst aufgestellte *causa appellandi* wieder fallen lassen und zu einer anderen greifen konnte ¹⁴⁶⁾, sich nicht an die Verhandlungen der vorigen Instanz zu binden, die Beschwerde nicht ängstlich nach denselben zu bemessen, und darauf Rücksicht zu nehmen brauchte, ob der vorige Richter recht verfahren und entschieden habe, sondern in Bezug auf die ganze Sachlage und nach seiner Auffassung derselben und aller darauf bezüglichen Momente auszusprechen hatte, ob die *interposita provocatio iniusta vel iusta* ¹⁴⁷⁾ sei. Die gegentheilige Meinung beruht hauptsächlich auf der im römischen Rechte nirgends ausgesprochenen Ansicht ¹⁴⁸⁾, daß die Appellation wesentlich eine in den bisher verhandelten Acten begründete *iniquitas* voraussetze; was, wäre es richtig, das *beneficium novorum* ziemlich überflüssig machen würde.

4) Das canonische Recht gestattet bei Appellationen gegen eine *interlocutoria vel a gravamine iudicis* keine nova ¹⁴⁹⁾, und mit

143) L. 37. in f. Cod. de app. (7. 62.) — Blimmern, *Recht*. III. S. 532 u. dort Note 14.

144) *Recht*. f. v. Almenningen a. a. D. S. 112. flg.

145) L. 13. §. 2. D. de app. (49. 1.)

146) L. 3. §. 3. D. de app. (49. 1.)

147) L. 6. pr. in fin. Cod. de app. (7. 62.) Heffter, *Inst.* S. 478.

148) Mit L. 1. pr. D. de app. (49. 1.): *Cum* (appellandi usus) *iniquitatem iudicantium, vel imperitiam corrigat*, kann sie nicht begründet werden, da diese den gewöhnlichen Fall betreffende Bemerkung den anderen Fall, wo die *iniquitas* nicht vom Richter, sondern von der eigenen Unvorsichtigkeit der Partei in agendo vel defendendo herrührt, nicht ausschließt. *U. W.* ist *Linde*, *Zeitschrift* IV. S. 466. *Recht*. f. dagegen L. 1. §. 1. Cod. de app. (7. 62.)

149) Clem. 5. de app. (2. 12.)

Recht, weil hier der Grund der Beschwerde nur in einer Handlung des Richters liegen kann. Schon aus diesem Verbote würde mit Recht geschlossen werden können, daß bei einer Appellation gegen die *sententia definitiva nova* zulässig seien, wäre dieß nicht ausdrücklich für statthaft erklärt. Eine solche Erklärung liegt aber in der Bestätigung dessen, was das römische Recht über die *appellatio* gegen die *sententia definitiva* verordnet hat¹⁵⁰). Das canonische Recht führt überdieß einen Fall an, in welchem eine Appellation bloß auf ein *novum*, auf eine im ersten Verfahren gar nicht erwähnte Bedingung bei einem Hauskaufe, begründet wurde, und eine für den Appellanten günstige Entscheidung zur Folge hatte¹⁵¹). Als Grund der Zulässigkeit des *novum* wird bloß die Pertinenz desselben angeführt¹⁵²). Das canonische Recht stimmt also ganz mit dem römischen in der oben aufgeführten Weise überein. Nur dürfen neue Zeugen über Sätze, worüber schon publicirte Zeugenaussagen vorliegen, nicht mehr vorgeschlagen werden¹⁵³).

5) Die teutschen Reichsgesetze änderten das römische und canonische Recht nicht ab. Gleich dem letzteren verbieten sie zunächst das neue Vorbringen bei Appellationen gegen einfache *Interlocute*¹⁵⁴). In Bezug auf die Appellation gegen *Beurtheile*, welche die Kraft eines *Endurtheiles* haben, und gegen *Definitivsentenzen* setzte sodann schon die *E. G. D. v. 1500*¹⁵⁵) die Befugniß des Appellanten und Appellaten, neue Beweise und Thatsachen vorzubringen, dadurch als begründet voraus, daß sie bloß das dabei zu beobachtende Verfahren näher vorschrieb. Ein Gleiches that die *E. G. D. v. 1507*¹⁵⁶). Erst die *E. G. D. v. 1555*¹⁵⁷) bestimmte die Beschaffenheit der zulässigen *nova* näher dahin, daß sie der Klage gemäß und aus derselben gezogen, und nicht auf andere Klagen und Sachen gestellt sein sollen. Ein das *beneficium novorum* dahin beschränkender Gemeiner Bescheid¹⁵⁸), daß der Appellant, außer den Beschwerden, noch besonders anzeigen solle, was er ferner, als zuvor geschehen, und welcher Gestalt er von Neuem zu beweisen begehre, wurde gesetzlich aufgehoben¹⁵⁹). So verblieb es bis zum jüngsten Reichsabschiede, nur ward

150) C. 1. de app. in VI. (2. 15.)

151) C. 10. X. de fide instrum. (2. 22.)

152) Quod etsi novum esset capitulum, pendebat tamen ex veteri.

153) Clem. 2. de test. (2. 8.)

154) E. G. D. v. 1507. Abf. XXXVI. Art. II. §. 7. v. 1555. Th. III. Tit. 31. §. 10. Dep. X. v. 1600. §. 113.

155) Art. XV. §. 9. u. 10.

156) Abf. XXXVI. Art. III. §. 11 flg.

157) Th. III. Tit. 33. §. 5. offenbar nach L. 4. Cod. de temp. (7. 63.) und nicht bestimmter als in dieser *lex* (A. W. Spangenberg im Arch. Ab. IX. S. 54 u. 63.), aber nach dieser Quelle auch auf das neue Vorbringen des Appellaten (das. §. 5.) analog anzuwenden.

158) Rom 13. December 1593. in Bergmann's corp. iur. S. 369. Note 1.

159) Durch R. D. X. v. 1600. §. 114.

noch weiter verfügt, daß bei der Rechtfertigung der Appellation ein allgemeiner Eid vor Gefährde, jedoch nur, wenn die eine oder andere Partei solches verlangen würde, ausgeschworen werden solle¹⁶⁰). Der gedachte J. R. A.¹⁶¹) wiederholte in Bezug auf das beneficium novorum zwar nur die früheren Bestimmungen¹⁶²) dahin: daß in der Appellationsinstanz nicht allein nach Ausweis des gemeinen geschriebenen (röm. und can.) Rechtes, was in priori instantia nicht vorgekommen oder deducirt worden, de novo zu deduciren und zu beweisen, sondern auch, was in voriger Instanz bereits vorgebracht, ferner und besser zu beweisen, gestattet sein solle; er verwandelte aber zugleich den erwähnten Gefährdeid in Bezug auf das beneficium novorum in einen von dem Appellanten im ersten Termine bei Strafe der Desertion abzuleistenden Appellationseid, den keine Partei der anderen erlassen konnte, ja sogar der Appellant und sein Anwalt, sowie die Nachfolger Beider stets schwören mußten¹⁶³). Der Appellat war, wenn er keine nova vorbrachte, und dessen Anwalt selbst in diesem Falle von dem Eide frei¹⁶⁴). Die Eidesformel¹⁶⁵) wurde dem Concept der C. G. D.¹⁶⁶) entnommen und lautet so: Daß er (Appellant beziehungsweise Appellat) von seinem neuen Einbringen novorum deducendum, so ihm bereits bei Ablegung des Eides vorkommen, oder in Vollführung der Appellation vorkommen möchten, in erster Instanz keine Wissenschaft gehabt, oder dieselben damahln einzubringen nicht vermocht oder für undienlich und unnöthig geachtet, nunmehr aber dafür halte, daß sie ihm zur Erhaltung Rechtes dienlich seien. Diese Eidesformel erregte vorzüglich den Zweifel: ob nun in Folge derselben das beneficium novorum in demselben Umfange zulässig sei, wie nach römischem und canonischem Rechte, welchen beiden ein peremptorischer Beweistermin ebenso unbekannt ist, als die Eventualmaxime; ob also die in dem J. R. A. selbst und zwar zuerst festgesetzten Bestimmungen über Desertion und Präclusion¹⁶⁷) in Bezug auf die Appellation bergestalt wirkungslos seien, daß man auch das in der ersten Instanz durch Präclusion oder Desertion Verlorene in der Appellationsinstanz als novum vorbringen dürfe, wenn man den erwähnten Eid leistet?

160) C. G. D. v. 1507. Abf. XXXVI. Art. III. §. 8. C. 41, und v. 1555. Th. III. Tit. 32. §. 6.

161) J. R. A. §. 78.

162) Dep.-A. v. 1600. §. 114. C. G. D. v. 1555. Th. III. Tit. 33. §. 5.

163) J. R. A. §. 118.

164) J. R. A. §. 73. a. C.

165) J. R. A. §. 118. vgl. auch §. 73.

166) C. G. D. v. 1613. Th. III. Tit. 38. §. 15.

167) Vgl. J. R. A. §. 38, 78, 97.

168) Man s. z. B. Gdnner, Handbuch III. Abh. 60. §. 18. Nr. 2. Spangenberg a. a. D. S. 68 fig. Reinhardt, Handb. II. §. 345 fig. Bayer, Boetr. S. 474.

Die gewöhnliche Meinung¹⁶⁸⁾ nimmt dieß an, während v. Almen-
dingen¹⁶⁹⁾ und Linde¹⁷⁰⁾ eine solche Ausdehnung des Rech-
tes des neuen Vorbringens im *J. N. U.* nicht finden. Wenn auch
die Worte des Eides, der mit Unrecht sogar für einen Restitu-
tionseid erklärt worden ist¹⁷¹⁾, offenbar aus Versehen etwas weit
gerathen sind, indem man das Concept der *E. G. D.* vor Augen hatte;
so konnte die Absicht des Gesetzes wohl nicht auf eine Wieder-
aufhebung der zu gleicher Zeit festgesetzten so äußerst wohlthätigen Be-
stimmungen gerichtet sein. Auch läßt sich nicht annehmen, daß man
der eidlichen Versicherung ein so großes Gewicht zugetraut habe¹⁷²⁾,
daß die Parteien aus Gewissensangst von einem Mißbrauche dieser
Befugniß würden abgehalten werden; wenigstens würde man es selbst
bei dieser Voraussetzung gewiß für zweckmäßiger gehalten haben, die
Parteien einer Versuchung zum falschen Eide gar nicht auszusetzen.
Ebenso wenig kann man dieser Bestimmung die Absicht, die Appella-
tion an die Reichsgerichte möglichst zu begünstigen, unterlegen. Wir
halten dafür, daß das in der vorigen Instanz durch *Præclusion* oder
Desertion Verlorne schon aus dem oben (Nr. 2) bemerkten Grunde —
aus der Eidesformel — selbst in ihrer weiten Fassung — ausgeschlossen
sei, weil es nämlich rechtlich als bereits früher vorgebracht betrachtet
werden muß. Jedensfalls muß der Eid nach der Absicht des Gesetzes
in diesem beschränkten Sinne erklärt werden. — Particulargesetze ha-
ben dieses *beneficium* theils beschränkt, theils aufgehoben¹⁷³⁾.

IV. Wirkungen der Appellation¹⁷⁴⁾.

1) Unter den Wirkungen der Appellation hat man nicht
das, was sich in Folge ihres Gebrauches als materielles
Ergebniß hinsichtlich der erhobenen Beschwerden in der endlichen
oberrichterlichen Entscheidung herausstellt (welches vielmehr als eine
Wirkung von der Beschaffenheit der Beschwerden selbst erscheint, zu
ihren Verfolgung die Appellation blos das Mittel ist), noch das zu
verstehen, was sich auf die rechtliche Durchführung der Beschwerden
bezieht. Daher ist das *beneficium novorum* keine Wirkung der
Appellation¹⁷⁵⁾, sondern vielmehr ein gesetzlich gestattetes Mittel,

169) *Metaph.* I. *§.* 121 flg.

170) *B. B.* in der *Zeitschrift* *Bd.* IV. *§.* 476 flg. — Man s. auch
Martin, *Lehrb.* *§.* 292.

171) *B. B. v. Grolman*, *Theorie des Proz.* *§.* 214, siehe dagegen
Gönnner, *Handbuch* III. *Abh.* 60. *§.* 12, und *Linde a. a. D.* *§.* 479.

172) Dieß scheint *Linde a. a. D.* *§.* 477 flg. zu glauben.

173) *M. s. Mittermayer a. a. D.*

174) *M. s. v. Almenningen a. a. D.* *Nr.* VI. *§.* 71 flg. *Danz*,
ord. Proz. *§.* 427. *Gönnner*, *Handb.* III. *Abh.* 60. *§.* *Heffter*, *Inst.* *§.*
489 flg. *Linde*, in der *Zeitschrift* *Bd.* IX. *§.* 311 flg.

175) So wenig, als z. B. die Begründung der Klage, oder was dazu
dient, eine Wirkung der Anstellung der Klage ist. *U. M.* sind die Mei-
sten, s. z. *B.* noch *Linde*, *Lehrb.* *§.* 403. *M. s.* aber z. *B.* *Heffter u.*
Wayer a. a. D.

die Appellation in Bezug auf ihren Endzweck wirksam zu machen. Als Wirkung der Appellation kann man nur dasjenige betrachten, was sich als eine nothwendige Folge aus ihrem gesetzlichen Begriffe ergibt, und daher blos deshalb nothwendig eintreten muß, weil die Appellation wirklich gebraucht wird. Solche Wirkungen sind blos die Suspensiv- und Devolutivkraft und die Gemeinschaft der Appellation oder Appellationsadhäsion. Da von der letzteren schon in einem besonderen Artikel¹⁷⁶⁾ die Rede war, so ist hier nur mehr von der Suspensiv- und Defensivkraft zu handeln¹⁷⁷⁾.

2) Die Suspensivkraft (*effectus suspensivus*) besteht darin, daß während der Appellationspendenz die Gewalt (*imperium*) des Unterrichters (*iudex a quo*) gehemmt ist, und die durch die Appellation angefochtene Verfügung nicht zur Vollziehbarkeit fortschreiten kann¹⁷⁸⁾. Diese Wirkung ist eine nothwendige Folge der Appellationseinlegung¹⁷⁹⁾, mit welcher sie auch sofort eintritt, wenn der Unterrichter von derselben auch sogleich Kenntniß erlangt¹⁸⁰⁾. Denn da der Gebrauch der Appellation eine Abänderung der unterrichterlichen Verfügung bezweckt, so würde ein Fortschreiten in der Sache, ein Vollziehen der Verfügung völlig zweckwidrig sein, ja oft die Realisirung des Zweckes unmöglich machen.

In der Suspensivkraft liegt dem Begriffe nach zweierlei: a) die Suspension der unterrichterlichen Gewalt in Bezug auf das weitere Verfahren in der Sache, und b) das Hemmen des Fortschrittes der richterlichen Verfügung zur Vollziehbarkeit oder Rechtskraft. Daher ist jede vom Unterrichter nach eingetretener Suspensivkraft in der Sache vorgenommene Veränderung (Neuerung) als ein *Ut tentat* (*innovatio*) ungiltig und strafbar, und auf Begehren der betheiligten Partei vom Obergerichte wieder aufzuheben, der zu diesem Zwecke Aufhebungsbefehle (*mandata cassat.*) erläßt¹⁸¹⁾. Hinsichtlich des zweiten Momentes wurde behauptet¹⁸²⁾, daß die Suspensivwirkung den Eintritt der Rechtskraft nur in Ansehung der Punkte hemme, gegen welche die Appellation gerichtet ist, der übrige Theil des

176) Siehe den Art. Adhäsion des R.-L. Man s. noch Linde, im Arch. für civil. Prax. Bb. XIX. S. 462 ff., und Bb. XX. S. 53 ff.

177) Die Wirkung, welche ein Appellationsurtheil auf Dritte haben kann (s. L. 1. u. 2. Cod. si unus ex plur. (7. 68.) und Bayer, Vortr. S. 497.), ist ebenfalls keine Wirkung der Appellation, sondern eines besonderen Verhältnisses zwischen dem Appellanten und dem Dritten.

178) L. un. pr. D. nihil innovari. (49. 7.) L. 3. Cod. de app. (7. 62.) Nov. 134. c. 3. in f. c. 7. de app. in VI. (2. 15.)

179) Man s. L. un. pr. D. cit. Gdnner a. a. D. §. 3. Heffter a. a. D. Linde, Lehrb. §. 405. Bethmann-Hollweg, Handbuch I. S. 355.

180) Ohne Kenntniß kann er bleiben, wenn die Einlegung der Appellation vor dem Notar geschieht und ihm davon keine Nachricht gegeben wird.

181) C. 7. de app. in VI. (2. 15.)

182) Gdnner a. a. D. §. 3.

Erkenntnisses aber rechtskräftig werde. Dieß ist insofern unrichtig, als in Bezug auf den Unterrichter, schon wegen des ersten Momentes der Suspensivkraft, die Vollziehbarkeit des ganzen Urtheiles suspendirt wird, da er überhaupt in der Sache nichts mehr thun darf, und er bei der Einlegung der Appellation, bei welcher die Beschwerden nicht angegeben zu werden brauchen¹⁸³), auch nicht einmal erfährt, inwieweit das Urtheil als gravirlich werde angefochten werden; aber insofern völlig wahr, als in Bezug auf den Oberrichter das angefochtene Erkenntniß nur in Ansehung der Beschwerdepuncte als suspendirt, hinsichtlich der übrigen Theile hingegen als rechtskräftig und somit unabänderlich erscheint.

Die Suspensivkraft tritt als eine nothwendige Folge der Appellation durch die Einlegung der letzteren von selbst ein. Einhaltsbefehle (inhibitoriales) des Oberrichters sind daher, von dem Falle eines Attentates abgesehen, zur Bewirkung derselben unnöthig. Nur wenn die Appellation nach Ablauf der Einlegungsfrist interponirt und vom Oberrichter die Restitution wegen der versäumten Interpositionsfatalien ertheilt wird, oder die Interposition vor einem Notar geschah, ohne daß dem Unterrichter davon Nachricht gegeben wurde, sind Inhibitorien erforderlich, weil der Unterrichter in diesen Fällen sonst in der Sache fortschreiten kann, ohne ein Attentat zu begehen¹⁸⁴). Ebensovienig hat die Ansicht des Unterrichters über die Zulässigkeit der Appellation auf den Eintritt der Suspensivkraft Einfluß¹⁸⁵). Von selbst erfolgt jedoch dieser Eintritt nur bei Appellationen gegen Decisivdecrete, weil diese ohne Suspension in Rechtskraft übergehen würden; bei Appellationen gegen einfache Decrete muß dagegen die Suspensivkraft erst durch oberrichterliche Inhibition bewirkt werden, bis zu welcher daher der Unterrichter, ungeachtet der geschehenen Appellationseinlegung, in der Sache weiter verfahren kann, ohne sich dadurch eines Attentates schuldig zu machen¹⁸⁶). Dasselbe findet auch bei Extrajudicialappellationen statt¹⁸⁷).

In einigen Fällen soll, wie man gewöhnlich sich ausdrückt, die Suspensivkraft gar nicht eintreten. Allein so darf man die Sache nicht auffassen, weil, wenn dieß sich wirklich so verhielte, die Appellation zweck- und sinnlos wäre. Die Suspensivkraft tritt vielmehr auch in diesen Fällen, jedoch nur beschränkt und bedingt ein; beschränkt, insofern der Unterrichter in seiner Gewalt entweder gar nicht, oder wenigstens nicht in Bezug auf provisorische Verfü-

183) Man s. darüber Linde im Arch. a. a. D.

184) C. 3. §. 3. de app. in VI. (2. 15.) C. G. D. v. 1555. Th. III. Tit. 29. §. 5.

185) L. 6. D. de appell. rec. (49. 5.) L. 1. pr. D. nihil innovari. (49. 7.)

186) C. 7. de app. in VI. (2. 15.) c. 2. de dolo et cont. in VI. (2. 6.)

187) R. X. v. 1594. §. 94.

gungen, welche die Umstände wegen der Suspension der Sache gebieten¹⁸⁸), gehemmt wird; bedingt dagegen, in Bezug auf die angefochtene Verfügung, insofern diese — der eingewandten Appellation ungeachtet — bedingungsweise entweder in Kraft bleibt¹⁸⁹), wenn sie bereits ausgeführt ist, oder doch vollzogen werden kann. Hier tritt nämlich die Suspensivkraft bloß unter der aufschlebenden Bedingung, wenn die Appellation begründet befunden wird, ein. Fällt daher die Bedingung weg, so wird die Verfügung unbedingt, und bleibt in Kraft; tritt dagegen die Bedingung ein, so wird die Suspensivkraft unbedingt mit denselben Folgen, als wenn sie bei der Appellationseinlegung pure eingetreten wäre. Diese Fälle sind, wenn a) gegen possessorisches Erkenntnisse¹⁹⁰), b) in einigen summarischen Prozeßarten¹⁹¹), oder c) in solchen Fällen appellirt wird, wo die unbedingte Suspensivkraft den Zweck des Prozesses vereiteln würde¹⁹²). Hinsichtlich der nothwendigen provisorischen Verfügungen wird der Unterrichter durch die Suspensivkraft niemals in seiner Gewalt suspendirt; auch tritt in Bezug auf diese Verfügungen, wenn dagegen besonders appellirt werden sollte, die Suspensivkraft stets nur bedingt ein.

3) Die Devolutivkraft (effectus devolutivus) besteht darin, daß durch die Appellationseinlegung die Zuständigkeit in der Sache ausschließlich an den Oberrichter übergeht, welcher sonach allein sowohl über die Zulässigkeit der Appellation ohne Rücksicht auf die Ansicht des Unterrichters darüber, als über den Grund der Beschwerden zu entscheiden hat¹⁹³). Sie tritt sofort mit der Einlegung der Berufung von selbst und zwar immer ein, so daß, wenn diese zu spät erfolgt, auch die Restitution nur vom Oberrichter ertheilt werden kann¹⁹⁴), und ist nicht bloß von der Appellation, sondern auch von der — wenigstens bedingten¹⁹⁵) — Suspensivkraft unzertrennlich. Denn die Devolution hätte ohne alle Suspension,

188) *Z. B.* die Verfügung über Alimente: L. 27. §. 3. D. de inoff. test. (5. 2.); über Caution: L. 5. §. 1. D. ut legator. s. fideicomm. (36. 3.) über Deponirung der Früchte: L. 21. §. 8. D. de app. (49. 1.)

189) *Z. B.* der bereits verhängte Arrest.

190) Welche nämlich die Wiederherstellung eines unrechtmäßig entzogenen Besizes anordnen: L. un. Cod. si de moment. poss. (7. 69.) *Gdanner*, *Handb.* III. *Abh.* 61. §. 4 *fig.* *Bef. Bethmanns-Hollweg*, *Handb.* I. §. 37. *S.* 383 *fig.*

191) *Z. B.* in Meß- und Handelsachen; *J. R. X.* §. 107. *Vgl.* noch *Heffter*, *Inst.* *S.* 466. §. 17.

192) *Z. B.* wenn gegen verfügten Arrest, gegen angeordnete Sequestraction *zc.* appellirt wird.

193) L. 6. D. de app. rec. (49. 5.) L. 1. pr. D. nihil innov. (49. 7.) L. 3. Cod. de app. (7. 62.) c. 55. X. de app. (2. 28.)

194) *Gdanner*, *Handb.* III. *Abh.* 58.

195) Unter dieser Modification ist v. *Alimendingens* Ansicht von der Unzertrennlichkeit der Suspensiv- und Devolutivkraft völlig begründet.

die sie gerade als Bedingung voraussetzt, ebensowenig Sinn, als die Suspension ohne Devolution der Sache an einen höheren Richter.

4) Ueber die Dauer der Devolutivkraft, wann nämlich die Zuständigkeit des Obergerichtes wieder erlischt und von ihm an den Unterrichter remittirt werden muß (remissoriales), stimmen die Ansichten der Rechtslehrer¹⁹⁶⁾ nicht ganz miteinander überein. a) Nach römischem Rechte¹⁹⁷⁾ soll eine durch Appellation an einen höheren Richter devolvirte Sache unter keinem Vorwande mehr an den Unterrichter remittirt werden. b) Nach canonischem Rechte¹⁹⁸⁾ trat a) bei grundlos befundener Beschwerde immer, es mochte ante oder post sententiam definitivam appellirt worden sein, Remission der Sache an den Unterrichter ein, außer wenn dieser eine vor der Definitivsentenz eingewandte Appellation schlechthin (simpliciter) für zulässig erklärte, in welchem Falle wegen des aus dieser Erklärung gefolgerten Verzichtes des Unterrichters auf seine Zuständigkeit die Remission auch unterbleiben durfte; oder wenn auf die Appellation zeitig verzichtet oder von beiden Parteien die Zustimmung zur Remission gegeben wurde, in welchen Fällen diese bei jeder Appellation eintrat. Tand dagegen β) der Obergerichter die Appellation für begründet, so blieb er auch für die fernere Behandlung der Sache zuständig, ohne Unterschied, ob vor oder nach der Definitivsentenz appellirt wurde. c) Die Reichsgesetzgebung¹⁹⁹⁾ bestätigte hinsichtlich der zulässig befundenen Appellation das römische Recht, und verordnete ferner, daß der Appellationsrichter bei unzulässiger, mithin nicht an ihn erwachsener Berufung zwar über die Kosten des Appellationsverfahrens entscheiden und diese Entscheidung vollziehen könne, die Sache aber an den Unterrichter zur weiteren Behandlung zu remittiren habe. d) Der Gerichtsgebrauch²⁰⁰⁾ hält sich jedoch an die angegebenen gesetzlichen Bestimmungen nicht genau. Um nämlich keiner Partei das Recht auf die drei Instanzen zu entziehen, pflegt man nach dem Gerichtsgebrauche die Acten immer zur weiteren Verhandlung an den Unterrichter zu remittiren, so oft nach der Entscheidung über die Appellation noch ein Punct übrig bleibt, worüber in voriger Instanz noch gar

196) Danz, orb. Proz. §. 440. Gönner, Handbuch III. Abh. 60. §. 33 flg. Martin, Lehrb. §. 291. Bayer, Vortr. S. 492 flg. Lauk, observat. for. circa quaedam proc. civ. capit. Wirceb. 1817. obs. III. Walbeck, Controversenentscheidungen des gemeinschaftl. D. X. G. zu Wolfenbüttel, Braunschweig 1827. I. Bb. S. 1 flg. u. 304 flg. Linde, im Arch. f. d. civ. Prax. Bd. XV. S. 151 flg. und Lehrb. §. 411.

197) L. 6. pr. Cod. de app. (7. 62.) cf. L. 36. Cod. eod. u. L. 39. D. de minor. (4. 4.) Dieß galt wohl nur von Appellationen gegen Endurtheile, s. Bethman-Hollweg, Handb. I. S. 367. u. dort Note 90.

198) C. 35. 38. 59. 61. u. 70. §. 2. X. de app. (2. 28.) c. 5. de app. in VI. (2. 15.)

199) G. D. v. 1555. Th. III. Tit. 50. §. 5. u. 6.

200) Man s. Gönner, Handb. III. Abh. 60. §. 35 flg. Bayer Vortr. S. 493.

nicht gesprochen worden ist. Demgemäß tritt Remission ein: *a*) bei Appellationen gegen bloße Zwischenbescheide immer, diese mögen in der höheren Instanz bestätigt oder abgeändert worden sein; *β*) bei Appellationen gegen Endurtheile aber dann, wenn diese bestätigt wurden, oder die erfolgte Abänderung derselben ein neues Verfahren über einen Punct nöthig macht, worüber der Unterrichter noch nicht gesprochen hat.

5) Daß die Appellation keine rescissorische Kraft bewirke, d. h. den Rechtsstreit nicht in die Lage zurücksetze, in welcher er sich zur Zeit der Litiscontestation befand, was man früher, besonders wegen des *beneficium novorum*, allgemein angenommen hat, dürfte sich aus dem Bisherigen, besonders aus dem über dieses *beneficium* Gesagten, von selbst ergeben, und ist von Gönner²⁰¹⁾ gründlich gezeigt worden.

V. Appellationsverfahren²⁰²⁾.

1) Das Appellationsverfahren besteht in dem Inbegriffe der durch den wirklichen Gebrauch der Appellation veranlaßten, und die rechtliche Möglichkeit der Entscheidung über die Zulässigkeit und den Grund derselben bedingenden Verhandlungen. Bei diesem Verfahren, welches ein eigenes Prozeßstadium bildet und sich in materieller Hinsicht auf die aufgestellten Beschwerden beschränkt, erscheint derjenige, welcher appellirt (Appellant), als der angreifende Theil demjenigen gegenüber, welcher die angefochtene richterliche Verfügung gegen die durch die Appellation bezweckte Abänderung derselben vertheidigt (Appellat).

2) Das Appellationsverfahren zerfällt in zwei Hauptperioden, wovon die eine die Zulässigkeit der Appellation, die andere aber den materiellen Grund derselben zum Gegenstande hat, und wovon letztere dann gar nicht eintritt, wenn das Resultat in ersterer verneinend ausfällt. Die zu beiden Perioden gehörigen Handlungen lassen sich in Bezug auf die Richter, vor welchen sie vorkommen, ebenfalls in zwei Hauptabschnitte theilen, wovon der erste die Handlungen vor dem Unterrichter (*iudex a quo*), nämlich die Einlegung der Appellation, das Gesuch um Apostel und Actenmittheilung, und die hierauf bezüglichen Verfügungen des Unterrichters, und der zweite die Handlungen vor dem

201) Handb. III. Abh. 60. §. 6 flg. Zuerst zog die rescissorische Kraft v. Grolmann (Theorie §. 214) in Zweifel. Vgl. L. 20. D. *iudicat. solvi.* (46. 7.) Heffter, Inst. S. 478.

202) M. f. Zimmermann, R. G. Bd. III. §. 171. u. 174—176. Bethmann-Hollweg, Handb. I. S. 354 flg. Danz, orb. Proz. §. 428 flg. Martin, Lehrb. §. 286 flg. Gensler, Comment. Bd. II. S. 141 flg. Heffter, Inst. S. 462 flg. Bayer, Vortr. S. 476 flg. Linde, Lehrb. §. 404 flg. Rittermaier, III. Beitr. S. 51 flg. — Ueber die Appellation der Kaiser nach älterem röm. Rechte per consultationem oder more consultationis insbesond. Heffter a. a. D. S. 452. §. 4. und Bethmann-Hollweg a. a. D. S. 360 flg.

Oberrichter (*iudex ad quem*), nämlich die Einführung und Rechtfertigung der Appellation, die darauf bezüglichen Verfügungen des Oberrichters, namentlich die nach der Rechtfertigung erfolgende Erkennung der Appellationsprozesse, wenn es überhaupt dazu kommt, und das nun erfolgende Verfahren der Parteien, insofern ein solches nöthig ist, in sich begreift.

3) Das Appellationsverfahren ist verschieden, je nachdem gegen *Decisivdecrete*, diese mögen *Zwischenurtheile* mit der Kraft einer *definitiva* oder *Endurtheile* sein, oder gegen einfache *Decrete* und außergerichtliche richterliche Verfügungen appellirt wird. Dieß macht eine Absonderung der beiden Verfahrensarten nothwendig.

A) Bei Appellationen gegen *Decisivdecrete*.

a) Verfahren vor dem *iudex a quo*.

1) Wer gegen ein Urtheil das Rechtsmittel der Berufung ergreifen will, muß dieß vor dem *iudex a quo* zeitig und ausdrücklich erklären. Diese Erklärung, appelliren zu wollen, heißt Einlegung (*Einwendung*) der Appellation (*interpositio appellationis*). a) Sie muß nach römischen Rechte immer vor dem *iudex a quo* geschehen; nur wenn ein erweisliches Hinderniß es unmöglich macht, zu diesem zu gelangen, kann man dennoch die Appellation bei dem Oberrichter nach der Einlegungsfrist ohne Nachtheil einführen²⁰³). Auch vertritt eine *publica testatio* die Stelle der *interpositio*, wenn diese an den *iudex* selbst *propter eius violentiam* nicht geschehen kann²⁰⁴). Diesen Bestimmungen folgend gestattet das canonische Recht, sowohl wegen Furcht als Unzugänglichkeit des *iudex a quo*, eine außergerichtliche Appellationseinlegung in Gegenwart rechtlicher Männer²⁰⁵). Die Reichsgesetze lassen dem Appellanten in allen Fällen die Wahl, die Appellation vor dem Unterrichter oder vor einem öffentlichen Notar und zwei Zeugen zu interponiren. Im letzteren Falle beginnt jedoch die *Suspensivkraft* nicht eher, als bis der Unterrichter von der *Interpositio* Kenntniß erlangt hat²⁰⁶). b) Die *Interpositio* mußte nach älterem römischen Rechte in eigener Sache *intra biduum* und in fremder *intra triduum* vom Tage der Urtheilsverkündigung und utiliter von dem Zeitpunkte an geschehen, wo man zuerst Gelegenheit hatte, dem *iudex a quo* den Appellationslibell zu überreichen²⁰⁷).

203) L. 1. §. 10. D. quando appell. (49. 4.) L. 19. Cod. de app. (7. 62.)

204) L. 7. D. de app. (49. 1.) L. 2. Cod. de his, qui per met. (7. 67.)

205) C. 73. X. de app. (2. 28.) — Ueber die unmittelbare Appellation an den Papst s. c. 4. u. 34. X. eod.

206) Rotar.-Ordn. v. 1512. Tit. II. §. 1. C. G. D. v. 1555. Tit. III. Tit. 29. §. 5.

207) L. 5. §. 4. D. de app. (49. 1.) L. 1. §. 6. sq. D. quando app. (49. 4.)

Von Justinian wurde dafür, ohne Unterschied zwischen eigener und fremder Sache, eine Frist von zehn Tagen, vom Zeitpunkte der Urtheilsverkündung an gerechnet, festgesetzt²⁰⁸), womit auch das canonische Recht und die Reichsgesetze übereinstimmen²⁰⁹). Dieses decennium ist eine Nothfrist (fatalis interponendae appell.), welche von Moment zu Moment berechnet wird, und dessen Versäumniß sofort die Rechtskraft des Urtheiles und somit den, nur noch durch restitutio in integr. abwendbaren Verlust der Appellation zur Folge hat²¹⁰). Eine Verlängerung dieser Frist ist dem Richter nicht gestattet²¹¹). Nach Ablauf derselben kann selbst eine Einwilligung der Parteien die Appellation nicht zulässig machen, weil eine solche Uebereinkunft, bei nun eingetretener Rechtskraft, als ein Vergleich über eine res iudicata oder als ein Compromiß auf einen höheren Staatsrichter unerlaubt ist. Der Appellationsrichter muß daher die versäumte Berufung sofort verwerfen, wenn gleich die praescriptio fori nicht vorgebracht wurde. Jedoch wäre ein Erkenntniß desselben in der Sache selbst nur dann nichtig, wenn diese praescriptio wirklich vorgeschützt worden ist, weil es erst in diesem Falle contra rem iudicatam nichtig erlassen wäre²¹²). c) Die Interposition kann sowohl mündlich ad acta durch die bloße Erklärung: Ich appellire, jedoch nur sogleich nach der Verkündung des Urtheiles, als schriftlich innerhalb der Nothfrist durch Ueberreichung einer Appellationsanzeige (libelli appellatorii, schedula appellationis) geschehen²¹³), in welcher man, ohne Anführung von Gründen, den Appellanten, den Appellaten, dessen Weglassung jedoch unschädlich ist²¹⁴), und das beschwerliche Urtheil namhaft macht und um Zulassung des Rechtsmittels bittet. Der Appellant muß sich übrigens aller Injurien gegen den iudex a quo enthalten, sonst kann er gestraft werden²¹⁵). d) Will eine Partei nach Ablauf der Nothfrist appelliren und zu dem Ende um Restitution nachsuchen, so muß sie anstatt der Interposition die Appellation sogleich bei dem Oberrichter mit der Bitte um die Restitution einführen, und diese Bitte begründen, was zweckmäßig durch die mit der Einführung verbundene Rechtfertigung geschehen kann. Dem iudex a quo wird hiervon Anzeige gemacht und um Siftirung des Verfahrens gebeten. e) Legen beide Theile die Ap-

208) Nov. 23. c. 2.

209) C. 15. X. de app. (2. 28.) C. G. D. v. 1555. Th. II. Tit. 29. §. 2.

210) C. 15. X. de sent. (2. 27.) L. 7. §. 11. D. de minorib. (4. 4.) L. 8. in f. D. de in integr. rest. (4. 1.)

211) C. G. D. v. 1555. Th. II. Tit. 29. §. 2. J. R. X. §. 121. L. cf. 20. §. 2. D. de app. (49. 1.)

212) Heffter, S. 463.

213) L. 2. u. 5. §. 5. D. de app. (49. 1.) L. 14. Cod. de app. (7. 62.)

214) L. 1. §. ult. L. 3. pr. u. §. 3. D. de app. (49. 1.)

215) L. 8. D. de app. (49. 1.) Ueber andere particularrechtliche Formlichkeiten, z. B. Bezahlung von Gebühren u. s. Danz, ord. Proz. §. 431.

pellation ein, so nennt man die später erfolgende Interposition sehr unpassend ²¹⁶⁾ die *Principaladhäsion*.

2) Außer dem *fatale interponendae* hat der Appellant noch zwei *fatalia* bei dem Unterrichter zu beachten. Er soll nämlich noch binnen 30 Tagen, vom Zeitpunkte der Urtheilsverkündung an gerechnet, den Unterrichter um ein schriftliches Zeugniß über die geschehene Interposition (*literae dimissoriae*, s. *libelli dimissorii* s. *apostoli*) (*fatale requirendorum apostolorum*) ²¹⁷⁾, und sodann binnen 30 Tagen, vom Tage der Interposition an gerechnet, um die Herausgabe der Acten an ihn (*fatale requirendorum actorum*) bei Vermeidung des Verlustes der Appellation bitten ²¹⁸⁾. Beide Gesuche können zweckmäßig mit der Interposition verbunden werden ²¹⁹⁾. a) Das römische Recht schrieb anfangs vor, daß der untere Richter dem Appellanten binnen fünf Tagen, binnen welcher dieser *instanter et saepius* bei Strafe der Desertion um die Ertheilung der Apostel bitten mußte, dieselben ausstellen sollte ²²⁰⁾, wodurch die Sache an den höheren Richter überwiesen wurde ²²¹⁾. Nach späterem Rechte mußten die Apostel dem Appellanten sofort ausgefertigt werden, selbst wenn dieser darum gar nicht nachgesucht haben sollte ²²²⁾. Der Unterrichter hatte auch sämtliche bisher verhandelte Acten zugleich mit den Aposteln, wenn diese nicht schon früher ausgehändigt worden waren, und einem Berichte (*relatio*) binnen 30 Tagen, vom Tage der Urtheilsfällung und später vom Tage der Interposition an gerechnet, auszuhändigen, widrigenfalls er den durch die verlorene Appellation entstandenen Schaden ersetzen und Strafe zahlen mußte ²²³⁾. b) Das canonische Recht ²²⁴⁾ schärfte die Nothwendigkeit, um Apostel nachzusuchen, wiederholt ein, bestimmte dazu ein *Fatale* von 30 Tagen, vom Tage der Urtheilsverkündung an gerechnet, und erlaubte anstatt nach Vorschrift des römischen Rechtes *saepius et instanter* um die Apostel zu bitten, dieß mehrmal in demselben Gesuche zu thun. c) Die Reichsgesetze ²²⁵⁾ stellten zwar das Gesuch um Apostel, wie das neuere römische Recht, in die Willkür des Appellanten, machten ihm aber das Gesuch um Herausgabe der Acten, welche das römische Recht

216) Man s. den Art. *Adhäsion* des R.-L.

217) C. 1. u. 6. de app. in VI. (2. 15.) Clem. 2. de app. (2. 12.) cf. conc. Trid. sess. 24. de reform. c. 20. in fin.

218) C. G. O. v. 1555. Th. II. Tit. 31. §. 1. J. R. X. §. 61 ff.

219) v. GroIman, Theor. §. 215. — Bei der außergerichtlichen Interposition fällt das erste Gesuch weg, weil hier der Notar die Interposition und die Zeit, wann sie geschah, zu bescheinigen hat (sog. *apostoli testimoniales*).

220) Pauli S. R. V. 34. L. un. D. de libell. dimiss. (49. 6.)

221) L. un. pr. D. cit. L. 106. D. de V. 8.

222) L. 6. §. 6. Cod. de app. (7. 62.)

223) L. 24. u. 32. §. 2. Cod. cit. Nov. 126. c. 3.

224) Siehe Note 211.

225) C. G. O. v. 1555. Th. II. Tit. 30. §. 1.

blos dem Richter als Pflicht auslegte, zur Verbindlichkeit, und die Frist zur Ueberreichung desselben zu einem Fatale²²⁶⁾. d) Die Praxis befolgte hinsichtlich der Apostel das canonische Recht, hinsichtlich der Actenrequisition aber die Reichsgesetze. Nur das oftmalige und in ständige Bitten um die Apostel wurde nach der Praxis niemals für wesentlich gehalten.

3) Auf das Gesuch um Apostel hat der Unterrichter zu prüfen, ob die Appellation zulässig und vom Appellanten die genannten Fatale beobachtet worden seien oder nicht. Im ersten Falle ertheilt er gewöhnliche Apostel, welche von der Theorie und in den Reichsgesetzen *apostoli reverentiales* im Gegensatz der abschlägigen (*apostoli refutatorii*) genannt werden²²⁷⁾. Zu dieser nutzlosen Unterscheidung gab das canonische Recht²²⁸⁾ Veranlassung. Die frühere Doctrin nahm sogar neben den *reverentiales* noch *a. dimissoriales* (zustimmende Apostel) an, wenn der Appellation nicht, wie bei jenen, blos aus Achtung gegen den Oberrichter, sondern aus Ueberzeugung, daß die Beschwerden begründet seien, statt gegeben wird. Hierzu kommen noch die oben (Note 219) erwähnten *a. testimentiales* des Notars. In den, in Form eines *Decretes* zu fassenden *Reverentialaposteln* bezeugt nun der *iudex a quo*, daß und wenn der Appellant die Berufung eingelegt und um die Apostel und Actenmittheilung gebeten habe, und bemerkt zugleich, daß der Appellation stattgegeben (*deferirt*) werde. Im zweiten Falle erläßt er dagegen *refutatorische* Apostel, d. h. ein Abschlagsdecret, welches sich vom vorigen blos in der Schlußbemerkung dadurch unterscheidet, daß in derselben der Appellation aus den ausdrücklich anzuführenden Gründen nicht *deferirt* werden könne, was jedoch die Fortsetzung des Rechtsmittels nicht hindert²²⁹⁾. Nach römischem Rechte²³⁰⁾ war es dem Unterrichter erlaubt, ja in einigen Fällen sogar vorgeschrieben, die Appellation nicht anzunehmen (*appellationem non recipere*); nur mußte er, wenn er die Appellation wirklich abschlug, an den Oberrichter berichten und so lange das weitere Verfahren einstellen, bis eine Entscheidung von demselben erfolgte²³¹⁾. Die verweigerte Annahme des Rechtsmittels hinderte jedoch den Appellanten nicht an der Ausführung seiner Beschwerde vor dem Oberrichter²³²⁾.

226) Man s. Note 212.

227) C. G. D. v. 1521. Tit. XXIII. §. 1. und Tit. XXIV. §. 3. v. 1555. Th. II. Tit. 30. §. 1.

228) C. 1. de app. in VI. (2. 15.) — *vel si appellationi forsau ex superioris reverentia sit delatum.*

229) C. 1. de app. in VI. (2. 15.)

230) Man s. D. lib. 49. tit. 5. Cod. lib. 7. tit. 65. Heffter, C. 466. §. 17. Bethmann-Hollweg, Pandb. I. C. 355 fig.

231) L. D. de app. rec. (49. 5.) L. 1. pr. u. §. 1. D. nihil innov. (49. 7.) L. 6. §. 9. D. de inj. rupt. et irr. fact. test. (28. 3.)

232) L. 5. pr. u. §. 1. D. de app. rec. (49. 5.)

Das (gewährende oder abschlägige) Decret wird beiden Theilen, dem Appellaten unter Anfügung der Einwendungsschrift zur Nachricht mitgetheilt. Nach der das canonische Recht befolgenden Praxis ist in diesem auch die Frist zur Einführung der Appellation als ein *Fatale* (lat. *introducendae app.*) von dem Unterrichter vorzuschreiben²³³). Neben dem ist derselbe zwar auch verbunden²³⁴), dem Appellanten die Acten herauszugeben; dieß wird aber jetzt von den meisten Gerichten so lange verschoben, bis der Oberrichter die Einsendung derselben befiehlt, was insofern zweckmäßig ist, als man vor der Einführung der Appellation noch nicht weiß, ob der Oberrichter überhaupt Prozesse erkennen werde²³⁵).

b) Verfahren vor dem *iudex ad quem*.

1) Das Verfahren bei dem Oberrichter beginnt mit der Einführung der Appellation (*introductio appellationis*). In dem *Introductio libell* hat der Appellant zunächst, nach einer kurzen geschichtlichen Einleitung, die gehörige Beobachtung der *Fatalien* bei dem *iudex a quo* und der Einführungsfrist durch Anfügung der *Apostel* und eines Zeugnisses über das gestellte Gesuch um Actenmittheilung, auch das Dasein der Appellationssumme und, in zweifelhaften Fällen, die Competenz des Oberrichters nachzuweisen; sodann die einzelnen Beschwerden gegen das, zu dem Ende gleichfalls dem *Libell* anzulegende, Erkenntniß aufzuzählen, ohne sie jetzt schon durch An- und Ausführung der Gründe rechtfertigen zu müssen; und endlich, zu bitten, die Förmlichkeiten für berichtigt und die Appellation für *devolvirt* (erwachsen) zu erklären, auch ihm eine Frist zur Rechtfertigung der aufgestellten Beschwerden anzuberaumen, wenn nämlich eine solche nicht schon landesgesetzlich bestimmt ist, was nach dem jetzt befolgten gemeinem Rechte nicht der Fall ist.

2) Die Einführungsfrist wird, wie oben bemerkt worden, in der Praxis dem canonischen Rechte gemäß vom Unterrichter in dem Decrete auf die *Interposition* als *Fatale* bestimmt. a) Das römische Recht überließ es dem Appellanten, die erhaltenen *Apostel* und Acten dem höheren Richter in gesetzlich bestimmter Zeit zu überbringen²³⁶), und hiermit die Appellation einzuführen. Die Frist hierzu betrug früher regelmäßig sechs, bei *Municipalmagistraten* und *delegirten Richtern* zwei Monate, deren letzter Tag (*dies temporalis s. fatalis*) zum Beginne

233) Cf. c. 4. 15. 33. 44. u. 57. X. de app. (2. 28.) — Bei der außergerichtlichen *Interposition* muß diese Fristbestimmung auf die Anzeige hiervon oder auf das Gesuch um Actenmittheilung erfolgen.

234) C. G. D. v. 1555. Th. II. Tit. 31. §. 10. F. R. X. §. 61. a. C.

235) Gönner, Handbuch III. Abh. 62. §. 2. Bayer, Vorträge S. 483.

236) Paul. S. R. V. 34. §. 1. wo das *reddiderit* nicht in *ediderit* zu verwandeln ist. Anb. Meinung ist Heffter, S. 455. Note 22. Man s. aber L. 5. Cod. de app. (7. 62.) und Bethmann-Hollweg I. S. 357. Note 39.

der Verhandlungen ohne Ladung des Appellaten, der, den gesetzlichen Termin kennend, von selbst erscheinen konnte, bestimmt war und vom Appellanten bei Strafe des Verlustes des Rechtsmittels nicht versäumt werden durfte. Aus triftigen Entschuldigungsgründen konnte jedoch binnen bestimmter Fristen, und selbst gegen die einmalige Versäumung einer solchen Frist, *reparatio appellationis*, im letzteren Falle jedoch nur vom Kaiser, erlangt werden, wovon dann dem Appellaten Kenntniß zu geben war²³⁷). Ein späteres, in Justinian's Sammlung²³⁸) aufgenommenes Gesetz Theodos II. und Valentinian's fügte, wahrscheinlich an die Stelle der regelmäßig gewährten *reparatio*, der Introductionsfrist und ihrem dies fatalis noch drei monatliche Fristen hinzu, und erlaubte nachher noch um *reparatio* bei dem Kaiser binnen drei Monaten nachzusuchen. Justinian bestätigte dies zwar im Allgemeinen, verkürzte aber die Introductionsfrist für Appellationen aus den zunächst gelegenen Provinzen auf drei Monate, und ordnete für jede Frist zehn dies fatales an²³⁹). b) Das canonische Recht überläßt die Bestimmung der Einführungsfrist dem Unterrichter²⁴⁰); im Unterlassungsfalle sollten die Fristen für die Appellationsausführung auch für die Einführung gelten²⁴¹). c) Die Reichsgesetze²⁴²) setzten für die Einführung der Appellation bei dem Reichskammergerichte eine Frist von 1 bis 6 Monaten fest, und überließen es dem Ermessen des Unterrichters, innerhalb dieser Grenzen die Frist im einzelnen Falle näher zu bestimmen. — Particulargesetze setzen oft noch andere Bedingungen fest²⁴³).

3) Der Oberrichter hat nun die eingeführte Appellation hinsichtlich ihrer Zulässigkeit zu prüfen, ob nämlich alle Formalien bisher gehörig beobachtet worden, und die Sache überhaupt, abgesehen von den Beschwerden, appellabel, insbesondere die Appellationssumme vorhanden sei. a) Findet er, daß die Appellation wegen irgend eines solchen Mangels unstatthaft, und somit abzuschlagen sei, so spricht er dies, ohne ein weiteres Verfahren zu veranlassen, in einem *Abfallsdecrete* (*decr. reiectorium*) sofort aus, wovon außer dem Appellanten auch dessen Gegner, unter Mittheilung der Einwendungsschrift, benachrichtigt wird. Damit hat nun auch das Appellationsverfahren vor dieser Instanz, und, wenn sie überhaupt oder in Bezug auf die Beschaffenheit der Sache die letzte war, für immer, hinsichtlich des fraglichen Urtheiles, ein Ende. b) Hat der Appellant mit der Introductionschrift

237) C. Heffter, S. 455. Bethmann-Hollweg, S. 357 fig.

238) L. 2. Cod. de tempor. et repar. (7. 63.)

239) L. 5. Cod. de temp. et rep. (7. 63.)

240) C. 4. 5. 33. 44. u. 57. X. de app. (2. 28.)

241) C. 5. u. 57. X. de app. (2. 28.) Clem. 2. de app. (2. 12.)

242) C. G. D. v. 1521. Tit. 23. u. v. 1555. Th. II. Tit. 30. §. 1 fig.

243) J. B. das Erbieten zum Calumnieneid, das Deponiren einer bestimmten Geldsumme für den Fall des Unterliegens (*Succumbenzgelder*). Man s. Sönnner, Handb. III. Abh. 63. §. 1. Söf, im Arch. für civ. Prax. Bd. V. S. 121 fig. E inde Lehrb. §. 388. Note 4.

das Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen eine versäumte Formalität verbunden, so ist die Unstatthaftigkeit der Berufung jetzt noch nicht auszusprechen, wenn diese — abgesehen von der versäumten Förmlichkeit — nicht als verwerflich erscheint, sondern die Rechtfertigung der Beschwerden, insofern sie nicht wegen des Restitutionsgesuches mit der Introduction verbunden worden, zu veranlassen, die Gewährung der Restitution aber von der Beschaffenheit der Beschwerden abhängig zu machen, und daher die Verfügung über die erbetene Restitution bis nach eingelaufener Rechtfertigung der Beschwerden auszusprechen. c) Hat der Obergerichter gegen die Appellation in formeller Hinsicht gar nichts Wesentliches zu erinnern, so ertheilt er in dem zu erlassenden Decrete dem Appellanten eine Frist zur Rechtfertigung der aufgestellten Beschwerden, und setzt auch hiervon den Appellaten in Kenntniß, damit dieser nicht zu unnöthigen Schritten in der Sache, z. B. wegen Desertion des Rechtsmittels, verleitet werde. Die Dauer dieser Frist hängt jetzt von der Bestimmung des Obergerichters ab. Denn die Vorschrift des römischen und canonischen Rechtes, wornach die Appellation *intra annum* oder im Falle eintretender Hindernisse *intra biennium* ausgeführt und zu Ende gebracht werden soll, wird heutzutage nicht mehr beobachtet²⁴⁴). d) Läßt die Einführungsschrift in Bezug auf einzelne Formalien noch erhebliche Zweifel übrig, so kann der Obergerichter dem Appellanten mittelst Vorbescheides, noch vor der Auflage der Rechtfertigung, anbefehlen, dieselben innerhalb der hierzu anzuberaumenden Frist bei Strafe der Desertion zu beseitigen, worauf, wenn die Zweifel nun befriedigend gehoben sind, die Rechtfertigungsfrist verwilliget wird²⁴⁵). e) Auf die Erheblichkeit der Beschwerden erstreckt sich die Prüfung des Obergerichters jetzt, wo dieselben noch nicht gerechtfertigt sind, in der Regel noch nicht. Indessen ist dieß nicht untersagt²⁴⁶), und daher die Möglichkeit, eine Appellation wegen völliger Unerheblichkeit oder Unstatthaftigkeit der Beschwerden jetzt schon zu verwerfen, wenigstens nicht ausgeschlossen, da die Gestattung einer nutzlosen Handlung, als welche in einem solchen Falle die Rechtfertigung erscheinen würde, niemals den Gesetzen entsprechend ist. Es können nämlich Fälle vorkommen, wo die aufgestellten Beschwerden gar keine solchen im rechtlichen Sinne, oder so beschaffen sind, daß durch sie etwas zweifellos Gesetzwidriges verlangt wird u. s. w.; wo also die Rechtfertigung,

244) L. 5. §. 4. Cod. de tempor. et repar. (7. 63.) Clem. 3. de app. (2. 12.) Bethmann-Hollweg, Handb. S. 360. Danz, ord. Proz. §. 435. Note a. Bayer, Vorträge S. 485 flg.

245) Danz a. a. D. §. 434. Linde, Lehrb. §. 391. u. dort Note 8. Die Berichtigung minder wichtiger Zweifel kann auch in dem Decrete aufgegeben werden, welches die Rechtfertigungsfrist vorschreibt.

246) Aber auch nicht ausdrücklich erlaubt, denn c. 38. X. de app. (2. 28.) bezieht sich auf den Fall der bereits stattgehabten Rechtfertigung. Martin, Lehrb. §. 289, Note c. Abn. Mein. ist Linde in der Zeitschrift, Bd. X. S. 315 flg.

durch was immer für Gründe sie auch erfolgen mag, deßhalb nuglos ist, weil das, was gerechtfertigt werden will, entweder factisch gar nicht besteht, oder wegen klarer gesetzlicher Vorschrift doch in keinem Falle gewährt werden darf. Bei solchen offenbar trivialen Appellationen würde die Gestattung der Rechtfertigung den Pflichten des Oerrichters zuwiderlaufen, und muß daher ein Abschlagsdecret wegen Unerheblichkeit oder Unstatthaftigkeit der Beschwerden erfolgen, sollten auch die Formalien ganz in gehöriger Ordnung sein.

4) Der zur Rechtfertigung (*iustificatio*) gelassene Appellant hat nun diese innerhalb der anberaumten Frist bei Strafe der Desertion²⁴⁷⁾ zu bewirken. Eine Verlängerung dieser Frist, wenn vor deren Ablauf aus erheblichen Gründen darum nachgesucht wird, kann indessen vom Oerrichter sogar wiederholt gewährt werden. Die Rechtfertigung geschieht durch Ueberreichung der Appellationsrechtfertigungsschrift (*libellus gravaminum*). Der Appellant hat in dieser zunächst die Beobachtung der Rechtfertigungsfrist nachzuweisen, hinsichtlich der übrigen Formalien und der Geschichtserzählung aber sich bloß auf die Introductionsschrift zu beziehen; auch die ihm etwa aufgegebene Beseitigung der hinsichtlich der Formalien noch obwaltenden Zweifel genügend zu bewirken; sodann die aufgestellten Beschwerden einzeln, der Ordnung nach, durch An- und Ausführung von Rechtsgründen, durch Vorbringung zulässiger nova, durch Beziehung auf die Voracten, welche auch allein jede andere Rechtfertigung vertreten kann²⁴⁸⁾, und durch Widerlegung der Gegengründe (*refutatio*) zu begründen und so zu rechtfertigen²⁴⁹⁾, und endlich ein, aus der Rechtfertigung als consequente Schlussfolge sich ergebendes Gesuch um Abänderung des Urtheiles und Verurtheilung des Appellaten in die Kosten dieser Instanz zu stellen. Dieses Gesuch geht formell dahin: zu erkennen, daß wohl appellirt²⁵⁰⁾, daher es bei dem vorigen Urtheile nicht zu belassen, dieses vielmehr dahin abzuändern, daß ic.; wobei die gewünschte Abänderung so zu fassen ist, daß sie als formula pronounciandi wörtlich beibehalten werden kann, wenn die Beschwerden wirklich ihrem ganzen Umfange nach für begründet befunden werden sollten; eine Regel, die bei allen Sachgesuchen im Civilprozeße wegen des Grundsatzes, daß der Richter nicht *ultra petita partium* erkennen soll, befolgt zu werden pflegt. Der Richter ist indessen, wie es sich von selbst versteht, befugt und verpflichtet, von dem *petitum* abzugehen, wenn es

247) Danz, ord. Pr. §. 435.

248) J. R. X. §. 65.

249) *Causas appellationis reddere*. L. 4. §. 1. L. 5. §. 2. D. de app. (49. 1.) L. 8. cod. eod. (7. 62.) Bethmann-Hollweg, Handb. I. S. 359.

250) Das Gesuch dahin: daß übel gesprochen und daher wohl appellirt, ist zwar üblich, aber nicht dem Rechte gemäß, da bloß auszusprechen ist, daß die Appellation — auch in Bezug auf nova, iusta vel iniusta sei: L. 6. cod. de app. (7. 62.)

in Bezug auf seine Begründung nicht concludent ist. Ein Prozeßgesuch ist nur dann nothwendig, wenn eine, nicht als Regel geltende, mithin außerordentliche Verfahrensart gewünscht und beabsichtigt wird. Denn da der Richter in Bezug auf die Prozeßleitung als Obrigkeit erscheint und daher von Amtswegen über die Beachtung der Prozeßvorschriften zu wachen hat, so ist im Civilverfahren überhaupt ein Prozeßgesuch nur in dem Falle erforderlich, wo neben dem regelmäßigen Gange auch noch ein ausnahmsweiser besonderer Weg zulässig ist und eine Partei auf diesem die Sache eingeleitet haben will, weil ohne besonderes Gesuch der Richter das Verfahren zu befolgen hat, welches als Regel gilt, um welches daher auch nicht besonders nachsucht zu werden braucht.

Daß übrigens die Rechtfertigung auch mit der Einführung verbunden werden könne, wurde schon oben bemerkt. Eine solche Verbindung ist nicht nur da, wo um eine Restitution in den vorigen Stand wegen versäumter Formalien nachgesucht wird, sondern überhaupt zur Abkürzung des ohnehin sehr gedehnten Appellationsverfahrens zu empfehlen, jedoch nicht immer möglich, weil die Vorbereitung zur Rechtfertigung, besonders wenn man nova gebrauchen will, oft nicht innerhalb der Einführungsfrist erfolgen kann. Wenn dagegen der Appellant die Beschwerden nur durch einfache Rechtsdeductionen, oft bloß mit anderen Worten als in früheren Prozeßschriften, oder gar durch bloße Beziehung auf die Voracten rechtfertigen kann, so erscheint es in einem solchen Falle als eine nicht zu duldbende Prozeßverzögerung, wenn die Rechtfertigung von der Einführung getrennt wird.

5) Nach erfolgter Rechtfertigung der Appellation hat der Obergerichter nun abermals die Appellation zu prüfen, und zwar a) hinsichtlich der Formalien, ob die Rechtfertigungsfrist gehörig gewahrt worden und ob die aufgegebene Beseitigung anderer die Formalien betreffender Zweifel genügend geschehen sei oder nicht. Im letztern Falle wird auch jetzt noch ein Abschlagsdecret ob defectum formalium erlassen. Sind dagegen die Formalien völlig in Ordnung, so hat er sodann b) die Materialien, d. h. die Beschwerden selbst, einer Prüfung zu unterwerfen, nach deren Resultate sich nun die Beschaffenheit der zu erlassenden Verfügung richtet. Die Verfügung über die Beschaffenheit der Beschwerden, ob nämlich diese relevant oder irrelevant sind, somit über die Relevanz derselben, welche jedoch die Sache selbst noch nicht betrifft, heißt Relevanzbescheid²⁵¹⁾. Dieser kann nun

251) Die Rechtslehrer sind über den Begriff des Relevanzbescheides oder Decretes nicht einig, man s. z. B. Danz, orb. Proz. §. 436. Martin, Lehrb. §. 281. Gensler, Comment. II. S. 135. Edner, Handb. III. Abh. 60. §. 19. (der im Wesentlichen den obigen Begriff aufstellt). Pfeffter, Inst. S. 474. Darum schlägt Linde, in der Zeitschrift Bb. X. S. 324 einen andern Begriff vor, der aber wohl nicht sachgemäß sein dürfte. Der oben gegebene rechtfertigt sich wenigstens aus dem Begriffe der Relevanz.

entweder verwerfend (dejectorisch), oder die Erheblichkeit der Beschwerden anerkennend ausfallen. Im letzteren Falle wird, weil ein bloß anerkennender Relevanzbescheid zu nichts führen würde, und daher ausdrücklich nie erfolgt, sondern nur stillschweigend in der wegen der Erheblichkeit (Relevanz) der Beschwerden zu erlassenden Prozeß- oder Sachverfügung enthalten ist, der Oberrichter entweder a) der offenbar begründeten Beschwerde sofort, oder doch nach eingesehenen Acten, deren Einsendung daher vorläufig vom Unterrichter verlangt wird, abhelfen, sei es a) durch ein förmliches, den Beschwerden entsprechendes Decret²⁵²⁾, oder ß) durch ein Rescript an den Unterrichter, welches diesem die erforderliche Abänderung aufgibt (Ordination, rescriptum de emendando vel tollendo gravamine), oder b) ein weiteres Verfahren der Parteien über die Beschwerden durch Erkennung der Appellationsprozesse veranlassen, und sodann nach Beendigung desselben c) ein förmliches, abänderndes, bestätigendes oder gemischtes Appellationserkenntniß (sententia) fällen.

6) Nach dieser, der Deutlichkeit wegen gegebenen, allgemeinen Uebersicht der möglichen oberrichterlichen Verfügungen auf die Appellationsrechtfertigung ist nun näher zu untersuchen, in welchen Fällen die eine oder andere derselben stattfindet. a) Die Appellation wird ob defectum materialium abgeschlagen, was man auch so ausdrückt: die Appellationsprozesse werden abgeschlagen, wenn die Beschwerden offenbar unerheblich (grundlos) sind. Der Oberrichter vergleicht hierbei das angefochtene Erkenntniß, zu dessen besseren Prüfung er auch vorher die Acten vom Unterrichter einfordern kann, mit den aufgestellten Beschwerden und den zur Rechtfertigung derselben vorgebrachten Gründen; und wenn er nun hiernach findet, daß das unterrichterliche Erkenntniß in Bezug auf den Appellanten nach der ganzen Sachlage — quoad factum et ius — keine Iniquität enthält, und es daher den Beschwerden an jeder rechtlichen Grundlage gebricht, daß insbesondere die etwa vorgebrachten nova unzulässig oder irrelevant sind: so hat er die Appellation sofort abzuschlagen. Nur hat der Oberrichter zugleich darauf Rücksicht zu nehmen, ob das Urtheil in den, vom Appellanten angefochtenen Punkten nicht für den Appellanten eine genügende Veranlassung zur Beschwerde enthalte. Denn in einem solchen Falle darf das Abschlagsdecret nicht erfolgen, bevor nicht der Appellat gehört und ihm so Gelegenheit gegeben worden ist, seinerseits in Folge der durch die Rechtfertigung eingetretenen Gemeinschaft der Appellation das Urtheil anzufechten²⁵³⁾. Man kann zwar dagegen einwenden, daß der

252) Dieses Decret nennt Linde a. a. D. Relevanzbescheid.

253) Die sogenannten präoccupatorischen Vorstellungen des Appellanten, (Präoccupationslibelle) (K. A. v. 1713. §. 47. s. Linde, Lehrb. §. 407. u. dort Note 1.), d. i. Vorstellungen, die er unaufgefordert vor, nach oder zugleich mit der Appellationsrechtfertigung einreicht, verdienen bloß in Bezug auf seine, etwa darin eventuell erklärte Absicht, abhären zu wollen, Berücksichtigung. K. W. scheint Linde a. a. D. zu sein.

Appellat auf eine solche Berücksichtigung deshalb keinen Anspruch habe, weil, wenn er die Absicht hätte, sich gegen das Urtheil zu beschweren, er es zur rechten Zeit durch eigene Appellationseinwendung gethan haben würde, und daher, da er dieß unterlassen, anzunehmen sei, er habe auf die Beschwerdeführung stillschweigend verzichtet und sich daher bei dem Urtheile beruhiget. Allein durch die Rechtfertigung der Appellation erlangt der Appellat vermöge ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift²⁵⁴) ein Recht, das Urtheil in den durch den Appellanten angefochtenen Punkten auch seinerseits anzufechten, an dessen Ausübung er um so weniger verhindert werden darf, als das Gesetz dem Obergerichter sogar ausdrücklich die Pflicht auflegt, denselben, wenn er abwesend ist, d. h. wenn er nicht zur Erklärung gerichtlich aufgefordert wird, von Amtswegen zu vertreten und so sein Interesse bei der materiellen Verfügung über die Appellation wahrzunehmen. b) Sind die Beschwerden nicht offenbar unerheblich, so werden in der Regel Appellationsprozesse, wie man sich auszudrücken pflegt, erkannt, d. h. weitere Verhandlungen eingeleitet. Man unterscheidet vollständige und unvollständige Appellationsprozesse (*processus appellatorii pleni et minus pleni*). Zu jenen rechnet man: a) die *lit. inhibitoriales*, d. h. Einhaltsbefehle an den Unterrichter, wodurch ihm nämlich das weitere Vorschreiten in der Sache untersagt wird; ß) die *lit. compulsoriales*, d. h. Befehle an denselben, die Acten mit Bericht an den Obergerichter einzusenden, und γ) die *citatio appellati*, d. h. die Auflage an den Appellaten, sich über die ihm zu dem Ende mitzutheilende Appellationseinführungs- und Rechtfertigungsschrift binnen einer zu bestimmenden Frist vernehmen zu lassen, seine etwaigen Erinnerungen dagegen abzugeben, und bei dieser Gelegenheit auch (worauf sich jedoch die Auflage nicht erstreckt) der Appellation zu adhären. Werden dagegen nicht alle diese Verfügungen zugleich getroffen, so sind die Appellationsprozesse unvollständig. So allgemein und unangefochten diese Ansicht von Appellationsprozessen auch ist, so erscheint sie dennoch nicht sachgemäß. Denn *Inhibitoriales* sind, wie schon oben bemerkt worden, bald gar nicht zulässig, bald unnöthig, weil die Suspensivkraft schon durch die Appellationseinlegung *ipso iure* eintritt, und daher *Inhibitorien* bloß zu erlassen sind, wenn entweder der Unterrichter von der Einwendung, weil sie außergerichtlich geschah, gar keine Kenntniß erlangt, oder ein Attentat begangen hat, oder wenn die Suspensivkraft nur beschränkt oder bedingt eintrat und eine *Inhibition* gesetzlich statthaft geworden ist. Auch wird durch die *Inhibitorien* kein Verfahren (*procedere*) veranlaßt, vielmehr gerade das weitere Verfahren gehemmt. Die *Compulsoriales* dagegen können selbst nach der Appellationseinführung schon vorkommen, wenn z. B. der Obergerichter die Acteneinsicht zur Beurtheilung der Formalien oder zur besseren Ueberzeugung von der Unzulässigkeit der Beschwerden

²⁵⁴) L. 39. Cod. de app. (7. 62.) s. das Rechtslexikon unter: *Abhäsion*.

u. s. w. für nöthig oder zweckmäßig erachtet; sowie aus der Erlassung derselben nach der Appellationsrechtfertigung noch keineswegs die Nothwendigkeit der Zulässigkeit der Beschwerden und sonach eines weiteren Verfahrens folgt, da die Acteneinsicht auch bloß zur Beurtheilung der Unerheblichkeit der Beschwerden erforderlich sein, und diese Unerheblichkeit gerade aus der Acteneinsicht sich ergeben kann, so daß daher selbst nach der gewöhnlichen Sprache — ungeachtet schon in den Compulsorialien ein Theil der Appellationsprozesse erkannt worden ist — dennoch die Appellationsprozesse abgeschlagen werden müssen! Der eigentliche Appellationsprozeß, nämlich ein Verfahren zwischen den Parteien über den Appellationsangriff zum Zwecke einer förmlichen Definitivsentenz über denselben, wird bloß durch die *citatio appellati* eingeleitet, von deren Verfügung daher auch allein mit sachgemäßer Richtigkeit gesagt werden kann, daß ein Appellationsprozeß erkannt worden sei, auf welche deßhalb auch diese Bezeichnung zu beschränken wäre. c) Ausnahmsweise kann jedoch auch der Fall eintreten, wo der Oberrichter wegen der besonderen Beschaffenheit der Beschwerden ohne eigentliche Prozesseinleitung, d. h. ohne den Appellaten über den Appellationsangriff gehört zu haben, das angefochtene Urtheil sofort auf eine den Beschwerden entsprechende Weise abändern, und so den eigentlichen Appellationsprozeß ganz abschneiden kann. Dabei ist es völlig einerlei, ob er dieß durch eine unmittelbare Sachverfügung, d. h. durch ein förmliches Decret, oder mittelbar, d. h. durch einen Befehl an den Unterrichter bewirke, durch welchen dieser beauftragt wird, das Urtheil auf die im Befehle näher angegebene Weise abzuändern (*ordinatio s. rescriptum de emendando vel tollendo gravamine*). Die Theorie nennt daher diese, auf einseitigen Appellationsvortrag erfolgende Abänderung des Urtheiles überhaupt eine *Ordination* ²⁵⁵⁾, weil sie gewöhnlich in der Form einer *Ordination* erfolgt und die formelle Verschiedenheit der Verfügung auf die Sache, nämlich auf die Statthaftigkeit einer solchen Abänderung, gar keinen Einfluß äußert. Nach römischem Rechte ²⁵⁶⁾ unterlag eine solche auf einseitiges Vorbringen erfolgende Abänderung keiner Schwierigkeit, da es nach demselben Regel war, daß der Appellationsrichter in allen Fällen schon auf den Antrag und nach Anhörung einer Partei eine Entscheidung gab. Der Appellat hatte zwar das Recht zu erscheinen, und wurde, wenn dieß der Fall war, mit seinem Widerspruche, nach neuerem Rechte ²⁵⁷⁾ sogar mit seinen Beschwerden gegen das Urtheil

255) M. f. Pütter, opusc. rem. iud. imper. illustr. Nr. XV. p. 602 sq. H. G. F. Claren, de eo quod iustum est circa rescripta de emend. seu ordin. Goett. 1798. Göbner, Handbuch III. Abh. 69. v. Almenbinger a. a. O. I. Nr. IX. S. 189 fig. Linde, in der Zeitschrift Bd. X. S. 313 fig.

256) M. f. Heffter, Inst. S. 472. §. 22. Bethmann-Hollweg, Handb. I. S. 359.

257) L. 39. Cod. de app. (7. 62.)

gehört; aber nothwendig war seine Gegenwart nicht. Erschien er daher nicht, so wurde die Sache ohne eigentliches Contumacialverfahren einseitig fortgesetzt, nur mußte der Richter nach dem berührten neueren Rechte bei der Entscheidung der Sache auch das Beste des abwesenden Appellaten von Amtswegen berücksichtigen, also nach der wahren Lage der Sache, nicht wie sie etwa nach dem einseitigen Vorbringen des Appellanten erschien, erkennen. Dagegen hatte der Richter auch des Appellanten Interesse in gleicher Weise zu berücksichtigen, wenn der Appellat allein erschien und zur Verfolgung der Sache neue Gründe oder Deductionen vorbrachte. Bloss die Kosten fielen dem ausbleibenden Appellanten immer zur Last²⁵⁸). Schwieriger stellt sich aber die Frage: in welchen Fällen der Appellationsrichter eine sogenannte Ordination erlassen dürfe, und natürlich, wenn ein solcher Fall eintritt, auch erlassen solle? nach dem jetzigen Prozeßverfahren dar, nach welchem es zu den Grundprincipien gehört, niemals eine materielle Entscheidung über einen Prozeßangriff zu Gunsten des Angreifenden zu erlassen, bevor nicht auch der Angegriffene über den Angriff gehört worden ist²⁵⁹). Die Lösung der obigen Frage, sonach die Zulässigkeit einer Ordination, kann daher nur aus diesem Principe des Wechselgehöres selbst abgeleitet werden. Hierin ist, mit anderen Worten, das Princip für die Ordinationen zu suchen, welche demzufolge nur zulässig sind, wenn durch dieselben die Grundmaxime des gegenseitigen Gehöres nicht verletzt wird. Alle von den Rechtslehrern angeführten Erfordernisse²⁶⁰), unter deren Voraussetzung die Ordinationen statthaft sein sollen, können deshalb nur als Nachweisung der Bedingungen aufgefaßt werden, unter deren Gesamteintritte der Fall gegeben ist, in welchem jene Maxime in concreto durch eine sofortige Abänderung des Urtheiles nicht verletzt wird. Es muß demnach, wenn eine Ordination statthaft sein soll: a) das Vorbringen des Appellanten so beschaffen sein, daß dieses nicht als ein erlaubter neuer Angriff erscheint, über den der Appellat noch gar nicht gehört worden, also jetzt noch zu hören ist. Es darf daher β) keine relevante, jetzt noch zulässige nova in facto oder probatione enthalten, sondern γ) sich nur auf solche Gründe stützen, über welche der Appellat laut der Voracten schon hinlänglich gehört worden ist, so daß, man mag auf die innere Beschaffenheit des Vorgebrachten oder auf die jetzige Art der Darstellung desselben Rücksicht nehmen, ein weiteres Gehör des Appellaten offenbar als überflüssig erscheint. Endlich muß sich δ) aus der Beschaffenheit der Sache in ihrem Verhältnisse zum Urtheile die Gewißheit ergeben, daß der Appellat seinerseits das letztere in keinerlei Weise durch erlaubte Adhäsion anfechten werde oder anfechten

258) Peffter a. a. D. u. dort Note 87. — Nov. 49. c. 1. pr.

259) Martin, Lehrb. §. 14. Gdnner, Handb. I. Abh. 9. §. 6.

260) M. s. z. B. v. Almenningen a. a. D. S. 203 fig. oder Linde, in der Zeitschrift Bd. X. S. 358 fig.

könne, daß er dieß namentlich nicht durch nova zu thun vermöge. Daß übrigens ein, auf irgend eine Art ausdrücklich, z. B. in einer sogenannten präoccupatorischen Vorstellung, oder stillschweigend, z. B. durch Gesuche, die Appellation für desert zu erklären u. s. w., unzweifelhaft ausgesprochener Verzicht des Appellaten auf weiteres Gehör ebenfalls die Statthaftigkeit einer Ordination begründen könne, versteht sich von selbst. Immer muß jedoch der Oberrichter bei der Erlassung einer solchen das Interesse des Appellaten wegen der Gemeinschaft des Rechtsmittels zugleich berücksichtigen, also bei der Abänderung des Urtheiles die Sachlage in ihrer actenmäßigen und rechtlichen Beschaffenheit in's Auge fassen und nach dieser das Vorbringen des Appellanten würdigen und berücksichtigen.

7) Erachtet der Oberrichter entweder schon vor oder doch nach der Einsicht der bisher verhandelten Acten die Vernehmung des Appellaten noch für zweckmäßig oder nothwendig, so veranlaßt er nun durch Erkennung der Appellationsprozesse, insbesondere durch die *citatio appellati*, ein weiteres Verfahren zwischen den Parteien über den Appellationsangriff. Die Ausdehnung dieses Verfahrens, welches in einem dem ersten Verfahren analogen Schriftenwechsel besteht, hängt hauptsächlich von der Beschaffenheit der appellatischen Vernehmlassung ab. Enthält diese nichts Neues in factu, was zu einer Weiterung Veranlassung geben könnte, auch keine Adhäsionsbeschwerden, so wird das Verfahren jetzt schon geschlossen. Wenn dagegen der Appellat dilatorische oder peremptorische Einreden in Bezug auf die etwa vom Appellanten vorgebrachten nova in factu verschüßt oder sich darauf verneinend einläßt, und selbst die seinerseits erhobenen Adhäsionsbeschwerden durch neues Vorbringen unterstützt, das wieder Litiscontestation von Seiten des Appellanten nöthig und dilatorische und peremptorische Einreden möglich macht; so muß das Verfahren, wie jenes in der ersten Instanz, so lange durch Wechselschriften (Appellations-, Replik-, Duplik- u. Handlungen) der Parteien fortgesetzt werden, bis das dilatorische Vorbringen beseitigt, und in factu nichts mehr streitig ist, in welcher letzterer Beziehung selbst ein Beweisverfahren durch Interlocut zu veranlassen und zu vollführen sein kann. Beschränkt übrigens der Appellat, wie es in der Regel der Fall ist, wenn er nicht selbst Beschwerden aufstellt, seine Vertheidigung bloß darauf, daß er eine Abänderung des Urtheiles zu verhindern strebt, so kann er dieß theils durch Anfechtung der Formalien, z. B. durch Nachweisung der fehlenden Appellationssumme, sowie durch sonstiges dilatorisches Vorbringen, z. B. gegen die Prozeßlegitimation u., theils durch Bestreitung der Erheblichkeit der Beschwerden, z. B. durch Nachweisung der Irrelevanz, oder der Unhaltbarkeit der Rechtfertigung, durch Gegeninduction, und bei vorgebrachten novis, die keine Litiscontestation nöthig machen, durch Darlegung ihrer Unzulässigkeit, Irrelevanz, Impertinenz u., aber auch überhaupt durch bloße Beziehung auf die Voracten thun. Das Gesuch geht in diesem Falle stets auf Verwerfung der Appellation und Bestätigung des vorigen Urtheiles, sowie auf Verurtheilung des Appel-

lanten in die Kosten der Appellationsinstanz. Greift er dagegen das Urtheil auch seinerseits durch Abhäsionsbeschwerden an, so wird seine Rolle eine zweifache, und sein Sachgesuch, nach Rechtfertigung der Beschwerden, theils auf Verwerfung der gegentheiligen Appellation, theils auf eine seinen Beschwerden gemäße Abänderung des Urtheiles in derselben Form gerichtet, in welcher, wie oben bemerkt worden, der Appellant in der Appellationsrechtfertigungsschrift sein Gesuch vorzubringen hat. Dieser hat dagegen in Bezug auf die appellatischen Beschwerden die Rolle des Appellaten (Abhässe) in seiner etwa nöthig erachteten Vernehmlassung hierauf zu übernehmen. Ob und inwieweit Litiscontestation nöthig und peremptorische Exceptionen, Replikcn zc. Einwendungen gegen Beweismittel u. s. w. zulässig seien, ist nach der Beschaffenheit der von der einen oder anderen Partei vorgebrachten nova zu beurtheilen.

8) Ist dieses appellatorische Wechselverfahren geschlossen, so erfolgt nun das oberrichterliche Definitivurtheil nach denjenigen Gesetzen, welche der Unterrichter zur Zeit der Fällung des angefochtenen Urtheiles zu befolgen hatte²⁶¹). In diesem Erkenntniße hat der Oberrichter nach römischem Rechte in Bezug auf die ganze Actenlage, wie sie ihm vorlag, bloß auszusprechen, ob wohl oder übel appellirt worden²⁶²), nicht aber auch darauf Rücksicht zu nehmen, ob der vorige Richter in der Lage, wie er die Sache fand, recht gesprochen habe oder nicht, da erlaubte nova die Appellation als begründet darstellen können, obgleich dem Unterrichter in Bezug auf das von ihm nach der damaligen Sachlage gegebene Erkenntniß kein Vorwurf gemacht werden kann. Es ist jedoch in der deutschen Doctrin und Praxis, wiewohl nicht im Einklange mit der Lehre von dem beneficium novorum, durchgängig üblich geworden, die materielle Beschaffenheit der Appellation, nämlich den Spruch darüber, ob wohl oder übel appellirt worden sei, nach der Beschaffenheit des vorigen Urtheiles in diesem Verhältnisse zu dem nach jetziger Actenlage zu fallenden Erkenntniße zu bestimmen, und daher hiernach sogar zu bemerken, ob in voriger Instanz wohl oder übel gesprochen worden; ein Beisatz, worauf auch, nach früherer Bemerkung, das Gesuch des Appellanten in der Justificationschrift gerichtet zu werden pflegt, und welcher nach der Höflichkeitstheorie der Practiker bloß wegzulassen ist, wenn in voriger Instanz bereits ein höherer Richter, also nach deutscher Einrichtung der Richter zweiter Instanz, gesprochen hat. Das Urtheil erklärt sich übrigens auch über die Formalien (daß die Appellation in ihren Formalien rechtsbeständig und zu gebührender Rechtfertigung anhero (hierher) erwachsen), und ändert in der Sache selbst das vorige Erkenntniß ganz oder zum Theil ab, je nachdem die Beschwerden sämmtlich oder nur eine oder einige davon vollständig gerechtfertigt worden sind,

261) Nov. 115. pr. u. c. 1.

262) L. 6. Cod. de app. (7. 62.) Heffter, Inst. S. 478. Bethmann-Hollweg, Pandb. I. S. 366 und dort Note 84.

oder bestätigt dasselbe im Falle gänzlich mißlungener Rechtfertigung. Mit einer theilweisen, genau auszudrückenden Abänderung, welche formell den ersten Platz im Urtheile einnimmt, wird immer die Bestätigung der nicht abgeänderten Theile ausdrücklich verbunden, und im Eingange der Appellant, und wenn beide Parteien das Rechtsmittel eingewendet haben, diejenige zuerst genannt, welche dasselbe zuerst eingelegt hat; was auch in den früheren Decreten beobachtet zu werden pflegt. Die Kosten der Appellationsinstanz muß im Falle der Verwerfung der Berufung der Appellant tragen; bei einem reformatorischen Erkenntnisse hat dagegen der Obergericht, ohne Rücksicht auf das vorige Urtheil, diejenigen Bestimmungen darüber zu treffen, welche dem Appellationserkenntnisse und den allgemeinen Rechtsgrundsätzen über Prozeßkosten angemessen sind. Bei einer theilweisen Reformation wird daher in der Regel Compensation, bei einer völligen Aufhebung des vorigen Urtheiles aber Verurtheilung des Appellaten in die Kosten eintreten, wenn nicht etwa eine wenigstens theilweise Abänderung zu seinem Gunsten Compensation rechtlich nothwendig macht ²⁶³).

Hat eine, vom vorigen Richter aus grober Schuld begangene Iniquität die Appellation veranlaßt, so ist derselbe auch in die durch diese verursachten Kosten zu verurtheilen. Die Versendungskosten theilen nur dann das Schicksal der übrigen, wenn die Actenversendung von Amtswegen geschah; denn erfolgte diese auf Begehren des einen oder andern Theiles, so hat der Nachsuchende dieselben immer allein zu tragen, wie immer auch das Urtheil über die anderen Kosten ausfallen mag. Nach dem älteren römischen Rechte ²⁶⁴) mußte der unterliegende Appellant nicht nur dem Gegner den Kostenaufwand vierfach erstatten, sondern er verwickelte auch zur Strafe diejenige Summe, gewöhnlich den dritten Theil des Werthes des Prozeßgegenstandes betragend, welche er binnen fünf Tagen nach Empfang der Apostel als Succumbenzgeld bezuphoniren oder durch Bürgen versichern mußte. Diocletian substituirte jedoch diesem Succumbenzgelde eine arbiträre Strafe, die auch Justinian beibehielt ²⁶⁵). Das canonische Recht und die Reichsgesetze ²⁶⁶) bestätigen dieses. Die Praxis beachtet dieß in der Regel nicht. Wenn aber Particulargesetze Succumbenzgelder eingeführt haben, so ist in dem Appellationsurtheile auch darüber zu erkennen. Außerdem können in demselben auch Verweise oder andere Strafen gegen Advocaten wegen anzüglicher Schreibart u. s. w. vorkommen; sowie

263) Der practisch fast immer angewendete Satz: daß bei reformatorischer Entscheidung deshalb Compensation eintreten müsse, weil der Appellat das vorige Urtheil für sich habe, ist nur unter Beschränkungen richtig.

264) Paul. S. R. V. 33. et 37. Tac. Annal. XIV. 28. Geffter, Inst. S. 479. §. 27. Bethmann-Hollweg, Handb. I. S. 367 flg. Vgl. oben Note 236.

265) L. 6. §. 4. u. L. 19. Cod. de app. (7. 62.)

266) C. 1. u. 5. de app. in VI. (2. 15.) C. G. D. v. 1555. Th. II. Tit. 31. §. 3.

auch über andere Präjudicialpuncte, welche im Appellationsverfahren angeregt und nicht in früheren Decreten erledigt worden sind, jetzt noch zu entscheiden ist. Ebenowenig sind provisorische Verfügungen, mit deren Vollziehung, wenn es nöthig ist, der Unterrichter beauftragt wird, in dieser Instanz ausgeschlossen.

9) Ist das Appellationsurtheil entweder durch die bloße Publication, weil es keine höhere Instanz mehr gibt, oder durch Ablauf der zum Gebrauche fernerweit zulässigen Rechtsmittel, ohne daß ein solches eingewendet wurde, in Rechtskraft erwachsen, so wird die Sache mit den Acten der vorigen Instanz und einer Abschrift des Urtheiles (die in appellatorio verhandelten Acten bleiben als Eigenthum des Obergerichtes bei diesem zurück) an den Unterrichter zum weiteren sachgemäßen Verfahren in den geeigneten Fällen remittirt, sonst aber vor dem höheren Richter in der Sache weiter verfahren, wie es die Beschaffenheit des ergangenen Urtheiles mit sich bringt. Wird dagegen abermals die Appellation zulässig eingewendet, so ist der bisherige Ober Richter im Verhältnisse zu dem neuen Appellationsgerichte als Unterrichter hinsichtlich seiner Entscheidung zu betrachten, und nun wieder ebenso zu verfahren, wie über die vorige Appellation.

c). Außerordentliche Behinderung der Appellation²⁶⁷).

Die eingewandte Appellation kann auch auf unregelmäßige oder auf außerordentliche Art in ihrem Gange gehemmt, und so ein weiteres — bis zum Endziele fortgesetztes Verfahren rechtlich unmöglich werden. Ein solcher Fall tritt ein: 1) durch Versäumung einer der stufenweise vorgeschriebenen Nothfristen, ohne daß um Restitution gegen das Versäumniß nachgesucht oder dieselbe erlangt wird, in welchem Falle das vorige Urtheil rückwärts (extunc) die Rechtskraft beschreitet und sofort vollziehbar wird²⁶⁸); 2) durch ein vor der Appellation oder nach deren Einwendung schriftlich abgeschlossenes pactum de non appellando oder im letzteren Falle de appellatione non prosequenda, wenn der Appellat davon Gebrauch macht und es als Einrede vorschützt²⁶⁹); 3) durch Zurücknahme der Appellation oder durch freiwillige Anerkennung des vorigen Urtheiles²⁷⁰), überhaupt durch Verzicht²⁷¹), welcher jedoch nach der Rechtfertigung insofern von den Folgen der Appellation nicht befreit, als der Appellat bereits adhärrirt hat; 4) durch den Untergang des Streitgegenstandes²⁷²); 5) durch das erblose Ableben des Appel-

267) Man s. Gönner, Handb. III. Abh. 57. §. 30 flg. Martin, Lehrb. §. 282. Pfeiffer, Instit. §. 481. §. 30. Einde, Lehrb. §. 397. Bethmann-Hollweg, Handb. I. §. 368.

268) L. 6. §. 1. D. de his, qui not. (3. 2.) L. 2. in fin. L. 5. §. 4. Cod. de tempor. (7. 65.) L. 8. Cod. de app. (7. 62.)

269) L. 1. §. 3. D. a quib. app. (49. 2.)

270) L. 28. Cod. de app. (7. 62.)

271) Man s. darüber Einde, im Handb. IV. §. 118 flg. im Arch. für civil. Pr. Bb. XIV. §. 1 flg. und 177 flg. und Lehrb. §. 397.

272) L. 6. Cod. si pend. app. mors. (7. 66.)

lanten, oder wenn dessen Erbe gar kein Interesse bei der Sache hats denn sonst muß dieser den Streit fortsetzen, wozu ihm eine neue Frist verwilligt wird, oder das Urtheil anerkennen ²⁷³), und 6) durch ein spoliun des Appellanten an der res litigiosa ²⁷⁴).

B) Bei Appellationen gegen einfache Decrete und außergerichtliche richterliche Verfügungen ²⁷⁵.

Das Verfahren bei diesen Appellationen weicht von dem bisher beschriebenen nur in einigen Puncten ab, welche hier noch kurz zusammenzustellen sind.

1) Die Appellationsinterposition, welche, wie aus Obigem erhellet, erst nach vergeblicher Gegenvorstellung nothwendig ist, muß zwar auch intra decendium, das bei außergerichtlichen Verfügungen vom Tage der erlangten Wissenschaft der beschwerlichen Verfügung an gerechnet wird ²⁷⁶), jedoch schriftlich und mit ausdrücklicher Anführung der Beschwerdgründe geschehen ²⁷⁷), damit der Unterrichter einen festen Standpunct zur Prüfung erlange und die Beschwerden noch selbst heben könne ²⁷⁸). Bei Abschlagsdecreten, gegen welche Gegenvorstellungen versucht wurden, beginnt das decendium von dem Tage der Insinuation der Inhabitsbescheide an. Wurden gegen ein der anderen Partei willfähiges Decret Einwendungen gemacht, so läuft zwar auch hier das decendium vom Tage der Insinuation des die Einreden verwerfenden und das vorige Decret erneuernden Beschlusses an; allein dieser wird eben durch die Verwerfung der Einreden und die damit verbundene Erneuerung der früheren Verfügung ein Decisivdecret, und gehört darum nicht mehr hierher ²⁷⁹).

2) Die Suspensivkraft tritt nicht von selbst ein, wenn der Unterrichter die Berufung nicht unbedingt für zulässig erklärt hat ²⁸⁰), und der Gegenstand derselben keinen Präjudicialpunct betrifft ²⁸¹). Er kann daher, ohne ein Attentat zu begehen, so lange fortschreiten ²⁸²), bis der Oberrichter inhibirt ²⁸³), der dieses nur thun soll, wenn nicht evidens periculum in mora oder ein, aus der Inhibition sich ergebendes

273) D. 49. 13. si pend app. mors int. u. Cod. 7. 66. eod.

274) C. 42. X. de app. (2. 28.)

275) Man s. Heffter, Inst. S. 489 flg. Beyer, Vortr. S. 502 flg. Einde, Lehrb. §. 412 u. 413.

276) C. 8. de app. in VI. (2. 15.)

277) C. 1. u. 10. de app. in VI. c. 59. u. 60. X. de app. (2. 28.) Clem. 5. de app. (2. 12.) C. S. D. v. 1555. Th. II. Tit. 29. §. 4. u. Th. III. Tit. 31. §. 10. D. X. v. 1600 §. 113. J. R. X. §. 58.

278) C. 10. de app. in VI. (2. 15.)

279) Beyer S. 503.

280) C. 5. de app. in VI. (2. 15.)

281) C. 10. u. 33. X. de app. (2. 28.)

282) C. 7. de app. in VI. (2. 15.)

283) Cf. Clem. 1. de sent. (2. 11.)

des *damnum irreparabile* bescheinigt vorliegt²⁸⁴). Ebenso tritt die Devolutivkraft nur ein, wenn der Unterrichter die Beschwerde nicht selbst heben will²⁸⁵).

3) Die Appellation darf in der höheren Instanz durch keine anderen Gründe gerechtfertigt werden, als welche schon bei der Interposition angeführt worden sind. Neues Vorbringen ist unstatthaft²⁸⁶); wenn nicht die *nova* erst später aufgefunden wurden²⁸⁷).

4) Eine angemessene Einführungsfrist kann der Unterrichter bestimmen; unterläßt er es, so treten die allgemeinen Einführungsfristen ein²⁸⁸).

5) Bei dem Oberrichter wird gewöhnlich kein vollständiges Appellationsverfahren eingeleitet, sondern der Beschwerde, wenn sie begründet befunden wird, durch eine Ordination abgeholfen. Bestätigt dagegen der höhere Richter unter Verwerfung der Berufung die angefochtene Verfügung, so wird der Appellant auch hier in die Kosten verurtheilt. In Ansehung der Remission gelten die allgemeinen Grundsätze.

G. Jordan.

Appellation in Strafsachen (*appellatio in causis criminalibus*¹). Sie unterscheidet sich von der *appellatio in causis civilibus* nicht ihrem Wesen, sondern nur ihrem Gegenstande nach. Wie jene gegen beschwerende Verfügungen des Unterrichters in Civilrechtsachen, so ist diese gegen beschwerende Verfügungen desselben in Criminalsachen gerichtet, und setzt, wie jene, ein hierarchisch geordnetes Instanzenverhältniß voraus.

284) R. X. v. 1594. §. 94.

285) C. 60. X. de app. (2. 28.) c. 28. X. de sent. excomm. (5. 39.)

186) Clem. 5. de app. (2. 12.) Not. D. v. 1512. Tit. IV. §. 1. (vgl. dagegen L. 3. §. 3. D. de app. (49. 1.)) C. G. D. Th. III. Tit. 31. §. 10. u. 11. D. X. v. 1600. §. 113. wodurch die Bestimmung in C. G. D. v. 1508. II. §. 7. aufgehoben worden. Abt. Mein. ist Linde, Lehrb. S. 412. Note 23.

287) C. 4. de elect. in VI. (1. 2.)

288) C. 1. de app. in VI. (2. 15.) c. 5. u. 33. X. de app. (2. 28.)

1) Man s. M. G. Wernher, de appellatione in causis criminal. ex j. Rom. Can. et Germ. Vit. 1739. E. Schrader, comm. de remed. contra sent. et de re iudic. in caus. crim. P. I. Gött. 1803. G. M. Weber, de appell. in caus. crim. Bamb. 1803. (deutsch: das. 1805.) Baurittel, über die Berufung in Straff. Mannh. 1806. Schwenzen, die Rechtsmittel in Strafsachen und das Verfahren bei deren Anwendung nach kurhess. Rechte, Hanau 1834. Litzmann, Handbuch der Strafrechtsw. 2. Aufl. Halle 1824. Bb. III. §. 905 flg. Stübel, das Criminalverf. Leipzig 1811. Bb. V. §. 3240 flg. Mittermaier, Handbuch des peinl. Proz. Bb. II. Heibelb. 1812. S. 538 flg. Dessen Strafverfahr. 2. Aufl. Heibelb. 1832. Abth. VII. §. 194 flg. Martin, Lehrb. des Strafproz. 3. Aufl. Heibelb. 1831. §. 156. Abegg, Lehrbuch des Criminalproz. Königsb. 1833. §. 184 flg. Bauer, Lehrbuch des Strafproz. Gött. 1835. §. 205. Müller, Lehrbuch des Criminalproz. Braunschw. 1837. §. 215 flg.

I. Geschichtliche Einleitung.

1) Im römischen Rechte entwickelte sich die Appellation in Criminalrechtsfachen gleichen Schrittes mit der in Civilrechtsfachen aus dem *ius intercedendi*. Sie hat mit dieser ganz gleiche Fortbildungsstufen, weshalb sie auch in den römischen Rechtsammlungen nicht getrennt von dieser, sondern überall gemeinschaftlich und gemischt mit derselben behandelt wurde. Es gab nur eine *appellatio*, deren Wesen von der Verschiedenheit des Objectes unabhängig war, welche daher in allen Sachen, in welchen ihre eigenthümliche Natur eine Anwendung gestattete, als ordentliches Rechtsmittel gebraucht werden konnte. Hieraus ergibt sich von selbst, daß alle Bestimmungen, welche das römische Recht über Appellation enthält, auch auf die *appellatio in causis criminalibus* Bezug haben; was in gleichem Maße auch von der allmätigen geschichtlichen Entwicklung der *appellatio* gilt; weshalb wir uns in dieser Hinsicht lediglich auf den vorhergehenden Artikel beziehen können. Die wenigen Abweichungen, welche das römische Recht über Criminalappellation enthält, betreffen bloß subjective und objectivc Verhältnisse, welche jetzt, bei veränderten Strafrechtsansichten, keine practische Bedeutung mehr haben, und überdieß nicht durchgängig mit einander im Einklange stehen. Während z. B. Ulpian nach einer Stelle ²⁾ nicht bloß dem Verurtheilten selbst, zu der Zeit noch, wenn er zur Execution abgeführt wird, sondern jedem Dritten in dessen Namen, ja sogar gegen dessen ausdrückliche Protestation zu appelliren gestattet, stellt er in etner anderen ³⁾ den allgemeinen Grundsatz auf, daß in einer Rechtsfache, in welcher man nicht durch einen Anderen verhandeln lassen dürfe, auch das Appelliren durch einen Anderen unstatthaft sei, wie namentlich in einer *causa capitali*, und spricht er in einer dritten Stelle ⁴⁾ dem offenkundigen Räuber, dem Auführer, überhaupt jedem gefährlichen Verbrecher, dessen Bestrafung nicht ohne Gefahr verschoben werden könne, das Recht der Appellation ganz ab; wiewohl kaum einzusehen ist, wie der Aufschub der Bestrafung Gefahr bringen konnte, da der Appellant, der Appellation ungeachtet, in der *custodia* blieb, wenn er keinen tauglichen Bürgen stellte ⁵⁾, und sogar in Bezug auf solche Verbrecher, die man besonders hart strafen wollte, angeordnet war, daß die Vollstreckung der Strafe 30 Tage verschoben, und so das Loos derselben in einem ungewissen Zustande bleiben solle ⁶⁾. Ein Anverwandter des Angeschuldigten konnte nur innerhalb des *biduum* für denselben appelliren, weil hier die Berufung als eine *appellatio in causa propria* galt ⁷⁾; und ein Slave bloß dann, wenn sein Herr nicht für ihn appellirte ⁸⁾. Ueberhaupt galt der Grundsatz, daß bei

2) L. 6. D. de app. (49. 1.)

3) L. 1. D. an per alium caus. app. (49. 9.)

4) L. 6. §. 9. D. de inj., rupt., irrit. fact. test. (28. 3.)

5) L. 6. §. 3. u. L. 12. Cod. de app. (7. 62.)

6) L. 20. Cod. de poen. (9. 47.)

7) L. 2. §. 3. D. quando app. (49. 4.)

8) L. 15. D. de app. (49. 1.)

Verbrechern, deren schnelle Bestrafung durch das Staatsinteresse geboten wurde, wie bei berüchtigten Räubern, Aufwieglern oder Häuptern von Verschwörungen, auch bei völlig überwiesenen und geständigen Mördern, Giftmischern, Zauberern, Ehebrechern, Entführern u. s. w., keine Berufung zugelassen werden solle, außer wenn im letzteren Falle der Beweis oder die Giltigkeit des Geständnisses angegriffen wurde⁹⁾.

2) Das canonische Recht machte ebensowenig einen Unterschied zwischen der appellatio in causis civilibus und der in causis criminalibus. Es gestattete in den letzteren Sachen die Berufung ausdrücklich¹⁰⁾; nur bei notorischen Verbrechen war sie unzulässig¹¹⁾.

3) Das teutsche Recht, insofern nämlich darunter blos das auf einheimischen Rechtsnormen beruhende zu verstehen ist, kannte in Strafsachen gar keine Appellation in dem eigentlichen Begriffe, nämlich als ein suspensives und devolutives Rechtsmittel¹²⁾. Das Urtheilshelten, die Beschwerden bei den Königen und die von den Oberhöfen eingeholten Rechtsbelehrungen waren nichts weniger als Appellationen im angegebenen Sinne. Wir können uns daher auch hier wieder auf das im vorigen Artikel über den Ursprung der Appellation in Teutschland Gesagte beziehen. Denn auch in Strafsachen wurde die eigentliche Appellation erst durch das fremde Recht bekannt. Nur vermochte sie nicht in Strafsachen ihre Herrschaft in gleicher Weise geltend zu machen, wie in Civilrechtsachen. Der Blutbann, frühe schon vom Kaiser oft besonders verliehen¹³⁾, ging bei der Auflösung der Gauverfassung auf die neuen Landesherrn, als ein in ihrer obrigkeitlichen Gewalt enthaltenes Recht, über. Wie sie den Blutbann früher als Beamtete ausübten, so thaten sie es jetzt als Landesherrn oder Obrigkeiten (Herrschaften). Es gelang ihnen auch, in der Ausübung dieses Rechtes die alte Unabhängigkeit von dem nach den fremden Rechtsansichten eingerichteten Reichskammergerichte zu behaupten, dessen Einwirkung auf ihre Territorien sie auch in Civilsachen theils direct durch die erlangten Appellationsprivilegien, theils indirect durch Erhöhung der Appellationssumme immer mehr zu beschränken wußten. Dieß wurde ihnen theils durch das eigenthümliche Criminalverfahren, wornach die Vollziehung der Strafe der Urtheilsfällung meist unverzüglich folgen mußte¹⁴⁾, theils durch den Entwicklungsgang erleichtert, welchen jenes Verfahren nach dem Eindringen des fremden Rechtes nahm, indem die nach diesem regelmäßige Prozeßform der Anklage schon frühe zur Ausnahme und statt derselben das Inquisitionsverfahren allmählig zur fast aus-

9) L. 16. Cod. de app. (7. 62.) L. 2. Cod. quor. app. (7. 65.) L. un. Cod. de raptu virg. (9. 13.)

10) Can. 20. 21. u. 31. §. 2. C. 2. qu. 6.

11) C. 13. 14. u. 61. X. de app. (2. 28.)

12) S. Buchner, das öffentl. Gerichtsverf. Erl. 1825. §. 59 u. 98.

13) Man s. z. B. dipl. pro eccl. Osnabrug. a. 804. Möser, osnabr. Gesch. I. urk. 1.

14) Man s. z. B. Sachsensp. I. Art. 55.

nahmslosen Regel wurde, und man überdieß diesen inquisitorischen Prozeß in der Doctrin und Praxis als ein summarisches Verfahren betrachtete, bei welchem die Appellation unstatthaft sei. Gleichwohl wurden auch in Strafsachen Appellationen an das Reichskammergericht gebracht, welche dieses auch annahm und in gleicher Weise, wie in Civilrechtsfachen, behandelte. Allein die Territorialherren, eifersüchtig auf ihre Rechte, brachten es, sich auf das Herkommen stützend, bald dahin, daß solche Appellationen in peinlichen Sachen reichsgeseglih verboten wurden¹⁵). Man darf sich daher auch nicht wundern, daß die später publicirte Carolina von der Appellation in peinlichen Sachen gänzlich schweigt. In dem Projecte von 1521 wird zwar noch dem nicht zum Tode verurtheilten Verbrecher, und, wenn dieser zum Tode verurtheilt war, dessen Oberherren oder gesippten Freunden (denn die Vollstreckung sollte dadurch nicht aufgehalten werden) eine Beschwärde oder Klage (nicht aber, wie gewöhnlich behauptet wird, eine Appellation) gestattet¹⁶). Allein dieser Artikel blieb, sowie auch der letzte Artikel des Projectes von 1529, welcher die Appellation in peinlichen Sachen ausdrücklich verbot, und vorschrieb, daß die Urtheile ohne Appellation vollzogen werden sollen¹⁷), in der endlichen Redaction der Carolina gänzlich weg. In der neuesten Reformation der Reichskammergerichtsordnung¹⁸) wurde das Verbot der Appellation an das Reichskammergericht „in peinlichen Sachen, die Leibesstrafe auf ihnen tragen“, wiederholt, und nur eine Nullitätsquerel in denselben erlaubt. Eine Appellation an die Reichsgerichte war demnach in peinlichen Sachen völlig unstatthaft, damit jedoch nicht die Appellation überhaupt verboten, wenn solche nach der Gerichtsverfassung der Territorien möglich war, und ihr kein ausdrückliches landesgeseglihes Verbot entgegenstand.

4) In der Doctrin, welche man auch in der Praxis befolgte, insoweit nicht Landesgesetze etwas Anderes anordneten, bildete sich seit Carpzov die Ansicht, daß die Appellation zwar im Anklageprozeße, aber nicht im Inquisitionsprozeße zulässig sei. Carpzov ging nämlich davon aus, daß das Inquisitionsverfahren ein summarischer Prozeß sei, mit dem sich die Appellation nicht vertrage. Anstatt dieser ließ er

15) R. X. v. 1530. §. 95: Item als jetzt etliche Zeit her von peinlichen Sachen vielfältig an Unser kais. C. Gericht appellirt, auch dieselbe Appellation angenommen, darauf Prozeß erkennt und rechtlich gehandelt worden, und solches dem alten hergebrachten Gebrauch im h. Reich zuwider: So setzen und ordnen Wir, daß hinfürter in peini. Sachen kein Appellation angenommen, sondern damit nach attem hergebrachten Gebrauch gehalten werden soll.

16) Cress ad art. 119. C.C.C. §. 6 flg., welcher das Project von 1521, das kaum mißverstanden werden kann, richtig auffaßte. Ab. Wein. ist §. B. Feuerbach, Lehrbuch S. 620, und noch Müller, Lehrb. S. 215.

17) Creß a. a. D.

18) Von 1555. Th. II. Tit. 28. §. 5. (Conc. der C. C. D. Th. II. Tit. 31. §. 14.)

eine defensio sogar mehrmal zu ¹⁹⁾, die auch Brunnemann ²⁰⁾ aufnahm und Ludovici ²¹⁾ zuerst förmlich als ein Rechtsmittel darstellte, welches unter der Benennung der weiteren Vertheidigung (defensio ulterior) nachher in ganz Deutschland zur Anwendung kam. Zwar fehlte es nicht an Vertheidigern für die Zulässigkeit der Appellation auch im Inquisitionsverfahren ²²⁾; allein bis gegen das Ende des 18. Jahrhunderts, bis wohin die Prozeßlehrer den Criminalprozeß auch in der Regel unter den summarischen Prozeßverfahren behandelten ²³⁾, blieb es herrschende Ansicht ²⁴⁾, daß im Inquisitionsverfahren keine Appellation, sondern nur weitere Vertheidigung zulässig sei. Seit dieser Zeit wurde dagegen die Ansicht von der Statthaftigkeit der Berufung im Inquisitionsprozeße mit Recht völlig allgemein ²⁵⁾, wiewohl noch manche Rechtslehrer ²⁶⁾ die Appellation so darstellen, daß sie nur dem Namen nach eine solche ist. Die durch das Studium der Philosophie in neueren Zeiten entstandene Ansicht, daß es sich im Strafrechte um materielle Wahrheit handle, und der Verzicht des Angeeschuldigten ausgeschlossen sei ²⁷⁾, weil es hier unveräußerliche Rechte gelte, führte sogar, jedoch gewöhnlich nur bei Capitalverbrechen, sogenannte nothwendige, von Amtswegen vorzunehmende Prüfungen der Criminalurtheile durch höhere Gerichte (Revisionen) herbei, während bei nicht capitalen Verbrechen in den meisten neueren Landesgesetzen die Appellation neben anderen Rechtsmitteln bloß gestattet wurde ²⁸⁾.

II. Zulässigkeit und Bedingungen derselben.

1) Es unterliegt dem Bisherigen zufolge keinem begründeten Zweifel, daß die Appellation gemeinrechtlich auch in Strafsachen zu-

19) Carpovii pract. nov. rer. crim. qu. 139. bef. n. 37. sq. auch qu. 115. n. 35. sq. u. qu. 136. n. 67.

20) Tractat. iurid. de inquisitionis proc. Francof. 1697. cap. VIII. §. 12.

21) Einleitung zum peinl. Proz. Halle 1707. Cap. 8. §. 12.

22) J. B. der heftige Oldecop, tract. duo contra Carpz. de appell. in caus. crim. Brem. 1691. Wernher l. c.

23) J. B. noch Danz in den summar. Proz. Stuttg. 1792. 3. Ausgabe 1806.

24) Man s. z. B. Danz a. a. D. §. 265. und die dort Note e angeführten; Klein, Grundsätze des peinl. R. 2. Ausg. Halle 1799. §. 574.

25) v. Grolman, Grundr. der St.-R.-W. 1. Ausg. Gieß. 1797. 4. 1825. §. 518. bezweifelt noch gewissermaßen die Zulässigkeit; gelangt jedoch am Ende zu einem richtigen Resultate und faßt auch die Appellation in ihrem wahren Begriffe auf. v. Feuerbach, Lehrb. 1. Ausg. 1801. §. 620. spricht sich ganz bestimmt aus, nennt aber noch die entgegengesetzte Meinung die allgemeine.

26) J. B. Stübel, Criminalverf. §. 3316 fig. Littmann, St.-R.-W. §. 905. III. Th. Salkow, Lehrbuch des peinl. R. 3. Ausg. Halle 1823. §. 621.

27) Man s. z. B. auch Günner, Handb. des Proz. III. Abh. 16. §. 2.

28) Vergl. Rittermaier, das Strafverf. §. 194. und dort Note 29. Müller, Lehrb. §. 215. Note 6.

läßig²⁹⁾, und nach den römischen und canonischen Rechtsbestimmungen, deren Anwendbarkeit kein verbotendes Reichsgesetz im Wege steht, zu beurtheilen sei, indem das reichsgesetzliche Verbot derselben an das Reichskammergericht nicht die Appellation an sich betraf. Es treten jedoch bei der Anwendung des fremden Rechtes manche durch die veränderten Ansichten über Strafrecht und Prozeß herbeigeführte Modificationen ein, zu welchen aber bloß particularrechtliche Bestimmungen nicht zu rechnen sind, da diese überhaupt nicht in das gemeine Recht hereingezogen werden dürfen, insofern sie nicht, auf gleichen Rechtsansichten beruhend, die überall in Deutschland gleich wirksam waren, wenigstens ein historisch gemeines Recht bilden; in welchem Falle die darauf gebaute Theorie allerdings auch wegen ihrer allgemeinen Anwendbarkeit eine gemeinrechtliche genannt werden kann, indem sie zur subsidiären Ergänzung aller der Particularrechte dient, die auf jenen Ansichten beruhen.

2) Die Appellation setzt auch hier ein geordnetes Instanzenverhältniß, ein zu derselben berechtigtes Subject und eine durch eine richterliche Verfügung zugefügte Beschwerde voraus. Gewöhnlich ist nach der teutschen Gerichtsorganisation, wornach in eigentlichen Criminalsachen die Mittel- oder Obergerichte, welche in nicht privilegierten Civilrechtsachen die erste Appellationsinstanz bilden, das erste Endurtheil zu fällen, häufig auch die Hauptuntersuchung zu führen haben³⁰⁾, nur eine einmalige Appellation, und in den Fällen, wo nothwendige Revisionen eintreten, nicht einmal diese möglich, wodurch jedoch andere Rechtsmittel nicht ausgeschlossen sind.

3) Was die Frage: wer zu appelliren befugt sei? betrifft, so steht im Allgemeinen die Befugniß, das Rechtsmittel der Appellation zu gebrauchen, einem Jeden zu, der an der richterlichen Verfügung rechtlich theilhaftig ist, und mithin durch dieselbe verletzt werden kann. Im Anklageprozeße kann daher auch der Ankläger appelliren³¹⁾. In Bezug auf den Privatankläger ist dieß zweifellos; bei dem öffentlichen Ankläger, welcher nämlich im Interesse des Staates als solcher aufzutreten die Pflicht hat, wird es darauf ankommen, ob dem Staate überhaupt die Appellationsbefugniß gegen den Angeschuldigten zustehet oder nicht. Im ersteren Falle ist natürlich auch dessen Mandatar zur Appellation berechtigt, nicht aber im letzteren. Es liegt jedoch kein Rechtsgrund vor, den Staat von dem Gebrauche der Appellation auszuschließen. Wenn nämlich auch das gemeine³²⁾ Recht keine ausdrückliche Bestimmung hierüber enthält, so folgt diese Berechtigung des Staates doch aus dem entschiedenen Interesse,

29) Vergl. die Note 1 angef. Schriften.

30) Man s. Joh. Fr. Kraßsch, tabellar. Uebersicht des Justizorganismus der sämtlichen teutschen Bundesstaaten, Leipzig 1836. Fol.

31) L. 1. in f. D. an per alium. (49. 9.)

32) Anders nach Landesgesetzen, s. Rittermaier, das Strafverf. S. 190. und dort Note 6.

welches er an den Strafurtheilen hat³³⁾. Der von v. Grolman³⁴⁾ hiergegen angeführte Grund, daß der Staat und der gesprochen habende Richter eine und dieselbe Person sei, ist einmal an sich irrig, da der urtheilende Richter vom Staate verschieden und unabhängig ist, und würde sodann, wäre er richtig, die Rechtsbeständigkeit des Urtheiles selbst zerstören, weil es in diesem Falle als in eigener Sache erlassen erschiene. Aus dieser behaupteten Appellationsbefugniß des Staates folgt jedoch nicht auch die Nothwendigkeit, von derselben wirklich Gebrauch zu machen; er kann vielmehr darauf auch verzichten, was zu thun gewiß ebenso einer richtigen Politik als der Großmuth und Milde angemessen ist. Dem Staate steht diese Befugniß übrigens auch im Inquisitionsprozesse zu, weil die Verschiedenheit des Verfahrens auf das Interesse am Urtheile keinen Einfluß haben kann. Dagegen muß hier dem Denuncianten das Recht zu appelliren abgesprochen werden, weil er keine Partei ist, und auch sonst am Urtheile kein rechtlich begründetes Interesse hat³⁵⁾. Anders verhält es sich jedoch bei dem sogenannten Denunciationsprozesse³⁶⁾, in welchem er als Partei — sei es wegen des civilrechtlichen oder wegen des von ihm beantragten Strafpunctes — allerdings auch zur Appellation berechtigt ist. Dem Angeschuldigten steht in jeder Verfahrensform das Recht der Berufung unbestritten zu. Ebenso können auch Dritte³⁷⁾, welche den Angeschuldigten zu vertreten³⁸⁾ oder zu alimentiren³⁹⁾ haben, und insofern an dem über ihn ergangenen Urtheile theilhaftig sind, gegen dieses appelliren; Andere dagegen nicht, indem sie ihnen etwa bekannt gewordene nova, wegen welcher allein sie das Recht haben, sich in die Sache einzumischen, nur zur Kenntniß der nächsten Obrigkeit, gleichviel, ob diese überhaupt ein Criminalgericht, oder gar das in der Sache competente sei oder nicht, zu bringen brauchen, um die angegangene Obrigkeit in die deshalb erforderliche Amtsthätigkeit zu versetzen⁴⁰⁾, deren Unterlassung in einem solchen Falle, wenn die nova relevant sind, Strafe wegen vernachlässigter Amtspflicht zur Folge haben würde. Es hängt sodann von der durch die Obrigkeit, welcher

33) Man s. Heffter, Lehrbuch des Crim.-Rechtes Halle 1833. S. 677. Note 4.

34) Grunds. der Cr.-R.-W. S. 518.

35) Heffter a. a. D. Spangenberg im neuen Arch. des Cr.-R. Bb. XI. S. 59 flg.

36) Man s. unter: Abhäsionsprozeß.

37) J. B. Wormünder, Curatoren (L. 1. u. 2. D. si tutor vel curator (49. 10.) und Ehegatten, s. Wittermaier a. a. D. S. 196. Vergl. L. 15. D. de app. (49. 1.)

38) L. 2. §. 3. D. quando appell. (49. 4.) — — necessaria persona.

40) Mit dieser Modifikation ist das Princip in L. 6. D. app. (49. 1.) noch anwendbar. Andere (s. J. B. Heffter, Cr.-R. S. 679) halten die L. cit. noch unbedingt für anwendbar bei Capitalstrafen; vgl. aber hiergegen schon im R. R. L. 1. D. an per alium. (49. 9.)

die Anzeige geschah, zu beurtheilenden Wichtigkeit der vorgebrachten nova ab, ob in Folge derselben ein Hemmen der vorhablichen oder schon im Gange befindlichen Vollstreckung des Urtheiles nothwendig sei oder nicht. Dagegen sind die im römischen Rechte enthaltenen, bereits oben (II. 1.) erwähnten Beschränkungen, wornach bestimmten Verbrechen die Appellation untersagt ist, nach den jetzigen, anerkannten Strafrechtsgrundsätzen nicht mehr zulässig⁴¹⁾, weil nach diesen nicht mehr die Beschaffenheit der Delicte, sondern das an die materielle Wahrheit geknüpfte Princip der Gerechtigkeit zu beachten ist.

4) Die Appellation ist gemeinrechtlich in keiner Strafsache ausgeschlossen, indem das den römischen Verböten zum Grunde liegende politische Princip, daß die Appellation in solchen Strafsachen, bei denen das Staatsinteresse keinen Aufschub der Strafvolziehung gestattet, oder die objective Beschaffenheit des Verbrechens⁴²⁾ dem allgemein anerkannten Principe der Gerechtigkeit nachstehen muß. Ebenfowenig kann es an sich auf die Beschaffenheit des Beweises, worauf die Verurtheilung beruht, nach dem gedachten Gerechtigkeitsprincipe jetzt mehr ankommen, indem nicht nur die Beweismittel selbst, ob sie nämlich wirklich so beschaffen und so gewichtig seien, wie der Richter bei seiner Urtheilsfällung angenommen hat, sondern auch die aus diesem Beweise abgeleiteten Folgerungen, und die Strafbestimmung hinsichtlich des wirklich erwiesenen Verbrechens eine rechtlich begründete Anfechtung als möglich zulassen. Daher sind die in der geschichtlichen Einleitung erwähnten fremdrechtlichen Bestimmungen, daß bei notorischen, oder durch Geständniß erwiesenen Verbrechen die Appellation unzulässig sei, jetzt nicht mehr anwendbar⁴³⁾. Aus gleichem Grunde kommt hier auch keine Apellationssumme in Betracht⁴⁴⁾, insofern nicht etwa von einem, mit dem Verbrechen cohärenten Civilpuncte die Rede ist, welcher ganz nach den Civilrechtsgrundsätzen beurtheilt werden muß. Die landesgesetzlichen, nach der Quantität und Qualität der Strafen und selbst nach der Verfahrensform⁴⁵⁾ bestimmten Beschränkungen der Appellation gehören, als auf keinem allgemein anerkannten Principe beruhend, vielmehr dem Grundsätze der materiellen Gerechtigkeit unangemessen, nicht in die Theorie des gemeinen Rechtes.

5) Die Appellation findet nicht bloß gegen Endurtheile, sondern auch gegen Interlocute⁴⁶⁾, überhaupt gegen jede beschwerende Verfügung statt, welche der Richter selbst nicht mehr abändern kann,

41) Heffter a. a. D. S. 676.

42) Man s. die Note 9 angef. Gesetze.

43) Heffter a. a. D. Müller, Lehrb. S. 217.

44) Martin, Lehrb. S. 155. und dort Note 9. Müller a. a. D.

45) Hierher gehört z. B. das sogen. ständrechtliche Verfahren.

46) L. 2. D. de app. recip. (49. 5.): Ante sententiam appellari potest, si quaestionem in civili negotio habendam index interlocutus sit: vel in criminali, si contra leges hoc faciat. — Müller, Lehrb. S. 217.

oder auf deshalb geschehene Remonstration nicht mehr selbst abändern will. Indessen wird die Appellation in der Regel nur gegen Decreten oder Sentenzen von Erfolg sein, weil nur diese von dem Richter, welcher sie erlassen hat, nicht wieder einseitig abgeändert werden können, wiewohl auch diese, sie mögen lossprechend oder verurtheilend sein, unabänderlich oder rechtskräftig im civilrechtlichen Sinne aus dem Grunde nie werden können, weil in Criminalsachen durch das allgemein als wesentlich anerkannte Streben nach materielle Rechte jeder Verzicht, und darum auch jede peremptorische Frist in civilrechtlichem Sinne ausgeschlossen wird. Ihre Folge ist daher zwar auch, wie die der einfachen Prozessverfügungen, nur Vollziehbarkeit⁴⁷⁾; allein diese kann bei eigentlichen Urtheilen durch zeitig gebrauchte Rechtsmittel suspendirt werden, was bei jenen, da sie durch die processuale Nothwendigkeit oder Zweckmäßigkeit geboten werden, nicht der Fall ist, eben weil jeder Aufschub mit dem Zwecke des Verfahrens in der Regel unverträglich sein würde. Daher wird bei solchen Verfügungen der Weg der Remonstration und, wenn diese erfolglos bleibt, der Beschwerde bei dem höheren Richter gewöhnlich am Besten zum Ziele führen, mag diese letztere auch in die Form einer Appellation eingekleidet werden.

6) Die Appellation muß auch hier an den zunächst höheren Richter geschehen, obwohl, wenn der unrechte Richter angegangen wird, dieß — wenigstens für den Angeschuldigten — immer ohne rechtlichen Nachtheil ist, weil es keine absolute Nothfrist im peinlichen Prozesse gibt. Die Sache muß hier sodann stets von Amtswegen an den competenten Obergerichter abgegeben werden.

III. Begründung der Appellation — beneficium novorum.

Die Appellation kann entweder durch bloßes Beziehen auf die bisherigen Acten, oder durch bloßes neues Anführen oder durch Beides zugleich begründet werden. Insbesondere ist das Recht des neuen Vorbringens (beneficium novorum), die nova mögen in Thatfachen oder in Beweisen bestehen, weder durch Präklusivfristen noch sonst beschränkt⁴⁸⁾, und darum auch nicht durch den im Civilprozeße deshalb vorgeschriebenen Eid bedingt. Ja es genügt im Inquisitionsprozeße schon ein bloßes Anführen der nova und der darauf bezüglichen Beweismittel, indem das höhere Gericht dadurch allein schon amtlich verpflichtet wird, die Bewahrheitung der nova, insofern sie relevant sind, durch die sorgfältigste Benützung der angeführten, sowie aller anderen

47) Ueber die Frage: ob und inwiefern Criminalurtheile rechtskräftig werden, s. m. z. B. Martin, Lehrb. S. 56. Mittermaier, Strafverf. S. 195. Abbe, Cr.-Pr. S. 183. Bauer, Lehrb. S. 201., bes. Müller, Lehrb. S. 207.

48) Martin, Lehrbuch S. 155. Nr. II. Bauer, Lehrbuch S. 204. D. Müller, Lehrb. S. 212.

etwa noch sich ergebenden Beweismittel zu veranlassen. Zu diesem Ende wird in der Regel das Untersuchungsgericht mit der erforderlichen Beweisaufnahme vor dem Spruche über die Appellation beauftragt. Deshalb kann diese Beweisaufnahme auch schon vor der Appellationsrechtsfertigung durch hierauf bezügliche Gesuche an das Untersuchungsgericht zweckmäßig veranlaßt werden. Selbst solche *nova*, die gar nicht angebracht, aber doch sonst auf irgend eine Art dem Appellations- oder auch Untersuchungsgerichte bekannt werden, sind auf die angegebene Weise von Amtswegen zu erforschen und bei der Urtheilsfällung zu berücksichtigen, sollte auch der Angeschuldigte auf dieselben ausdrücklich verzichtet oder gegen deren Gebrauch protestirt haben.

IV. Wirkungen der Appellation.

1) Die Wirkungen der Appellation sind auch hier, wie in Civilrechtsfachen, die Suspensiv- und Devolutivkraft und die Gemeinschaft des Rechtsmittels⁴⁹⁾.

2) Die Suspensivkraft, welche die Vollziehbarkeit der angefochtenen Verfügung, und somit auch das weitere Fortschreiten in der Sache hemmt, tritt sogleich mit der Einwendung der Appellation und zwar immer ein. Ist jedoch die Berufung gegen eine bereits vollzogene Verfügung, z. B. gegen eine bereits verhängte Verhaftung gerichtet, so bewirkt die Suspensivkraft keine Aufhebung derselben⁵⁰⁾, da der Zweck solcher Verfügungen gänzlich vereitelt würde, wenn ihre Vollziehung wieder zurückgenommen werden müßte. Sie tritt daher in solchen Fällen nur bedingt, wie bei civilrechtlichen Verfügungen ähnlicher Art, ein. Darum sind auch hier provisorische Verfügungen, die durch die vorhandenen, oder während des Appellationsverfahrens eintretenden Umstände als nothwendig geboten werden, durch die Suspensivkraft nicht ausgeschlossen; wogegen alle anderen Neuerungen von Seiten des Unterrichters nach dem Eintritte derselben als *Attentate* erscheinen würden. Die Praxis, sowie auch neuere Landesgesetze gestatten jedoch dem Angeschuldigten häufig, die im angefochtenen Urtheile ihm zuerkannte Freiheitsstrafe, der eingewandten Appellation ungeachtet, einstweilen anzutreten⁵¹⁾, um, wenn das Urtheil bestätigt werden oder das neue Erkenntniß bloß die Strafe mindern sollte, die sonst im Untersuchungsarreste zuzubringende Zeit zur Verbüßung der Strafe zu benutzen; was sich im Allgemeinen schon darum nicht rechtfertigen läßt, weil eine Verbüßung der Strafe sich

49) Die Wirkung, welche ein günstiges Appellationsurtheil für nicht appellirt habende Mitschuldige haben kann (s. L. 1. u. 2. Cod. si unus ex plur. (7. 68.) Mittermaier, Strafverf. S. 196. Littmann, Handb. III. S. 906), ist auch hier keine Wirkung der Appellation, sondern eine Folge der Gleichheit des Sachverhältnisses und des Principes der Beachtung des materiellen Rechtes.

50) Carpz. qu. 139. n. 42 sq. Leys er, sp. 655. med. 15. u. 65. Etübel, Cr.-R. S. 3319.

51) Mittermaier, Straf. S. 196. und dort Note 11.

da rechtlich nicht denken läßt, wo die Strafe selbst noch nicht rechtsbeständig ausgesprochen ist ⁵²⁾).

3) Die Devolutivkraft ⁵³⁾, welche gleichfalls immer und von selbst eintritt, hat hier nichts Besonderes; nur findet hinsichtlich der Dauer die Abweichung statt, daß in Criminalsachen immer nach Beendigung des Appellationsverfahrens die Sache an den Unterrichter sogar schon zur Eröffnung des ergangenen Erkenntnisses remittirt wird ⁵⁴⁾).

4) Die Gemeinschaft der Appellation wird zwar von den Rechtslehrern bei der Appellation in Criminalsachen nicht erwähnt ⁵⁴⁾; gleichwohl aber lassen alle Neueren ⁵⁵⁾ eine reformatio in peius zu, die sich ohne die Voraussetzung einer solchen Gemeinschaft nicht wohl rechtlich erklären läßt. Denn die Einseitigkeit des Inquisitionsprozesses, woraus z. B. Martin die reformatio in peius ableitet, ist nur eine formelle Erscheinung, die eine materielle Abänderung des Urtheiles zum Nachtheile dessen, welcher, um ein milderes Urtheil zu bewirken, die Appellation gebraucht, am wenigsten zu rechtfertigen vermag, da gerade der Umstand, daß dem Appellanten kein Gegner gegenübersteht, eine Milderung des Erkenntnisses zu seinen Gunsten um so leichter möglich machen würde, als Niemand einen Widerspruch dagegen erhöhe. Materiell ist aber auch der Inquisitionsprozeß zweiseitig, ein Verhandeln zwischen zwei Parteien, und darum ein wahrer Rechtsprozeß, mit dessen Natur sich ein Begünstigen der anderen Partei, die keinen Schritt zur Abänderung des Urtheiles gethan hat, schlechthin nicht verträgt. Das Streben nach materieller Wahrheit oder das Interesse der bürgerlichen Gesellschaft ⁵⁷⁾ kann an sich die reformatio in peius ebensowenig rechtfertigen, theils weil in dem zufälligen Umstande, daß der Angeschuldigte appellirt hat, keine Pflicht für den Richter liegt, jene Rücksichten zu beachten, die, wäre dieser Umstand nicht eingetreten, völlig unbeachtet geblieben wären; theils weil der Richter, der Natur seiner Stellung nach, erst die Anträge der Parteien zu erwarten, bevor er deren Interesse berücksichtigt, und nicht weiter zu gehen hat, als insofern von ihm Hilfe verlangt wird, und er daher auch in Bezug auf das Interesse der bürgerlichen Gesellschaft ebenso erst die Anträge dieser letzteren abzuwarten hat, wie er es auch in Bezug auf den Angeschuldigten thut; weil mithin jenes Interesse zwar eine noch=

52) Schwenzen, die Rechtsmittel etc. S. 28 flg.

53) Pufendorf I. obs. 151. §. 1. Stübel, Criminalverf. S. 3316. Martin, Lehrb. S. 156. Müller, Lehrb. S. 216.

54) Bloss, Lehrb. S. 56 a. G. Müller, Lehrb. S. 220.

55) Bloss mit einem arg. wird sich auf L. 39. Cod. de app. (7. 62.) bezogen, z. B. bei Martin, S. 155. Note 12. Müller, S. 212. Note 7.

56) J. B. Zittmann, III. S. 398. Martin a. a. D. Rittermaier, Strafverf. S. 196. Bauer, Lehrb. S. 204. F. u. S. 205 a. G. Müller a. a. D. — Anders die Kellern, z. B. Leysner, sp. 639. med. 7. vergl. auch Heffter, Cr.-R. S. 679.

57) Darauf bezieht sich z. B. Rittermaier a. a. D.

malige Prüfung von Amtswegen, nicht aber ein gelegentliches Beachten desselben da, wo die andere Partei nur für sich ein besseres Loos erkämpfen will, gleichsam eine Allianz mit dem Gegner des den unparteiischen Richter anrufenden Theiles rechtfertigen könnte. Das materielle Recht insbesondere kann sich nur darauf beziehen, daß dem Angeschuldigten kein größeres Uebel zugefügt werde, als er wirklich verschuldet hat; nicht aber darauf, daß er nicht etwa ein geringeres erleide, da der — auf die Strafe berechnete Staat von seinem Rechte etwas nachlassen, ja die ganze Obligation dem Angeschuldigten erlassen kann, wie er dieß namentlich bei der Begnadigung wirklich thut. Kann hiernach der Staat auf sein Recht aus dem Verbrechen verzichten, so muß, wie bei allen verzichtbaren Rechten da, wo der Berechnete sich bei einem über sein Recht ergangenen verletzenden Erkenntnisse beruhigt, obgleich ihm ein Rechtsmittel dagegen zu Gebote steht, rechtlich angenommen werden, er habe auf das ihm aberkannte Recht wirklich verzichtet. Dagegen erklärt sich die Befugniß oder vielmehr Pflicht zur reformatio in peius, die wir zwar allerdings für statthaft halten, von welcher jedoch der Staat in seiner Stellung dem Angeschuldigten gegenüber aus politischen Gründen und aus Rücksichten der Humanität keinen Gebrauch machen soll⁵⁸⁾, ganz einfach aus der positiv⁵⁹⁾ festgesetzten Gemeinschaft der Appellation, vermöge welcher das Interesse des Appellanten, wenn er abwesend, d. h. zum Handeln in der Sache nicht besonders aufgefordert worden ist, von dem Richter bei der Urtheilsfällung von Amtswegen mit berücksichtigt werden soll. Die Verschiedenheit dieser Gemeinschaft von der im Civilprozeße besteht nur darin, daß der Appellat zu jeder Zeit auch seinerseits gegen das suspendirte Urtheil Beschwerden vorbringen kann und dabei nicht bloß auf die vom Appellanten angefochtenen Punkte beschränkt, sondern auch jeden anderen Theil desselben beschwerend anzugreifen befugt ist. In Folge dieser Gemeinschaft muß daher der Richter den Staat, wenn er über die Appellation erkennt, ohne ihn zuvor zur Vernehmung aufgefordert zu haben, bei der Urtheilsfällung von Amtswegen vertreten und zu seinem Gunsten erkennen, wenn dieß die Actenlage rechtlich nothwendig macht.

V. Verfahren⁶⁰⁾.

1) Hinsichtlich des Verfahrens tritt keine wesentliche Verschiedenheit darnach ein, ob die Berufung gegen Endurtheile oder Interlocute gerichtet ist. Ueberhaupt wurde das Appellationsverfahren durch die Inquisitionsmaxime und die Rücksicht, daß es im peinlichen Prozeße auf materielle Wahrheit ankomme, und darum jeder Verzicht des An-

58) Daher sind jene Landesgesetze zu loben, welche die reformatio in peius verbieten.

59) L. 39. Cod. de app. (7. 62.)

60) Vergl. Martin, Lehrb. S. 156. Mittermaier, Strafv. S. 196. Bauer, Lehrb. S. 205. Müller, Lehrb. S. 218 flg.

geschuldigten unstatthaft sei, sehr vereinfacht und von allen jenen Formalitäten entblößt, welche bei der Appellation im Civilprozeße so wichtig und einflußreich sind.

2) Das Verfahren beginnt mit der Interposition der Appellation, welche bei dem iudex a quo entweder mündlich sofort nach Eröffnung des Urtheiles oder innerhalb der zehntägigen Nothfrist⁶¹⁾ geschehen muß. Außer dieser Frist, gegen deren Versäumung jedoch wenigstens dem Angeschuldigten die Restitution nie versagt werden darf, gibt es keine weiteren Fatalien. Die Gesuche um Apostel und Acteneinsendung fallen wenigstens im Inquisitionsprozeße als überflüssige Formalien ganz weg, weil es, da die Einwendungsfrist nicht im Sinne des Civilprozeßes präclusiv ist, keiner besonderen Bescheinigung über deren Beobachtung bedarf; die Acten aber wegen des Inquisitionsprincipes im Falle Bedürfnisses von Amtswegen eingefordert und eingefendet werden müssen.

3) Die Appellationseinführung bei dem iudex ad quem geschieht in der Regel durch die Einreichung der Rechtfertigungsschrift selbst, wozu der Unterrichter eine aus hinreichenden Gründen stets erstreckbare Frist bestimmt. Die Versäumung dieser Frist hat jedoch nicht den Verlust des Rechtsmittels, wohl aber nach Umständen eine Disciplinarstrafe gegen den nachlässigen Anwalt oder Vertheidiger des Angeschuldigten zu Folge. Eine besondere, bloß die Beschwerden namhaft machende Einführungsschrift läßt sich nur billigen, wenn entweder die Rechtfertigung innerhalb der verwilligten Einführungsfrist nicht erfolgen kann, und eine Verlängerung dieser letzteren vom Unterrichter versagt wurde, oder aber vor der Rechtfertigung noch eine auf diese bezügliche Ergänzung der Acten erforderlich ist, um welche das Untergericht vergeblich angegangen wurde. In diesem letzteren Falle ist mit den Beschwerden gegen das Urtheil selbst auch eine Beschwerde wegen der verweigerten Actenergänzung zu verbinden und nach erfolgter Nachweisung der Erheblichkeit der noch nicht actenmäßig gemachten Punkte um einen Auftrag an das Untergericht zur Actenergänzung, sowie um die Erlaubniß zu bitten, die Rechtfertigung in der Hauptsache nach der Erledigung des Präjudicialpunctes binnen einer zu dem Ende anzuberaumenden Frist einbringen zu dürfen. Der Appellant kann auch die Appellation, ohne besondere Einführung derselben bei dem Oberrichter, sogleich bei der Einwendung oder auch nachher zu Protocol rechtfertigen, welches sodann mit den übrigen Acten, und zwar nach vorgängiger Ergänzung derselben, wenn die Rechtfertigungsgründe eine solche nothwendig machen sollten, an den höheren Richter einzusenden ist. Will aber der Appellant durch seinen Defensor oder einen anderen Anwalt die Appellation rechtfertigen lassen, so hat er dieß bei der Einwendung derselben zu erklären und die erforderliche Wahl zu treffen. Gesah die Einwendung von dem Angeschuldigten selbst mündlich zu Protocol, so ist er von dem

61) Heffter, Cr.-R. S. 679.

Untergegerichte von Amtswegen zur weiteren Erklärung über die Wahl eines Anwaltes aufzufordern. In der nun protocollarisch erfolgten Wahl des Anwaltes liegt sodann auch die hinlängliche Vollmacht für diesen. Die Ausführung der Appellation kann auch von dem Anwalte entweder mündlich zu Protocoll vor dem Unterrichter oder durch Ueberreichung eines förmlichen Appellationslibelles bei dem höheren Gerichte geschehen, zu welchem Ende ihm alle zur Vorbereitung erforderlichen Mittel, namentlich die Einsicht der Acten, Abschriften einzelner Actenstücke, wie z. B. des Urtheiles, und die Unterredung mit dem Angeeschuldigten, so oft er es für nöthig hält, zu gestatten sind. Die Appellationschrift ist nach der Art von Vertheidungsschriften zu bearbeiten. Die Nachweisung der Formalien fällt in derselben weg, und auch die Anfügung des Urtheiles erscheint nicht wesentlich, da sich dasselbe schon bei den Acten befindet, und mit diesen an den Oberrichter gelangt. Dagegen wird sich der Anwalt zu seiner Legitimation zweckmäßig auf die auf ihn gefallene Wahl und den in Folge derselben an ihn ergangenen gerichtlichen Auftrag beziehen, auch, um seinerseits sich gegen Verweise zc. sicher zu stellen, die Beachtung der ihm verwilligten Ausführungsfrist bemerklich machen.

4) Mit der erfolgten Ueberreichung des Rechtfertigungslibells wird in der Regel auch das Appellationsverfahren, zumal im Inquisitionsprozesse, geschlossen, und über das Rechtsmittel erkannt, wenn nicht etwa zuvor noch eine beantragte und begründet befundene oder von Amtswegen für nöthig erachtete Ergänzung der Acten, z. B. wegen neuen Vorbringens, ein durch einen Vorbescheid oder Befehl an den Unterrichter zu veranlassendes Incidentverfahren erforderlich macht. Förmliche Appellationsprozesse werden nie erkannt, da solche die Inquisitionsmaxime ganz überflüssig macht. Selbst wenn eine Vernehmlassung des Appellaten, was im Accusationsprozesse eher vorkommen kann, nöthig sein sollte, wird dieselbe regelmäßig in der Form einer Actenergänzung erfolgen.

5) Nach völlig beendigtem Verfahren hat nun der Oberrichter zum Zwecke der Urtheilsfällung die Sache nach allen bei derselben in Betracht kommenden Momenten sorgfältig zu prüfen, und sodann nach dem sich hiernach ergebenden Resultate das vorige Urtheil zu bestätigen oder ganz oder theilweise abzuändern, und nach der Beschaffenheit des Erkenntnisses in der Hauptsache auch den Kostenpunct zu erledigen. Ein Zwischenurtheil wird, wenn gegen ein Endurtheil appellirt worden ist, jetzt in der Regel nicht mehr erfolgen, weil die Ergänzung der Acten, worauf sich ein solches allein noch beziehen könnte, schon vor der Urtheilsfällung durch Rescripte an Unterrichter bewirkt worden ist; es sei denn, daß man eine, allerdings auch jetzt noch mögliche, Lossprechung von der Instanz ein Zwischenurtheil nennen will⁶²⁾, wiewohl sie in Wahrheit kein

62) Martin, Lehrb. S. 143. Müller, Lehrb. S. 194.

solches ist ⁶³⁾, weil der Begriff eines Zwischenurtheiles es mit sich bringt, daß die darin enthaltene Verfügung die endliche Entscheidung vorbereite und zum Zwecke habe; was von der Entbindung von der Instanz, welche das ganze Verfahren — wenn gleich nur einstweilen — einstellt und für jetzt beendetet, nicht gesagt werden kann. Mit der Auflage eines Reinigungsseides wird in der Regel das durch diesen bedingte Endurtheil angefügt ⁶⁴⁾. Nur wenn dieß nicht geschieht, kann jetzt noch ein Zwischenurtheil auf Eid wenigstens in geringeren Sachen vorkommen. Die Entscheidung in der Sache selbst soll, den richtigen Prozeßgrundsätzen zufolge, nie durch ein bloßes Rescript, sondern stets durch ein förmliches Erkenntniß erfolgen, in welchem jedoch die im Civilprozeße nöthige Erklärung über die Formalien wegfällt. Böllig grundlose Appellationen werden durch ein einfaches Verwerfungsdecret zurückgewiesen, und Beschwerden, welche nur Nebenpuncte, und nicht die endliche Entscheidung der Sache betreffen, kann zweckmäßig durch ein Rescript (*rescriptum de emendando et tollendo gravamine*) abgeholfen werden.

6) Das gefällte Urtheil wird in förmlicher Ausfertigung zur Eröffnung und Vollziehung sammt den eingesendeten Acten an das Untergericht remittirt.

7) Die eingewandte Appellation kann auch in Strafsachen auf außerordentliche Weise in ihrem Gange gehemmt werden ⁶⁵⁾: a) durch den Tod des Angeschuldigten, gleichviel, ob dieser Erben hinterließ oder nicht, und ob die Appellation für oder gegen ihn ergriffen war, wenn es sich nur nicht um die civilrechtlichen Folgen des Verbrechens handelt, und dieses kein solches ist, welches ausnahmsweise auch nach dem Tode des Thäters verfolgt werden kann ⁶⁶⁾; b) durch freiwillige Abhilfe der Beschwerde von Seiten des gravirenden Gerichtes in Fällen, wo dieß noch rechtlich geschehen kann ⁶⁷⁾, und c) durch Verzicht des Appellanten vor erfolgter Appellationsrechtfertigung, welcher ihn jedoch gemeinrechtlich ⁶⁸⁾ nicht hindert, das Rechtsmittel nachher wieder fortzusetzen.

S. Jordan.

Aqua cottidiana oder **quotidiana** heißt bei den römischen Juristen jedes Gewässer, welches man alle Tage mittelst einer Wasserleitung beziehen kann ¹⁾. Dabei kommt es gar nicht darauf an, ob man von diesem Rechte wirklich jeden Tag Gebrauch

63) Man s. z. B. Stübel, *Criminalv.* S. 3099 flg. Henke, *Darstellung des gerichtl. Verf. in Strafsachen*, Zürich 1817. S. 168. und dort Note 8. Bauer, *Lehrb.* S. 193. Note e.

64) Stübel, *Cr.-V.* S. 3093. Martin, *Lehrb.* S. 143 a. E.

65) Martin, *Lehrb.* S. 155. Note 15. Müller, *Lehrb.* S. 214.

66) Man s. darüber Müller, *Lehrb.* S. 85. und dort Note 5 u. 6.

67) Cf. L. 42. D. de re iud. (42. 1.)

68) Landesgesetze weichen oft hiervon ab, s. Müller, *Lehrb.* S. 214. Note 4.

1) L. 1. §. 2. D. de aqua cottidiana. (43. 20.)

macht oder nicht²⁾. Die *aq. cott.* bildet den Gegensatz der *aqua aestiva*, womit man solche Gewässer bezeichnet, welche entweder ihrer natürlichen Beschaffenheit nach eine Einleitung nur für die Sommerzeit gestatten, oder von demjenigen, welcher zu ihrer Benützung berechtigt ist, nur den Sommer hindurch und zu keiner anderen Jahreszeit benutzt werden³⁾. Stillschweigend wird bei beiden Begriffsbestimmungen vorausgesetzt, daß das einzuleitende Wasser unversiegbar sei (*aqua perennis*)⁴⁾, und seiner natürlichen Lage und Beschaffenheit nach auch eine Einleitung gestatte⁵⁾. Der Hauptunterschied beider Arten von Wasserleitungen zeigt sich bei den Interdicten, welche zum Schutze des gestörten Besitzstandes einer Wasserleitung gegeben werden (*interdictum de aqua quotidiana et aestiva Dig. 43. 20.*); denn, während bei dem *interdictum de aqua quotidiana* zur Anstellung der Klage verlangt wird, daß der Kläger im letztverflossenen Jahre die Wasserleitung im guten Glauben besessen habe⁶⁾, ist es beim *interdictum de aqua aestiva* eine unerläßliche Bedingung, daß der Kläger im zunächst vergangenen Sommer (*priore aestate*) Besitzer der Wasserleitung gewesen sei⁷⁾, so, daß in manchen Fällen der Besitzstand von einem und einem halben Jahre, manches Mal sogar von zwei Jahren nachgewiesen werden muß⁸⁾. Das Erste, wenn das Wasser im Anfange der Frühlings- Tag- und Nachtgleiche eingeleitet worden ist, und die Klage im folgenden Sommer einen Tag vor der Herbst- Tag- und Nachtgleiche erhoben wird. Das Zweite, wenn die Anstellung der Klage in dem folgenden Winter verwirklicht wird. Späterhin ist das Interdict als *utile interdictum* auch auf den Fall ausgedehnt worden, wenn der Besitzer der Wasserleitung nur den Sommer, in welchem die Klage angestellt wird, hindurch Gebrauch von derselben gemacht hat⁹⁾. Eine ähnliche Ausdehnung wurde auch in dem Falle gestattet, wenn der Kläger nur im Winter, nicht aber im Sommer das fragliche Wasser eingeleitet hat¹⁰⁾. — Außer der eben erläuterten Eintheilung der Gewässer ist in den römischen Rechtsquellen an manchen Orten noch von der *aqua diurna* und *nocturna* die Rede¹¹⁾. Unter *aquae nocturnae servitus* versteht man das Recht, des Nachts allein eine Wasserleitung

2) L. 1. §. 2. u. 3. D. 43. 20. L. 6. D. *ibid.* L. 15. D. *de servit. praed. rusticorum.* (8. 3.)

3) L. 1. §. 3. u. 4. D. *ibid.*

4) L. 1. §. 5. D. *ibid.*

5) L. 1. §. 6. D. *ibid.*

6) L. 1. pr. u. §. 10. u. 19. D. 43. 20. Vergl. Savigny das Recht des Besitzes S. 599. (6. Ausg.)

7) L. 2. §. 29—34. D. *ibid.* L. 6. D. *ibid.* Vgl. Savigny a. a. D.

8) L. 1. §. 33. u. 34. D. *ibid.*

9) L. 1. §. 36. D. 43. 20. Vgl. Schilling rechtsgeschichtliche Bemerkungen S. 275.

10) L. 1. §. 35. D. 43. 20.

11) L. 10. §. 1. D. *quemadmodum servitutes amittantur.* (8. 6.) L. 17. D. *de aqua et aquae pluviae.* (39. 3.)

zu benutzen; beschränkt sich dies Recht auf die Tageszeit allein, so heißt die Gerechtigkeit *aquae diurnae servitus*. Beide Servituten sind so von einander unterschieden, daß, wenn sie Einem an demselben Grundstücke zustehen, sie dennoch für verschiedene Servituten angesehen werden. (S. auch Wasserrecht.) Heimbach.

Arbiter. Dieser Ausdruck kommt in mehreren Bedeutungen vor. Im weiteren Sinne versteht man darunter jeden Privatmann, welcher mit einer *arbitraria formula* zur Entscheidung des Processes niedergesetzt ist. Diese Formel berechtigte ihn, bevor er condempnirte, an den Beklagten den Befehl (*iussus, arbitrium*) zu erlassen, in welchem er ihm auferlegte, Etwas an den Kläger zurückzugeben (*restituere*), oder demselben vorzuzeigen (*exhibere*), oder demselben zu bezahlen (*solvere*). Da indeß auch die *bonae fidei iudicia* geradezu *arbitria* genannt werden ¹⁾, und der Richter in manchen *bonae fidei actiones* geradezu arbiter genannt wird, so scheint es ziemlich gewiß, daß auch in den *bonae fidei actiones* der *iussus iudicis* vorgekommen, und der Privatrichter arbiter genannt worden sei ²⁾. Im engeren Sinne heißt arbiter der Schiedsrichter, welcher nach dem Compromiß der Parteien eine unter ihnen obwaltende Streitigkeit durch sein Urtheil (*arbitrium, definitio* bei den Römern, bei den Neueren *laudum*) zu entscheiden übernommen hat ³⁾. Der Vertrag der Parteien, durch welchen ihm die Sache übertragen wird, wird theils in der Form der Stipulation ⁴⁾, theils in der des *nudum pactum* ⁵⁾ abgeschlossen. Zwischen dem Schiedsrichter und den Parteien hingegen existirt wahrscheinlich ein Mandatsverhältniß; die Parteien sind die Machtgeber, der Schiedsrichter der Mandatar. Dieß Verhältniß heißt in der Kunstsprache *receptum* ⁶⁾. Der Wirkungskreis des arbiter besteht in der Abgabe der *sententia*. Erfordernisse der *sententia* sind folgende: a) der arbiter muß sie in eigener Person abgeben, mithin kann er keinen Anderen zu diesem Zwecke substituiren ⁷⁾; b) der arbiter muß sie über die im Compromisse bezeichnete Sache abgeben ⁸⁾, sonst ist sie ungiltig; c) er muß sie binnen der im Compromisse angegebenen Zeit abgeben ⁹⁾, sonst ist sie ebenfalls ungiltig; d) er muß sie nur in der Beziehung abgeben in welcher ihm das Urtheil durch das Compromiß übertragen worden ist ¹⁰⁾. Mit der Abgabe der *sententia* tritt der arbiter vom Schauplatze ab ¹¹⁾, und er kann mithin, wenn er einmal dieselbe ausgesprochen hat, sie

1) Cic. de off. 3. 17.

2) Schrader zu Justinian's Institutionen S. 662.

3) D. de receptis, et qui arbitrium. (4. 8.)

4) L. 11. §. 2—4. D. 4. 8.

5) L. 11. §. 2. D. 4. 8. L. 5. Cod. de receptis arbitris. (2. 56.)

6) L. 3. §. 2. u. 3. D. 4. 8. vergl. mit der Ueberschrift des Titels.

7) L. 32. §. 16. u. 17. D. 4. 8.

8) L. 32. §. 15. D. 4. 8.

9) L. 32. §. 21. D. 4. 8. L. 1. C. 2. 56.

10) L. 32. §. 15. D. 4. 8.

11) L. 19. §. 2. D. 4. 8. L. 21. pr. D. ibid.

späterhin aus keinem Grunde, nicht einmal wegen eines Irrthumes, widerrufen¹²⁾. Weigert er sich aus wichtigen Gründen sein Urtheil zur gehörigen Zeit abzugeben, so wird er dazu vom Prätor gezwungen¹³⁾. Das gewöhnliche Zwangsmittel, dessen sich der Prätor zu diesem Zwecke bedient, ist die Auferlegung einer Geldstrafe¹⁴⁾. Nur in folgenden Fällen fällt der Zwang weg: α) wenn der arbiter ein gleiches oder höheres imperium hat, als der Prätor¹⁵⁾; β) wenn der arbiter notorisch durch Geld bestochen worden ist¹⁶⁾; γ) wenn derselbe mit der turpitude behaftet ist¹⁷⁾; ist aber seine Infamie durch Handlungen der Parteien veranlaßt worden, so kann er nur *causa cognita* sich entschuldigen¹⁸⁾; δ) wenn der arbiter dringende Geschäfte hat¹⁹⁾, z. B. wenn er verreisen muß; ε) wenn er im Greisenalter steht²⁰⁾; ζ) wenn er krank wird²¹⁾; η) wenn er ein obrigkeitliches Amt, das ihm viel zu thun gibt, verwaltet²²⁾; θ) wenn er selbst seines eigenen Prozeßes halber vor Gericht zu erscheinen hat²³⁾; ι) wenn zwischen ihm und den Parteien oder unter den Parteien selbst eine Todfeindschaft entstanden ist²⁴⁾; κ) wenn die eine von den Parteien bankrott wird²⁵⁾; λ) wenn die Parteien nach der Eingehung des Compromisses den Weg der gerichtlichen Klage eingeschlagen, oder auf einen anderen arbiter compromittirt haben, und späterhin auf den ersten Schiedsrichter zurückkommen²⁶⁾. Für die Parteien bildet die vom arbiter abgegebene Sentenz eine unveränderliche Norm, der sie sich durchaus unterwerfen müssen, selbst in dem Falle, wenn sie eine offenbare Unbilligkeit enthalten sollte²⁷⁾. Denn die Parteien mögen sich es selbst zuschreiben, wenn sie auf ungerechte Schiedsrichter compromittirt haben. Appellationen und andere Rechtsmittel sind gegen solche Sentenzen ganz unzulässig²⁸⁾. Vorausgesetzt wird dabei, daß 1) die *sententia* nichts Unanständiges enthalte²⁹⁾; 2) daß das Compromiß nicht aus irgend einem Grunde ungiltig sei; 3) daß die *sententia* nicht durch offen-

12) L. 19. §. 2. D. 4. 8. L. 20. D. *ibid.*

13) L. 15. D. 4. 8. L. 3. §. 2. u. 3. D. *ibid.* L. 32. §. 12. D. *ibid.* L. 11. §. 2. D. *ibid.*

14) L. 32. §. 12. D. *ibid.*

15) L. 3. §. 3. D. *ibid.*

16) L. 9. §. 3. D. 4. 8. L. 3. C. 2. 56.

17) L. 9. §. 3. D. 4. 8.

18) L. 9. §. 4. D. 4. 8.

19) L. 15. D. 4. 8.

20) L. 15. D. 4. 8.

21) L. 15. D. *ibid.*

22) L. 15. D. *ibid.*

23) L. 16. D. *ibid.*

24) L. 15. D. *ibid.*

25) L. 17. pr. D. *ibid.*

26) L. 17. §. 1. D. 4. 8. L. 9. §. 5. L. 10. L. 11. D. *ibid.*

27) L. 19. pr. D. 4. 8. L. 27. §. 2. D. *ibid.*

28) L. 1. Cod. 2. 56. L. 14. D. 4. 8.

29) L. 21. §. 7. D. 4. 8.

bare Parteilichkeit des arbiter oder durch Bestechung desselben motivirt sei³⁰⁾. Im letzten Falle steht es der Partei, welche durch die Abgabe der *sententia* in Schaden gekommen ist, frei, der *actio ex stipulatu* des Gegners, womit er die Befolgung des Urtheiles erzwingt, die *exceptio doli mali* entgegenzusetzen, welche eine Art von Appellation zu enthalten scheint³¹⁾. — Uebrigens ist gewiß, daß durch das Compromiß keine *litispēdēnz* begründet wird³²⁾, und daß aus der *sententia* des arbiter keine *actio iudicati* entsteht³³⁾. Das einzige Mittel, die Befolgung der *sententia* zu erzwingen, ist die aus dem Compromiß entstehende *actio ex stipulatu*, welche natürlich von beiden Parteien angestellt werden kann, weil das Compromiß aus einer gegenseitigen *Stipulation* besteht³⁴⁾. Nur unter gewissen Bedingungen kann die *sententia* des arbiter auch an die Civilgerichte zur Vollstreckung³⁵⁾ abgegeben werden. Die Bedingungen sind folgende: a) wenn das *laudum* schriftlich abgefaßt und von den Parteien unterschrieben worden ist; b) wenn zehn Tage von der *Publication* der *sententia* an verfloßen sind; c) wenn kein Rechtsmittel von den Parteien dagegen eingewendet worden ist. Aber das Mittel, die *Execution* bei dem Civilgerichte zu erzwingen, ist nicht die *iudicati actio*, sondern eine *in factum actio*. — Sind mehrere Schiedsrichter im Compromisse ernannt, so ist ihr Verhältnis zu einander bei der Abgabe der *sententia* zunächst nach der Beschaffenheit und dem Inhalte des Compromisses zu beurtheilen³⁶⁾. Ist im Compromisse nichts darüber bestimmt, so kann Keiner für sich allein zur Abgabe der *sententia* gezwungen werden, sondern nur Alle auf einmal³⁷⁾, und das Urtheil kann nur von Allen zusammen, wenn sie gegenwärtig sind, abgegeben werden³⁸⁾. Sonst ist es ungiltig. Sind die Meinungen der Einzelnen verschieden, so entscheidet die Stimmenmehrheit³⁹⁾. Betrifft die Verschiedenheit aber nur die Quantität der *Condemnationssumme*, so muß man sich für die mindeste Summe entscheiden, weil auf diese Summe alle zurückkommen⁴⁰⁾. Ist auch auf diese Weise keine Entscheidung zu erlangen, so können die bestellten Schiedsrichter auf den vorhergehenden Antrag der Parteien vom Prätor gezwungen werden, daß sie eine dritte Person erwählen, auf deren Ausspruch dann Alles ankommt⁴¹⁾. Diese dritte Person heißt in der Ronsprache der neueren Juristen *Obmann* (*superarbiter*). — Unfähig

30) L. 32. §. 14. D. 4. 8. L. 3. C. 2. 56.

31) L. 32. §. 14. D. 4. 8. L. 3. C. 2. 56.

32) L. 30. D. 4. 8. L. 9. §. 5. D. *ibid.*

33) L. 1. C. 2. 56.

34) L. 11. §. 2. D. 4. 8.

35) L. 5. *pr. u.* §. 1. C. 2. 56.

36) L. 32. §. 13. D. 4. 8.

37) L. 17. §. 2. D. 4. 8.

38) L. 17. §. 7. D. 4. 8. L. 18. D. *ibid.*

39) L. 17. §. 7. D. 4. 8. L. 27. §. 3. D. *ibid.*

40) L. 27. §. 3. D. 4. 8.

41) L. 17. §. 6. D. 4. 8.

zur Uebnahme des arbitrium sind folgende Personen: 1) Taube, 2) Stumme, 3) Wahnsinnige⁴²⁾, 4) Leute, welche das 20. Jahr noch nicht vollendet haben⁴³⁾. Alles dieß beruht auf einer Ausdehnung der Vorschriften der lex Julia de iudiciis auf die arbitri. Doch ließ man schon im gewöhnlichen Prozesse das Urtheil Derer gelten, welche das 18. Jahr bereits vollendet hatten, wenn sie nur unter ausdrücklicher Einwilligung der Parteien zu Richtern bestellt waren⁴⁴⁾. Waren diese Vorschriften nicht beobachtet, so konnte die sententia des arbitri keine Giltigkeit erlangen und jede Klage aus dem Compromisse wurde abgeschlagen.

Arbitratus, auch **arbitrium**, heißt die Bestimmung gewisser Punkte abgeschlossener Geschäfte oder testamentarischer Verfügungen durch dritte Personen, welche außer dem Obligationsnerus sich befinden. Man unterscheidet hier nach der gewöhnlichen Theorie zwei Fälle: 1) wenn Derjenige, auf dessen Urtheil die Entscheidung des Punctes gestellt ist, eine bestimmte, namhaft gemachte Person ist. Hier kommt Alles auf sein Urtheil an, und es ist gar kein Unterschied, ob das von ihm abgegebene Urtheil billig oder unbillig ist; denn beide Parteien müssen sich demselben unterwerfen¹⁾. Das Urtheil heißt in diesem Falle bei den Neueren merum arbitrium. Bei Obligationen tritt die Nichtigkeit derselben sofort ein, wenn der genannte arbitri sein Urtheil nicht abgibt, oder, bevor er sein Urtheil abgibt, verstirbt²⁾. Bei Legaten und testamentarischen Verfügungen hingegen treten die Grundsätze ein, welche bei dem boni viri arbitratus gelten³⁾. Nach denselben Grundsätzen wird auch der Fall behandelt, wenn die Entscheidung einer von den contrahirenden Parteien übertragen worden ist⁴⁾. 2) Wenn Derjenige, auf dessen Urtheil die Entscheidung des Punctes gestellt ist, nicht namentlich erwähnt ist. Hier kommt Alles darauf an, ob die vom Schiedsrichter abgegebene Entscheidung den Grundsätzen der Billigkeit entspricht, oder nicht⁵⁾. Man nennt diesen Fall boni viri arbitratus. Eigenthümlich sind demselben folgende Grundsätze: 1) alle arbitri aus einem Testamente können gezwungen werden, ihr Urtheil abzugeben⁶⁾. 2) Alle arbitri, welche bei Legaten zu urtheilen haben, können durch neue ersetzt werden, wenn die alten aus irgend einem Grunde wegfallen. Dieß ist durch die Praxis eingeführt. 3) Ein sol-

42) L. 9. §. 1. D. 4. 8.

43) L. 41. D. 4. 8.

44) L. 57. D. de re iudicata. (42. 1.)

45) L. 9. §. 1. D. 4. 8. L. 41. D. ibid.

1) L. 76. D. pro socio. (17. 2.)

2) L. 43. L. 44. u. L. 141. §. 1. D. de verborum obligationibus. (45. 1.)
§. 1. J. de emptione venditione. (3. 24.) L. 15. C. de contrahenda emptione.
(4. 38.) L. 25. pr. D. locati conducti. (19. 2.)

3) L. 1. §. 1. D. de legatis. 2. (31.)

4) L. 77. u. 78. D. 17. 2.

5) L. 76. D. 17. 2.

6) C. 19. X. de testamentis. (3. 26.)

ches arbitrium kann dem Ermessen des Gläubigers und Schuldners überlassen werden⁷⁾. Kunstausdruck: Arbitrator heißt bei den Neueren Derjenige, welcher als vir bonus urtheilt. Heimbach.

Archidiaconus ist ursprünglich als der erste der Diaconen des bischöflichen Presbyterii, später als der Vorgesetzte eines bestimmten Sprengels des Bisthumes (Archidiaconat) nach dem Bischöfe selbst der mächtigste Kirchenbeamte, zuletzt meistens nur ein Ehrentitel für einzelne Personate¹⁾.

Schon in den ersten Jahrhunderten der Kirche wurden die Bischöfe durch den Umfang und die Mannigfaltigkeit ihrer Functionen genöthigt, für die einzelnen Geschäftskreise besondere Gehilfen anzunehmen. Aus dem ihnen zur Seite stehenden Rathe, dem Presbyterium, bedienten sie sich für ihre priesterlichen Verrichtungen als eines Stellvertreters des ältesten Presbyters (Archipresbyters, s. den Art.), zur Handhabung der äußeren Kirchenangelegenheiten nahmen sie dagegen einen aus der Mitte der Diaconen, nach freier Wahl²⁾, und bestellten ihn zum Archidiaconus (primus, prior, primicerius diaconorum). Sie überließen dem Letzteren auch alsbald einen so großen Wirkungskreis, daß schon im vierten Jahrhunderte über Mißbräuche desselben geklagt werden konnte³⁾. Anfangs gab es in jeder Diöcese nur einen Archidiaconus, seit dem achten Jahrhunderte aber mehrere für bestimmte abgegrenzte Sprengel (archidiaconatus, banna archidiaconalia)⁴⁾. Das erste bisher bekannt gewordene Beispiel einer solchen Eintheilung der Diöcese in Archidiaconate gab Heddo, Bischof von

7) L. 77. D. 17. 2. L. 24. pr. D. 19. 2. L. 75. pr. D. de legatis. 1. (30.) L. 11. §. 7. D. de legatis. 3. (32.)

1) Vergl. Tit. X. de officio archidiaconi. (1. 23.) Thomassin. vetus et nova disciplina eccl. P. I. lib. II. cap. 17—20. Bingham origines eccles. lib. II. cap. 21. Joh. Paul Kress recht begründete vollständige Erläuterung des Archidiaconalwesens und der geistlichen Sendgerichte, Helmstädt 1725. 8. Joh. Georg Perfsch Abhandlung von dem Ursprunge der Archidiaconen, Archidiaconalgerichte u. s. w., Hildesheim 1743. 8. Johann Wolf Abhandlung von den geistlichen Commissarien im Erzstifte Mainz, 1797. 8. Winterim, die vorzüglichsten Denkwürdigkeiten der christkatholischen Kirche, Band I. Th. I. S. 386—434.

2) Die selbstständige Wahl des Archidiaconus ist regelmäßig als ein Recht des Bischofes in der Kirche des Occidents betrachtet worden (siehe Anm. 9). Ausnahmen finden sich nur im Falle der Nachlässigkeit des Bischofes, oder wo es besonders hergebracht war (s. Gratian. post c. 2. Decr. LXXXIX. Ueber eine Ausnahme in der Diöcese Würzburg s. m. Winterim a. a. D. S. 427).

3) Isidorus Pelusiota epist. lib. VI. ep. 188.

4) Die Grenzen der Archidiaconate fallen regelmäßig mit denen der Gaue zusammen. Die bedeutenderen derselben in Deutschland nennt Winterim a. a. D. S. 413 flg. Vergl. noch Delius über Grenzen und Eintheilung des Erzstiftes Bremen, 1808, und von demselben den Artikel: Archidiaconat, in Ersch und Gruber allgemeiner Encyclopädie Th. V. S. 138, 139. Bodmann, Rheingauische Alterthümer, Band II. S. 842 flg.

Strasburg, dessen Anordnung Pabst Hadrian I. bestätigte, und welcher man bald allgemein folgte⁵⁾.

Bisher hatten die Archidiaconen ihre Gerechtsame⁶⁾ nur vermöge eines besonderen bischöflichen Mandates geübt. Dieß änderte sich seit der Einführung der *vita canonica*, bei welcher das Archidiaconat regelmäßig mit der Würde des Propstes in den Dom- und Collegiatstiftern⁷⁾ verbunden wurde. Dadurch erhielt das Archidiaconat den Character eines dauernden Amtes, und der Archidiaconus wurde ein bleibender *vicarius natus*, nicht bloß mit delegirter, sondern ordentlicher Gerichtsbarkeit (*iurisdictio ordinaria*). Von jetzt ab wuchs diese Macht der Archidiaconen schnell und bedeutend, nicht selten bis zur eigenen Gerichtsbarkeit (*iurisdictio propria*)⁸⁾, und erreichte ihren Gipfel im zwölften Jahrhunderte. Vermöge ihrer Stellung mußten ihnen selbst Geistliche höherer Weihen gehorsamen⁹⁾, wie namentlich der Archipresbyter.

Nach dem Systeme der Decretalen¹⁰⁾ besaßen sie folgende Rechte:

1) Die Aufsicht über ihren Sprengel und damit in Verbindung die Visitation, bei deren Ausübung sie den Anspruch auf bestimmte Procurationen hatten¹¹⁾.

2) Jurisdiction in Rechtsstreitigkeiten und Strafsachen im weitern Umfange¹²⁾. Die Strafgerichtsbarkeit handhabten sie nach besonderen Instructionen auf eigenen Synoden (Send, Laiensynode)¹³⁾.

5) S. Schoepflin *Alsatia . . . diplomatica*. vol. I. p. 46. Grandidier *histoire de l'eglise et des Evêques de Strasbourg*, T. I. p. 176. 291. T. II. diplom. 66.

6) Eine Uebersicht ihrer Rechte und Pflichten im siebenten Jahrh. findet sich in c. 1. §. 10. 11. Dist. XXV. vergl. c. 2. X. de off. archid.

7) Daher der Unterschied des *archidiaconus maior* und der *minores*.

8) S. C. 10. X. h. t. c. 7. X. de praebendis. (3. 5.) c. 3. de appellationibus in VI. (2. 15.) Vgl. Innoc. Cironii *observationes iuris canonici* lib. II. cap. 8.

9) Erforderlich war eigentlich für den Archidiaconus der *ordo diaconi* (c. 1—3. Dist. LX.). Die Bischöfe bestellten aber vermöge ihres freien Wahlrechtes auch Geistliche niederer Grade zu Archidiaconen, bis dieß Pabst Eugenius II. ausdrücklich verbot (*Collectio Conciliorum* ed. Hardouin. Tom. IV. col. 1258).

10) Man s. besonders c. 7. X. h. t. verb. mit c. 1. 9. eod.

11) Die Visitationsgebühren wurden oft überschritten, und durch ein großes Gefolge der Visitatoren den untergebenen Geistlichen eine bedeutende Last aufgebürdet, so daß es genauer Vorschriften und Beschränkungen bedurfte. Man s. z. B. c. 3. Dist. XCIV. (Concil. Cabilonense II. c. 15. a. 813.) c. 6. X. de censibus. (3. 39.) (Alexander III. in Concil. Lateran. an. 1179.)

12) Wie die Archidiaconen in den Besitz dieser Gerichtsbarkeit kamen weist nach Turk de *iurisditionis civilis per medium aevum cum ecclesiastica conjunctae origine* etc. *Monasterii* 1832. 8. cap. 3.

13) S. die Anm. 1. citirte Literatur. Dazu vgl. m. Anton Schmidt *diss. de synodis archidiaconalibus. . . in Germania*. 1773. in Schmidt *thesaurus iuris eccl.* Tom. III. Nr. IX. Ueber dieses Institut in Preußen: Jacobsen *Geschichte der Quellen des Kirchenrechtes des preuß. Staates*, Th. I. Bb. I. S. 118 fig.

3) Prüfung und Investitur der Geistlichen ¹⁴).

4) Anspruch auf einige besondere Leistungen, wie das *ius iucundi introitus sive adventus, ius exuviarum et deportus* u. a. ¹⁵).

Der Geschäftskreis der Archidiaconen hatte auf diese Weise mit der Zeit einen solchen Umfang erreicht, daß ihnen die Anstellung besonderer Vicare oder Officiale zugestanden werden mußte ¹⁶). Sie suchten jetzt aber auch mehr und mehr ihren Einfluß zu erweitern ¹⁷) und sich der Autorität ihrer Oberen vollständig zu entziehen, so daß die Bischöfe sich genöthigt sahen, für dieselben Beschränkungen eintreten zu lassen. Sie entzogen daher den Archidiaconen, insoweit es thunlich war, geradezu einen Theil der Jurisdiction ¹⁸), oder beschränkten sie indirect durch Bestellung von besonderen Vicarien für manche Fälle ¹⁹). Seit der Mitte des dreizehnten Jahrhunderts geschah dieß principmäßig in den einzelnen Diocesen, jedoch nicht überall mit gleichem Erfolge ²⁰), und entscheidender wirkte erst das Concil von Trient, welches, um den gesunkenen Einfluß der Bischöfe wieder zu erhöhen, unter andern auch die Archidiaconen in engere Grenzen zurückwies. Dasselbe bestimmte zunächst, daß gemäß dem älteren Rechte nur Magister der Theologie, Doctoren und Licentiaten des canonischen Rechtes als wirkliche Archidiaconen zugelassen würden ²¹), daß Archidiaconen, Decane und andere niedere Geistliche das Visitationrecht da, wo sie es gewöhnlich hergebracht hätten, für die Zukunft nur mit dem ausdrücklichen Consense ihres Bischofes ausüben ²²), über Ehe- und Criminalsachen aber keine Gerichtsbarkeit ihnen mehr zustehen sollte ²³).

Nicht sogleich, jedoch nach und nach wurden diese Bestimmungen in Vollziehung gesetzt ²⁴), und oft ging auch die ganze Gerichtsbarkeit von den Archidiaconen auf die nun bleibend angeordneten Vicare, Officiale und Generalvicariate über (s. d. Art.) ²⁵). Da, wo nicht bis zu Anfang des jetzigen Jahrhunderts das ganze Institut bereits seinen

14) C. 7. 9. X. h. t. c. un. X. de scrutinio in ord. fac. (1. 12.) siehe noch Hontheim historia Trevirensis Tom. I. p. 833. Winterim a. a. D. S. 422. 425.

15) Würdtweia archidioecesis Moguntina Tom. I. p. 155. 528. Fress a. a. D. Cap. 6. Winterim a. a. D. S. 430—432.

16) C. 3. §. 1. de appellat. in VI. (2. 15.) (Innoc. IV. a 1245.) Wolf a. a. D. Beil. 1. Würdtwein l. c. Tom. I. p. 524.

17) Man f. z. B. c. 3. 15. X. de excessibus praelatorum. (5. 31.)

18) Bobmann a. a. D. S. 845. Anm. a. Winterim a. a. D. S. 402. Anm. XX.

19) Tit. de officio vicarii in VI. (1. 13.)

20) So behauptete sich z. B. im Bisthume Meissen der Archidiaconus von Budissin bis zur Reformation. S. Fankt von dem Archidiaconat zu Budissin. Görlitz 1817. 4.

21) Conc. Trid. sess. XXIV, de reform. cap. 12.

22) X. a. D. Cap. 3.

23) X. a. D. Cap. 20.

24) Winterim a. a. D. S. 417, 423, 425.

25) Turk l. c. cap. III.

Untergang gefunden hatte, erfolgte derselbe fast allgemein durch die seitdem für die katholische Kirche überhaupt eingetretenen ungünstigen Schicksale. Nur hin und wieder haben sich noch Archidiaconen, jedoch der Vorschrift des tridentinischen Conciles gemäß, und mehr als bloße Personatus mit wenigen Rechten, wie namentlich der Mitwirkung bei Ordinationen (s. Anm. 14), erhalten. Bei der neuen Organisation der bischöflichen Capitel war die Herstellung des zur Unbedeutendheit herabgesunkenen Amtes nicht mehr nöthig, weshalb seiner auch in den neuesten Concordaten und Statuten nicht gedacht wird.

Als Ehrentitel findet sich noch mitunter das Prädicat Archidiaconus nicht bloß in der katholischen, sondern auch in der evangelischen Kirche. In der letzteren wurden bisweilen die Erzpriester (Superintendenten) auch Archidiaconen genannt ²⁶).

§. 8. Jacobson.

Archipresbyter (Erzpriester — Landdechant) ist derjenige erste Presbyter oder auch Pfarrer, welchem außer der besonderen Seelsorge die kirchliche Aufsicht in einem bestimmten Districte der Diocese übertragen ist ¹).

So wie sich der Bischof für die Verwaltung der äußeren Kirchenangelegenheiten eines seiner Diaconen bediente (s. den Art. Archidiaconus), nahm er aus seinem Presbyterio zur Unterstützung bei den ihm als Presbyter zukommenden Obliegenheiten den ältesten der Presbyteren (princeps presbyterorum, archipresbyter) ²). Mit der Erweiterung der Diocesen wurden auch an den Hauptkirchen der Städte besondere Archipresbyteren (archipresbyteri urbani, civitatenses) bestellt, und selbst auf's Land übertragen (archipr. exteri, rurales). Ursprünglich wandten sich nämlich die auf dem platten Lande lebenden Christen an die Kirche der Stadt, von der aus sie bekehrt waren. Seit sie selbst eigene Gemeinden und Kirchen (tituli) zu bilden anfangen, erhielten die größeren von ihnen (plebes) eigene Archipresbyteri, die kleineren (minores tituli, oratoria) nur einfache Pfarrer ³). Nur Jenen stand das Recht zu taufen (daher ecclesia baptismalis) sowie die Befugniß zu strafen in der Gemeinde zu, und die presbyteri minorum

26) Daniel Heinrich Arnoldt Kirchenrecht des Königreiches Preußen. Buch 2. Cap. 12. §. 3. S. 88.

1) Vergl. Tit. X. de officio archipresbyteri. (1. 24.) Thomassin. vetus et nova eccl. discipl. P. I. lib. II. cap. 3—6. Bingham origines lib. II. cap. 19. §. 18. G. Chph. Neller diss. de plebium archipresbyteris in communi (ad cap. 4. X. h. t.). Treviris 1771. und in Anton Schmidt thesaurus iuris eccl. T. III. Nr. VIII. Winterim Denkwürdigkeiten der christ-kathol. Kirche, Band I. Theil I. S. 514—529.

2) Urkundlich finden wir einen solchen bereits im vierten Jahrhunderte, s. Hieronymi epist. 4. ad Rusticum, c. 7. Dist. LXXXVIII. (Concil. Carthag. IV. c. 17. an. 398.)

3) Ueber den Ursprung derselben und über den etwaigen Zusammenhang mit den Chorepiscopis sind die Ansichten getheilt. S. Rheinwald kirchliche Archäologie S. 66 fig. Helfert von den Rechten und Pflichten der Bischöfe und Pfarrer Theil I. §. 140. Eine weitere Betrachtung darüber im Artikel: Chorbischof.

titulorum waren zugleich ihrer Aufsicht unterworfen⁴⁾. Auf diese Weise zerfiel mit der Zeit die ganze Diöcese in Archipresbyterate (regiunculae, concilia, christianitates, decaniae), welche, sowie die Archipresbyteren selbst, den Archidiaconaten untergeordnet waren⁵⁾. Im neunten Jahrhundert war dies in Deutschland schon ziemlich allgemein der Fall⁶⁾.

Die weitere Entwicklung dieses Institutes erfolgte sehr analog dem Verhältnisse der Archidiaconen. Bei der Einführung des gemeinschaftlichen Lebens erhielt der Archipresbyter gewöhnlich die zweite Stelle, die des Decanus, im Capitel, während die erste dem Archidiaconus zufiel⁷⁾. Ihre Wirksamkeit bezog sich nun theils darauf, an den Cathedralen für den Bischof im Falle seiner Verhinderung den Gottesdienst zu leiten, sonst aber überhaupt die Sorge für den Cultus zu übernehmen, theils die Stelle eines poenitentiarius zu bekleiden⁸⁾. Mißbräuche und andere Umstände führten aber häufig den Verfall der städtischen Archipresbyterate herbei, oder bewirkten, daß sie bei einzelnen Capiteln als bloße Personate fortbauerten.

Auf dem Lande gestalteten sich dagegen die Verhältnisse der Archipresbyteri anders: denn, indem dort ebenfalls besondere Collegia (später Ruralcapitel genannt) begründet wurden, traten die Archipresbyteri als Decane (später Landdechante) an deren Spitze, und behaupteten diese Stellung auch über die nach und nach zu wahren Pfarreien erhobenen Capellen und Dratorien. Sie besaßen in ihrem Kreise das Recht der Aufsicht, Visitation, und eine beschränkte Gerichtsbarkeit in den einzelnen Dörfern in verschiedenem Umfange, sowie bisweilen einige andere Gerechtsame⁹⁾. Ihr Visitationsrecht wird insbesondere vom tridentinischen Concil¹⁰⁾ anerkannt. Aehnlich, wie die Archidiaconen, hielten sie auch besondere Convente (synodus archipresbyteralis), gewöhnlich am ersten jeden Monats (daher Kalende, Kalendgesellschaften, s. den Art. Bruderschaft), auf welchen, außer besonderen Berathungen, auch allgemeinere Statuten erlassen wurden¹¹⁾.

4) C. 45. C. XVI. qu. 1. (Leo IV. a. 849). Dazu s. m. F. G. Böhmer Note 63. (corp. iur. can. T. I. p. 659), und Neller diss. cit.

5) Sollte nicht, sowie zwischen den Archidiaconaten und Gauen, auch ein bestimmter Zusammenhang zwischen den Archipresbyteraten (Decanaten) und Decanien nachweisbar sein? Man s. z. B. Bobmann, rheingauische Alterthümer Band 2. S. 852. Anm. †.

6) Winterim a. a. D. S. 518, 519.

7) Daher sagt Innoc. III. in c. 7. §. 2. X. de officio archidiacon.: Archipresbyteri, qui a pluribus decani nuncupantur: vgl. c. 64. Dist. L. (c. a. 700.) c. 11. C. XVI. qu. 7. (Calixtus in Conc. Lateran. a. 1123) und Alexander III. nennt sie: praelatos: (c. 1. X. de eo qui furtive ordinem susc. (5. 30.) a. 1180.)

8) S. bef. c. 1. §. 12. Dist. XXV. c. 1—3. X. h. t.

9) S. Bobmann a. a. D. Winterim a. a. D. S. 521 flg. und die daselbst S. 602 flg. mitgetheilten Statuten.

10) Sess. XXIV. cap. 3. de reform.

11) S. Anm. 9 verb. mit Anton Schmidt diss. de synodis — archipresbyteralibus in Germania: im Thesaurus iuris eccles. Tom. III. Nr.

Also hat sich das Verhältniß der Erzpriester häufig bis jetzt behauptet, oft ist dasselbe durch das Institut der Landdechanten mehr modificirt, und in der letzten Zeit neu organisirt worden¹²⁾ (s. den Art. Decan).

In den evangelischen Kirchen einzelner Länder ist der Titel Erzpriester aus früherer Zeit für die sonst gewöhnlich unter dem Namen Superintendenten vorkommenden geistlichen Vorgesetzten beibehalten¹³⁾.

S. V. Jacobson.

Archiv, archivum, archium, ἀρχεῖον (ab ἀρχή principatus, magistratus) magistratuuum curia, tabularium*), wird jede Sammlung von Acten (s. d. Art.) genannt, sowie auch der Ort, wo die Acten aufbewahrt werden. Wie die Acten, so sind auch die Archive entweder öffentliche oder private, je nachdem sie von einer öffentlichen Behörde oder von Privatpersonen angelegt werden; und die Verschiedenheit in der Benennung der Acten nach ihrem Gegenstande findet auch bei den Archiven statt. Daher gibt es Reichs- und Staatsarchive, Stadtarchive, Kirchen- und Schularchive, Familienarchive u.

Die größte Aufmerksamkeit verdient die äußere und innere Einrichtung der Archive. In ersterer Beziehung ist hauptsächlich darauf zu sehen, daß die Acten möglichst gut erhalten, und die Archive also so angelegt werden, daß die Acten, die darin aufzubewahren sind, gegen Feuchtigkeit, Feuer, Ungeziefer u. geschützt sind.

Da die Acten und Urkunden, welche in den Archiven aufbewahrt werden, mehr oder weniger ein allgemeines und bleibendes geschichtliches Interesse haben, und daher öfter aufgesucht werden müssen, so muß die innere Einrichtung der Archive von der Art sein, daß jedes Actenstück und jede Urkunde leicht aufzufinden ist. Die Beschaffenheit eines jeden Archives muß die Regeln an die Hand geben, welche man zu Erreichung dieses Zweckes zu befolgen hat. Es

IX. In Preußen wurden solche Archipresbyteralconvente gewöhnlich zur Vorbereitung für eine Diöcesensynode gehalten. S. Jacobson Geschichte der Quellen des Kirchenrechtes des preuß. Staates, Th. I. Bd. I. S. 118.

12) Man vergl. die Auszüge aus den deutschen Gesetzen in Andr. Müller Lexikon des Kirchenrechtes, Bd. II. S. 11 flg. Helfert, von den Rechten und Pflichten der Bischöfe. Bd. I. §. 143 flg.

13) Bith. Heinrich Becker preussische Kirchenregistratur S. 44—46. Bawski neue preuß. Kirchenregistr. S. 52—54. Arnoldt Kirchenrecht des Königreichs Preußen Buch II. Cap. 12. Erst das Gesetz vom 28. August 1806 (neue Edictensammlung S. 739), hat in Preußen den Titel Erzpriester für evangelische Superintendenten abgeschafft, während er noch jetzt für die katholischen Decane angewendet wird. S. allgem. Landrecht, Theil II. Tit. XI. §. 150 flg.

*) A. F. W. Buchhorn Anleitung zum Prozeßregistraturwesen Magdeb. 1781. Claproth Grundr. v. Verf. der Rechnungen 3. Ausgabe 1788. S. 115 flg. Ter Linden pract. Anleitung zur Registratur-, Expedition-, Kanzlei- und Sportelwissenschaft 1796. J. A. Degg Ideen einer Theorie der Archivwissenschaft 1804. Pütter Anleitung zur juristischen Praxis §. 447 flg.

ist z. B. weit leichter Archive einzurichten und in Ordnung zu erhalten, worin nur Acten von einer Gattung aufbewahrt, als solche, worin Acten von verschiedenem Inhalte niedergelegt werden. In allen Fällen aber hat man die Aufmerksamkeit auf das Actenverzeichniß — gewöhnlich Repertorium genannt — zu richten. Dieses Repertorium ist der sichere Führer im Labyrinth des Archives. Enthält das Archiv nur Acten von einerlei Gattung, z. B. Vormundschaftsacten, so wird in der Regel ein Actenverzeichniß nach den Namen der Betheiligten ausreichen. Sind aber die aufzubewahrenden Acten ihrem Gegenstande nach verschiedenartig, so ist, außer dem Namenverzeichniße, noch ein Sachregister nothwendig. Bei dem Sachregister hat man darauf zu sehen, daß man die Mitte hält und nicht gar zu verschiedenartige Gegenstände unter eine Rubrik bringt, sich aber auch vor allzu großer Zerstückelung derselben hütet. Bei dem Namenregister dagegen versäume man nicht, die Namen aller Betheiligten unter die betreffenden Buchstaben einzutragen; denn nicht selten kommt der Fall vor, daß in späterer Zeit, wenn ein Actenstück verlangt wird, zwar der Name des einen Betheiligten, aber nicht die der übrigen Interessenten bekannt sind. So muß z. B. bei Hypotheken- und Consensbüchern nicht nur der Name desjenigen eingetragen werden, auf dessen Grundstücken eine Hypothek oder sonst ein Realrecht notirt wird, sondern auch der Name des Berechtigten muß im Register bemerkt werden. c.

Argentarii sind öffentliche Banquiers, welchen von Staatswegen gewisse tabernae zur Betreibung ihrer Geschäfte angewiesen waren. Sie standen auf dem forum Romanum¹⁾, an einem Orte, welcher bald mit dem Namen sub veteribus, bald mit dem Namen sub novis bezeichnet wird²⁾, genoßen gewissermaßen fides publica³⁾, und wurden schon zeitig von Staatswegen begünstigt, da sie als ein nothwendiges Glied im Organismus des römischen Staates anerkannt worden sind⁴⁾. Ihr Geschäftsleben wird mit den Ausdrücken argentariam facere, exercere bezeichnet. Ihre Hauptbeschäftigung bestand in der schriftlichen Aufzeichnung alles Dessen, was sie von Geschäftswegen vornahmen⁵⁾ (daher ihre Rechnungsbücher codices instrumentum argentariae genannt werden⁶⁾), in der Leistung von Zahlungen für Andere⁷⁾, in der Uebernahme fremder Verbindlichkeiten⁸⁾, in der Eincaßirung der Gelder von den Käufern bei den Auctionen⁹⁾ (daher die Redensart per argentarium vendere) u. s. w. Bei der Anlegung

1) Nonius de doctorum indagine v. Tabernae.

2) Plaut. Curcul. 4. 1. vs. 19. Liv. hist. IX. 40. — XXVI. 27.

3) L. 24. §. 2. D. de rebus auctoritate iud. (42. 5.)

4) L. 10. pr. D. de edendo (2. 13.)

5) L. 10. pr. D. 2. 13.

6) L. 4. §. 5. D. 2. 13. L. 9. §. 2. D. ibid.

7) Plaut. Asin. 2. 4. vs. 30.

8) L. 6. §. 3. D. 2. 13.

9) L. 88. D. de solutionibus. (46. 3.) L. 18. pr. D. de haered. petitione. (5. 3.)

der Rechnungen mußten sie namentlich folgendes in Obacht nehmen: 1) sie mußten für die Gelder eines jeden Einzelnen besondere Rechnungen anlegen¹⁰⁾; 2) sie mußten jeder Angabe im Handelsbuche das Datum (dies et consul) beifügen¹¹⁾; 3) sie mußten alle Einnahmen und Ausgaben, die sie in fremdem Namen gemacht hatten, genau verzeichnen¹²⁾. Dabei kommen die Kunstausdrücke *acceptum ferre* und *expensum ferre* vor. Mit jenem bezeichnet man die Handlung des *argentarius*, welcher etwas in die Einnahmebücher einträgt, mit diesem die Handlung des Eintragens in die Ausgabebücher¹³⁾. Solche *argentarii* gab es nicht allein in Rom, sondern auch in den Provinzen¹⁴⁾. Sie bildeten häufig Handelsgesellschaften, daher der Ausdruck *argentarii socii*¹⁵⁾. Daß die *argentarii* von den *nummularii* bei den Römern verschieden waren, beweisen gegen die gewöhnliche Meinung die *Pandectenjuristen*¹⁶⁾. Wahrscheinlich waren *nummularii* Privatbanquiers. Ihre Geschäfte waren denen der *argentarii* ähnlich. Wenigstens heißt es auch von ihnen, daß sie genau, wie die *argentarii*, Buch und Rechnung über ihre Handelsgeschäfte führen müssen¹⁷⁾; daß sie Gelder in Empfang nehmen und ausgeben; daß auch bei ihnen fremde Gelder deponirt werden¹⁸⁾, und durch sie fremde Gelder ausgeliehen werden¹⁹⁾. Ihr Geschäft wird mit dem Namen *mensa nummularia* bezeichnet²⁰⁾, und wenn sie wegen Concurses flüchtig werden, so wird von ihnen der Ausdruck *foro cedere*²¹⁾ gebraucht. Hieraus ergibt sich zugleich, wie unrichtig es ist, wenn *Salmastius* die *nummularii* als *Commis* der *argentarii* betrachtet wissen will²²⁾. Im byzantinischen Reiche scheint der Unterschied zwischen *argentarii* und *nummularii* schon zu Justinians Zeiten aufgehört zu haben; wenigstens deuten darauf manche Zusammenstellungen einzelner Fragmente in den *Pandecten*, in welchen offenbar die Rechtsätze, welche von den *nummularii* gelten, stillschweigend auf die *argentarii* übertragen werden²³⁾. Selbst Justinian, welcher so viele

10) L. 4. §. 1. D. 2. 13. L. 6. §. 6. D. *ibid.*

11) L. 1. §. 2. D. 2. 13. L. 4. *pr. D. ibid.* L. 6. §. 6. D. *ibid.*

12) Cic. *pro Caec.* cap. 6. L. 6. §. 3. D. 2. 13.

13) Cic. *pro Caec.* cap. 6., *Plinii hist. nat.* 2. 7., *Ascon. ad Cic. in Verrem.* 1. 39.

14) L. 4. §. 5. D. 2. 13.

15) L. 25. *pr. D. de pactis.* (2. 14.) L. 27. *pr. D. ibid.* L. 52. §. 5. D. *pro socio.* (17. 2.) L. 34. *pr. D. de receptis, qui.* (4. 8.)

16) L. 9. §. 2. D. *Paulus.* (2. 13.)

17) L. 9. §. 2. D. 2. 13. L. 47. §. 1. D. 2. 14. L. 20. D. *de institor. act.* (14. 3.)

18) L. 7. §. 2. D. *depositi vel contra.* (16. 3.) L. 24. §. 2. D. *de rebus auctoritate iud.* (42. 5.) L. 39. D. *de solut.* (46. 3.)

19) L. 7. §. 2. D. 16. 3. L. 24. §. 2. D. 42. 5.

20) L. 24. §. 2. D. 42. 5. L. 20. D. 14. 3.

21) L. 7. §. 2. D. 16. 3.

22) *De usuris* cap. 17. p. 497.

23) L. 7. §. 2. u. L. 8. D. 16. 3.

Constitutionen zu Gunsten der Innung erließ, erkennt nirgends einen Unterschied zwischen argentarii und nummularii an²⁴). Der von ihm in den Novellen so oft gebrauchte Ausdruck ἀργυροτοράται umfaßt offenbar beide Gattungen von Banquiers. Auch entspricht demselben genau der lateinische Ausdruck argenti distractores, welchen derselbe Kaiser in lateinischen Constitutionen angewendet hat²⁵). In Constantinopel bildeten die ἀργυροτοράται zu Justinians Zeiten eine besondere Innung (σύνθημα)²⁶). Streitig ist es, ob die bei den Pandectenjuristen öfters vorkommenden mensularii mit den argentarii oder nummularii identisch sind. Für die letztere Ansicht sprechen indeß einige Stellen, in welchen nummularius geradezu mit mensularius abwechself, um denselben Begriff zu bezeichnen²⁷). Die vornehmsten Beziehungen, in welchen die argentarii im römischen Rechte in Betracht kommen, sind: 1) Nach dem prätorischen Edicte mußten sie Jedem auf Verlangen ihre Rechnungsbücher, so weit sie den Letzteren betrafen, nach vorgängigem Eide vor Gefährde desselben unter Angabe des Datums vorzeigen (rationes edunt)²⁸). Dieselben Grundsätze sind auch zeitig auf die nummularii ausgedehnt worden²⁹). 2) Wenn argentarii, welche in Societätsverhältnissen standen, Gläubiger einer und derselben Person aus demselben Obligationsverhältnisse waren, so konnte ein jeder von ihnen das Ganze verlangen³⁰). Eingeführt ist dieser Rechtsatz durch kaiserliche Constitutionen. Deshalb schadete die Quittung oder der allgemein gestellte Erlaßvertrag des Einen exceptionsweise auch dem Anderen, wenn er das Ganze einklagen wollte³¹), und deshalb werden sie auch öfters mit den duo rei stipulandi verglichen³²). 3) Gegen die argentarii, welche die Ausantwortung irgend eines Objectes Jemand ohne Stipulationsform versprochen hatten, stand demjenigen, welcher das Versprechen erhalten hatte, eine besondere aus dem Civilrechte stammende Klage selbst in dem Falle zu, wenn dem Versprechen gar keine Obligation zu Grunde lag³³). Sie hieß receptitia actio und scheint schon vor Justinian durch Nichtgebrauch aus dem römischen Rechte verschwunden zu sein³⁴). Justinian selbst ging noch einen Schritt weiter, indem er diese Klage ausdrücklich aufhob und zugleich verfügte, daß die prätorische actio de con-

24) Vergl. Kraut de argentariis et nummulariis (Göttingen 1826) S. 21 flg.

25) L. 27. Cod. de pignoribus et hypothecis. (8. 14.) L. 2. §. 2. Cod. de constituta pec. (4. 18.) L. un. C. neg. ne mil. (12. 35.)

26) Nov. 136. prooem., Just. edict. 7. cap. 3. u. 4. u. 7., ed. 9. prooem.

27) Suet. Aug. cap. 4. L. 47. §. 1. D. 2. 14.

28) L. 4. pr. D. 2. 13.

29) L. 9. §. 2. D. 2. 13.

30) L. 27. pr. D. 2. 14.

31) L. 27. pr. D. 2. 14.

32) L. 9. pr. D. 2. 14. L. 34. pr. D. 4. 8.

33) L. 2. pr. C. 4. 18. Theoph. paraphr. 4. 6. §. 8. tom. II. p. 797 sq.

34) L. 2. pr. C. 4. 18.

stituto, welche bis dahin nur auf Sachen, die zugezählt, zugemessen und zugewogen werden, sich beschränkte und nur innerhalb eines Jahres gestattet wurde, gleich der recepticia actio auf alle Sachen, die der Gegenstand einer Obligation sein können, ausgedehnt und künftighin nicht mehr auf ein Jahr beschränkt werden solle. Somit ist das constitutum der argentarii dem der übrigen Staatsbürger gleichgesetzt, und jede Spur der recepticia actio in den Justinianischen Pandecten sorgfältig vertilgt worden. 4) Alle argentarii mußten, wenn sie einen ihrer Schuldner verklagten, zuvörderst vor Anstellung der Klage von der Summe desjenigen, welches das Object der Obligation ausmacht, soviel im Voraus abziehen, als sie demselben aus anderen Geschäften schuldig waren³⁵⁾, und nur das, was übrig blieb, konnten sie einklagen. Man nennt dieß cum compensatione agere. Versäumten sie dieß, so begingen sie eine plus petitio summa und verloren den Prozeß³⁶⁾. Diese compensatio wurde zur intentio der formula gesetzt und als Theil derselben betrachtet. Die Klagsformel mit der compensatio lautete folgendermaßen: ai paret Titium Caio Seio X. millia dare oportere amplius, quam ipse Titio debet. Vorausgesetzt wurde indeß dabei: a) daß die compensirte Schuld fällig³⁷⁾, und b) daß das Object der compensirten Schuld mit dem der zu compensirenden gleichartig sei³⁸⁾. So konnte Wein mit Wein, Geld mit Geld, Getreide mit Getreide allein compensirt werden. Manche Rechtsgelehrten gingen noch weiter; sie leugneten die Möglichkeit der Compensation selbst in dem Falle, wenn die Objecte der verschiedenen Obligationen zwar im entfernteren, nicht aber im näheren Gattungsbegriffe überein kamen, z. B. wenn verschiedene Sorten Wein in Frage kamen. In den Justinianischen Rechtsbüchern findet sich keine Spur des cum compensatione agere vor. Mithin scheint es, als ob nach der Aufhebung der formulae im römischen Prozesse auch diese gesetzliche Auszeichnung der argentarii verschwunden sei. 5) Von besonderer Bedeutung ist das Privilegium derjenigen, welche Gelder bei den nummularii oder mensularii deponirt haben. Ulpian spricht davon an zwei Stellen, welche beide aus seinem Commentare zum Edicte genommen sind³⁹⁾; doch so, daß es in der That den Anschein gewinnt, als ob er sich selbst widerspräche. In der ersten Stelle sagt er, daß, so oft ein nummularius bankerott werde, man vor allen anderen privilegirten Gläubigern die depositarii zu berücksichtigen pflege. Den Begriff depositarii erklärt er sofort durch die Worte: ei, qui depositas pecunias habuerunt. Dieß in Verbindung mit §. 3 zeigt unwiderleglich, daß nur diejenigen depositarii genannt werden, welche ihre Gelder bei dem nummularius deponirt haben. Eine Erklärung, welche auch die Basiliken sammt ih-

35) Caius inst. 4. §. 64.

36) Caius l. l. 4. §. 68.

37) Caius l. l. 4. §. 67.

38) Caius l. l. 4. §. 66.

39) L. 7. §. 2. u. 3. D. 16. 3. L. 24. §. 2. D. 42. 5.

ren Scholastiken geradezu angenommen haben⁴⁰⁾. Doch soll dieß Privilegium nicht denen zu statten kommen, welche entweder von Anfang an oder späterhin Zinsen für die deponirten Gelder genommen haben; denn im Nehmen der Zinsen liegt ein stillschweigendes Aufgeben des Depositum von Seiten des Deponenten. Unter den einzelnen Deponenten sollen aber nicht die den anderen vorgehen, welche zuerst deponirt haben, sondern es sollen alle, ohne Berücksichtigung der Zeitfolge, gleiche Rechte an der Concursmasse haben. Die zweite Stelle ergibt nur soviel als gewiß, daß, wenn Concurſus zu den Gütern eines mensularius entsteht, die, welche Gelder bei demselben deponirt haben, nach den privilegirten vor den einfachen chirographarischen Gläubigern des mensularius befriedigt werden sollen; — vorausgesetzt indessen, daß sie von den deponirten Geldern keine Zinsen erhalten haben. Denn wenn dieß der Fall ist, so können sie nur unter die letzteren einrangirt werden, und genießen mithin kein Vorzugsrecht. Sollte indeß das bei dem mensularius deponirte Geld noch in natura vorhanden sein, so steht es dem Deponenten frei, dasselbe zu vindiciren, und mithin vor allen privilegirten Gläubigern des Gemeinschuldners Befriedigung aus der Concursmasse zu erhalten. In den neuesten Zeiten hat man versucht, den Widerspruch, welcher zwischen den beiden angeführten Stellen obzuwalten scheint, dadurch zu heben, daß man die letzte Stelle von denen, die Gelder bei dem mensularius deponirt haben, interpretirt; die erstere dagegen von dem Falle versteht, wenn der, welcher das Geld beim nummularius deponirt hat, das, was er deponirt hat, selbst erst als Depositum von einem Anderen empfangen hat⁴¹⁾. Allein auch dieser Erklärung steht, sowie den übrigen, der Zusammenhang der ganzen Stelle und das Zeugniß der Basiliken entgegen, und es scheint viel einfacher, die erste Stelle mit den Scholastiken der Basiliken⁴²⁾ auf den Fall zu beziehen, wenn das bei dem nummularius deponirte Geld noch in natura vorhanden ist, während in den übrigen Fällen der Deponent nach Analogie von L. 24. §. 2. D. 42. 5. wenigstens den privilegirten Gläubigern des mensularius nachstehen muß. Bei dem Concurſe der argentarii scheint allerdings eine Ausnahme stattgefunden zu haben. Denn nach Papinians Zeugnisse⁴³⁾, welches doch wohl nur durch die Willkür der Pandectencompilatoren mit dem vorhergehenden Fragmente Ulpian's in Verbindung gebracht worden sein kann, wird im Concurſe eines argentarius der Deponent auch in dem Falle vor allen anderen Gläubigern seines befriedigt, wenn das deponirte Geld nicht mehr in natura vorhanden ist, weil sich das Vorzugsrecht der Deponenten auf die ganze Concursmasse des argentarius bezieht.

6) Die argentarii genießen nicht das durch Justinian's Nov. 4. cap.

40) Basil. ed. Fabr. tom. II. p. 95 u. 119.

41) Vergl. Meuffel's römisch-rechtliche Untersuchungen Nr. II. und Zimmermann's röm. Rechtsgeschichte, Theil 3. S. 282.

42) Basil. ed. Fabr. tom. II. p. 119.

43) L. 8. D. 16. 3.

1. und 2. eingeführte *beneficium ordinis*, sondern können sofort verklagt werden, ohne daß es nöthig wäre erst den Hauptschuldner u. s. w. auszuklagen⁴⁴). Dagegen können die Schuldner der *argentarii* das angeführte *beneficium ordinis* brauchen, außer wenn sie demselben vertragsweise entsagt haben⁴⁵). 7) Die *argentarii* genießen nicht, wenn sie als Schuldner verklagt werden, die durch Justinians Nov. 4. cap. 3. prooem. eingeführte Rechtswohlthat des Hingebens an Zahlungsstatt (*pro soluto datio*)⁴⁶). 8) Rechnungen und schriftliche Verzeichnisse der *argentarii*, welche die Specification einzelner für ihre Committenten geführter Geschäfte enthalten, bedürfen, wenn sie von dem Interessenten unterschrieben sind, keines weiteren Beweises für die Wahrheit der in ihnen behaupteten Thatfachen⁴⁷), es müßte denn der Interessent dem *argentarius* oder dessen Erben den Eid über diese Thatfachen antragen wollen. Allein auch diese Eidbeselation beschränkt sich nur auf die Zeitfristen, welche zur Vorschüßung der *exceptio non numeratae pecuniae* dem Aussteller des *Chirographum* gestattet werden. Aus dieser Verfügung haben die Practiker den Satz hergeleitet, daß gegen Quittungen und Schuldschreiben, welche zu Gunsten der *argentarii* ausgestellt sind, die *exceptio non numeratae pecuniae* nicht zulässig sei. 9) Wenn *argentarii* Geld unter der Bedingung vorgestreckt haben, daß der Empfänger des Geldes damit eine bestimmte Sache kaufe, so haben sie eine vor allen anderen Gläubigern bevorzugte Hypothek an der gekauften Sache; wenn das Darlehn schriftlich eingegangen und in der Urkunde ausdrücklich erwähnt worden ist, daß der *argentarius* an der gekauften Sache eine specielle Hypothek haben solle; vorausgesetzt, daß er beweisen kann, daß die fragliche Sache mit seinem Gelde wirklich angeschafft worden sei. 10) Wenn *argentarii* Etwas an Jemand verkaufen, und der Käufer den Kaufpreis schuldig bleibt, so haben dieselben das Recht, von einem jeden Besitzer der verkauften Sache dieselbe zu vindiciren; ohne Unterschied, ob sie eine Hypothek an der Sache sich haben bestellen lassen oder nicht⁴⁸). 11) Wenn *argentarii* für fremde Rechnung Geld auslegen und dieß in ihre Rechnungen eintragen, so versteht es sich von selbst, daß sie auch ohne ausdrückliches Zinsversprechen 8 Procent Zinsen zu fordern berechtigt sind⁴⁹), da dieß eines Theiles der für sie festgesetzte Zinsfuß ist⁵⁰), anderen Theiles nicht zu vermuthen steht, daß sie, welche selbst verpflichtet sind für das Geld Zinsen zu zahlen, dasselbe ohne Zinsen vorschießen werden. Auch bei den einfachen Darlehnen, wobei zwar Zinsen den *argentarii* versprochen, aber deren Größe nicht

44) Nov. 4. cap. 3. §. 1. Nov. 136. praef.

45) Nov. 136. cap. 1.

46) Nov. 4. cap. 3. §. 1.

47) Nov. 136. cap. 6.

48) Nov. 136. cap. 3.

49) Nov. 136. cap. 3.

50) Nov. 136. cap. 5. §. 1.

51) L. 26. §. 1. C. de usuris. (4. 32.)

ausdrücklich durch Vertrag bestimmt worden ist, steht zu vermuthen, daß das Zinsversprechen auf 8 Procent laute⁵²⁾. Ueberhaupt sind die argentarii befugt, schon aus dem einfachen Zinsvertrage, selbst wenn er ohne Schrift und Stipulation abgeschlossen worden ist, acht Procent Zinsen zu verlangen⁵³⁾. 12) Wenn Jemand den argentarii gegen Bestellung einer Hypothek Geld bargeliehen hat, so kann er sich wegen der Zurückzahlung des Capitals an die verkäuflichen militiae halten, welche der argentarius seinen Kindern oder Verwandten verschafft hat, ohne daß er nöthig hätte zu beweisen, daß die militiae mit dem von ihm vorgeschossenen Gelde angekauft worden sind; vorausgesetzt, daß nicht die andere Partei erweise, daß die militiae mit anderen Geldern angekauft worden ist⁵⁴⁾. Nimmt aber der Gläubiger Andere wegen der vom argentarius denselben gekauften militiae in Anspruch, so muß er wenigstens den Beweis führen, daß zu diesem Ankaufe Gelder des argentarius verwendet worden seien. Es wird nämlich stillschweigend dabei vorausgesetzt, daß die für die Rückzahlung des Capitals bestellte Hypothek auch auf die militiae mit ausgehnt worden sei. Dasselbe Privilegium ist aber auch auf die argentarii ausgehnt worden, wenn sie Jemand Geld leihen, und dieser sich oder seinen Söhnen eine käufliche militia verschafft hat. Ein Fall, welcher ganz nach denselben Regeln, wie der obige, zu beurtheilen ist⁵⁵⁾.

Seimbach.

Armenrecht. Im weiteren Sinne hat man unter dem Ausdrucke: Armenrecht schon den Inbegriff der Ansprüche verstanden, die einem Armen, weil er arm ist, dem Gesetze nach zustehen, und wozu besonders die Befugniß, die Mittel der Subsistenz anzusprechen, gehört¹⁾. Im engeren und technischen Sinne versteht man unter Armenrecht eine bestimmte bei dem Gerichte nachzusuchende Wohlthat, welche in der Befreiung von Kosten besteht, die sonst einer Partei durch Anstellung einer Civilklage oder Führung eines Civilprocesses erwachsen²⁾.

52) Nov. 136. cap. 5.

53) Nov. 136. cap. 4.

54) L. 27. C. de pignoribus et hypothecis (8. 14.), Nov. 136. cap. 2.

55) Nov. 136. cap. 2.

1) Falck, *Eränen zum teutschen Rechte: über altnordisches Armenrecht*, von Dr. A. E. J. Michelson in Kopenhagen, zweite Lieferung, Heidelberg 1826. Nr. IX. S. 117 u. Dritte Lieferung, Heidelberg 1828. Nr. XXI. S. 68 u. Mittermaier, *neueste Erscheinungen im Gebiete der ausländischen Legislation* Nr. 5. *Englischer Parlamentsbericht über die aus dem Auslande erhaltenen Nachrichten, die Armengesetze betreffend* (kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes, Band 8. S. 330—339), S. 338.

2) *Schaumburg Principia praxeos iuridicas iudicariae*. Jenae 1750. Lib. I. Sect. II. Cap. III. *De iure pauperum*. p. 362—370. Claprotz, *Einleitung in den ordentlichen bürgerlichen Prozeß*, 3. Auflage, Göttingen 1795. Theil 1. §. 68. *Von dem Rechte armer Parteien*. S. 261

Bei den Römern wurde den Armen die Justiz unentgeltlich verwaltet³⁾, und ihnen für den entsprechenden Fall ein Officialanwalt beigegeben. Die päpstliche Gesetzgebung war wesentlich dieselbe⁴⁾.

Das Mittelalter war vorübergegangen, und die Reichsgesetzgebung fand Anlaß genug, das Armenwesen, eine Angelegenheit, welche immer mehr die Aufmerksamkeit des Staatsmannes und Gesetzgebers in Anspruch nimmt, zum Gegenstande ihrer Thätigkeit zu machen. So konnte sie, indem sie das Prozeßrecht normirte, nicht umhin, sich darüber auszusprechen, wie es bei der Nothwendigkeit, für Alle Justiz zu administrieren, gehalten werden solle, wenn ein Armer außer Stand sei, die mit der Führung eines Civilprozesses verbundenen Kosten zu bestreiten. In dem §. 1. des 25. Titels der Kammergerichtsordnung von 1521⁵⁾ bestimmte der Gesetzgeber, daß der, welcher durch eidliche Erhärtung (vergl. P. Müller Dissertatio de probatione paupertatis. Jen. 1677. Stryk Dissertat. de iuramento paupertatis. Francofurt. 1679) seine Armuth darthue, auf so lange von diesen Kosten befreit sein solle, als er nicht durch Vermögenserwerb zu deren Erstattung in den Stand gesetzt sei, eine Vorschrift welche wir in dem §. 105 des Reichsabschiedes vom Jahre 1566 wiederfinden. Die Kammergerichtsordnung vom Jahre 1555 verordnet Th. 1. Tit. 19. §. 5., daß dem Armen ein Officialanwalt beigegeben, unter den Anwälten jedoch eine Reihenfolge (turnus) beobachtet werden solle, damit keiner von dem anderen beschwert werde, während sie Tit. 41 die frühere Vorschrift vom Jahre 1521, jedoch mit der Modification wiederholt, daß mit der Ableistung des Armeneides die Beibringung eines Zeugnisses der Obrigkeit oder anderer glaubwürdiger Personen verbunden werden solle, und Tit. 78 die Formel dieses Eides vorschreibt. (Ihr sollet schwören einen Eid zu Gott und auf das heilige Evangelium, daß ihr also arm seid, auch nicht an liegender oder fahrender Haab noch Schulden vermöget, daß ihr die Canzlei um nothdürftige Brieff noch euren Advocaten und Procuratoren bezahlen oder belohnen möget, daß ihr auch darum euer Haab

bis 268. Söbner, Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses, Band 1. 2. Auflage, Erlangen 1804. Abh. XXIV. S. 503—513. Grolman, Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, 3. Auflage, Gießen 1810. §. 58 b. S. 86, 87. Martin, Lehrbuch des deutschen gemeinen bürgerlichen Prozesses, 11. Auflage, Heidelberg 1834. §. 307 b. Einde, Lehrbuch des deutschen gemeinen Civilprozesses, 4. Ausgabe, Bonn 1835. §. 120. S. 171—173. Hagemann, practische Erörterungen aus alten Theilen der Rechtsgelehrsamkeit, Band 8. Abtheilung 1. herausgegeben von Spangenberg, Hannover 1829. Nr. XXII. Vom Armenrechte. S. 49, 50.

3) Es dürfte zu untersuchen sein, ob das Institut, welches wir in der Congregation von St. Yves in Rom erblicken, der Sprosse einer alten Wurzel ist. Diese Congregation führt die Prozesse Armer.

4) Einde, Bemerkung über die Zweckmäßigkeit der in Deutschland geltenden Grundsätze über das Armenrecht im Prozesse (Archiv für die civil. Praxis, Band 16. Heidelberg 1833. S. 51—83), S. 52.

5) Sammlung der Reichsabschiede, Frankfurt 1747, Theil 2. S. 183.

und Güter gefährlicher Weis nicht veräußert oder übergeben habt und so ihr euer Sachen mit Recht behalten oder sonst zu besserem Vermögen kommen werdet, daß ihr alsdann jedem nach seiner Gebühr Bezahlung und Ausrichtung thun wollet.) Der Reichsdeputationsabschied vom Jahre 1600 verordnet im §. 6, daß in Armensachen Abschriften auf Kosten des Armensectels gefertigt, diese Kosten aber erstattet werden sollten, wenn die Armenpartei zum Siegen gelange. Aus dem §. 8 dieses Reichsgesetzes geht hervor, daß schon damals die häufig geschehene Zulassung zum Armenrechte bei dem Reichskammergerichte sehr gemißbraucht wurde, daher es im §. 9 vorschreibt, es solle zuvörderst untersucht werden, ob die Sache des um Zulassung zum Armenrechte Bittenden baufällig und auf einem bösen Grund gelegt sei, indem sein Gesuch alsdann zurückgewiesen werden solle. Im §. 10 finden wir die Vorschrift, daß der Bittende, ehe er den Armeneid ableistet, ernstlich verwarnt und darauf aufmerksam gemacht werden solle, daß, wenn es sich zeige, daß die Sachen unbegründ und baufällig und betrüglischer Weis damit umgegangen werde, Strafe eintreten werde⁶⁾.

Diese in der Reichsgesetzgebung ausgesprochenen Grundsätze⁷⁾ finden wir im Ganzen als Grundlage der Gesetzgebung der einzelnen teutschen Staaten. Als herrschendes Princip finden wir darin den Satz, daß die Armenpartei von allen den Kosten befreit ist, welche ihr erwachsen würden, wenn sie nicht zum Armenrechte zugelassen wäre. Preußen, Fürstenthal, Lehrbuch des preussischen Civil- und Criminalprozesses, Theil 1. Königsberg 1827. §. 172. Vom Armenrechte. S. 93. — Sachsen, Kori, Theorie des sächsischen bürgerlichen Prozesses, Jena 1822. §. 41. Armenrecht. Biener, Systema proc. iudic. et communis et saxonici. Ed. Krug, Tom. I. Ber. et Lips. 1834. §. 50. — Bayern, v. Wendt, Handbuch des bayerischen Civilprozesses, Nürnberg 1827. §. 84. S. 140, 141⁸⁾. — Württemberg, Schuß, der württembergische Civilprozeß mit Einschluß des Concurs- und Wechselprozesses, Tübingen 1834. S. 167, 168. — Baden, Prozeßordnung vom 31. December 1831. Tit. 4. Vom Armenrecht. §. 161. — Braunschweig, Krüger, systematische Darstellung des bürgerlichen Prozesses im Herzogthume Braun-

6) Im §. 11 wird der Armenpartei noch untersagt, den Officialanwalt zu überlaufen und sich ungebührlich lange am Sitze des Reichskammergerichtes aufzuhalten. Ueber den Armensectel des Reichskammergerichtes zur Unterstützung der dürftigen Parteien s. Visitationsabschied vom Jahre 1613. §. 110. Sammlung der Reichsabschiede Theil 4. S. 282, 283. Der §. 60 dieses Reichsgesetzes schreibt noch vor, daß in Armensachen besondere prompte Justiz administrirt werden solle.

7) Denkwürdig ist die Praxis des Reichskammergerichtes, wornach Israeliten vom Armenrechte ausgeschlossen waren (Erkenntniß vom 27. October 1755). Cramer. observ. iur. univ. T. 1. obs. 58.

8) In Rheinbayern gilt ein Gesetz vom 29. November 1814 (die fünf französischen Gesetzbücher in deutscher Sprache, Zweibrücken 1827. Anhang S. 24—26), das im 2. §. denselben Grundsatz ausspricht.

Schweig, Braunschweig 1829. §. 28. Armenprozesse. — Freie Stadt Frankfurt, Bender, Lehrbuch des Civilprocesses der freien Stadt Frankfurt, Frankfurt a. M. 1837. §. 35. Auslage und Erstattung der Prozeßkosten. Armenrecht. S. 73—80. — Großherzogthum Hessen, Gesetz vom 29. März 1836. Das Armenrecht in den Provinzen Starkenburg und Oberhessen betreffend⁹⁾. Ferner finden wir in den deutschen Particulargesetzgebungen den Grundsatz ausgesprochen, daß der Armenpartei nur Credit gegeben, und sie zur Nachzahlung gehalten sei, wenn bessere Vermögensumstände sie dazu in den Stand setzen. Preußen, Fürstenthal a. a. D.¹⁰⁾. — Sachsen, Kori a. a. D. — Baden, Prozeßordnung §. 167. — Großherzogthum Hessen, das angeführte Gesetz vom 29. März 1836. Art. 13. (Gesetz vom 4. April 1817 für Rheinhessen Art. 2. Sag 2.) — Freie Stadt Frankfurt, Bender a. a. D. S. 79. Nur im Königreich Württemberg ist es, was die Sporteln betrifft, Rechtsens, daß die Gewährung des Armenrechtes nicht bloß ein Creditiren derselben, sondern eine förmliche Befreiung bei nachfolgendem Vermögenserwerb zur Folge hat¹¹⁾. Bloß dann, wenn die Ar-

9) Es heißt im Art. 1 dieses wohl neuesten Gesetzes über das Armenrecht, welches, zugleich in Verbindung mit der zur Ausführung erlassenen ausführlichen Instruction, das ausführlichste sein dürfte, daher es, wie ich glaube, besonders beachtet zu werden verdient: Die Wohlthat des Armenrechtes besteht in der einstweiligen, bis zu besseren Vermögensumständen bewilligten Befreiung von Stempel und Taxen, Gebühren des Gerichts- und Actuariatersonales, sowie der Gerichtsdiener und sonstigen Hilfsbeamten der Justiz, ferner von den Kosten der den Armen beigegebenen Anwälte, von Hinterlegung der Verlußgelber und von der Stellung einer Caution wegen der Kosten des Gegners und dessen etwaiger Widerklage. Im Art. 2 heißt es: Sind in einzelnen Fällen Diäten und Transportkosten des Gerichts oder der Anwälte, Zeugen-, Experten- und Insuperatgebühren, nach strenger Prüfung des Gerichts, durchaus nicht zu vermeiden, so werden diese Kosten durch unser Ministerium des Innern und der Justiz auf die Staatscasse angewiesen. Für die Provinz Rheinhessen besteht noch das, S. 53—56 des sechszehnten Bandes des Archives für die civilistische Praxis vollständig mitgetheilte Gesetz vom 4. April 1817, dessen Art. 2 im Wesentlichen gleichen Inhaltes ist.

10) Der Bittsteller muß schwören, daß er, wenn er künftig einmal zu besseren Vermögen gelangen sollte, die jetzt laufenden Prozeßkosten, soweit ihm selbige sonst zur Last fallen, ehrlich nachzahlen wolle. In dem von der Praxis (Archiv des Civil- und Criminalrechtes der königlich preuß. Rheinprovinzen, Band 9. Eöln 1827. S. 41.) auf alle gerichtliche Acte angewendeten Gesetze vom 16. Februar 1823 über das Armenrecht in den preussischen Rheinprovinzen (allgemeine juristische Zeitung vom Jahre 1829, Nr. 70, S. 280.) heißt es §. 12: Wenn der Arme durch den Prozeß oder sonst hinreichendes Vermögen erwirbt, ein Umstand, über dessen Vorhandensein im zweifelhaften Falle das billige Ermessen des Gerichtes entscheidet, so muß er die Kosten nachzahlen und dafür, daß dieses geschieht, müssen das öffentliche Ministerium und der Rentmeister sorgen.

11) Gleichen Grundsatz scheint die österreiche Gesetzgebung adoptirt zu haben. Füger, das gerichtliche Verfahren in Streitsachen nach der österreichisch allgemeinen Gerichts- und Concursordnung, zweite Auflage, Theil 3, Wien 1828, S. 269, wo es heißt: Taxfrei sind alle jene, welche durch

menpartei während des Rechtsstreites zu Vermögen gelangt, setzt das Obertribunal Sporteln an. Schäß a. a. D. S. 167¹²⁾. Nach der Gesetzgebung in Preußen ist die Zulassung zum Armenrechte durch Vorbringung eines Armuthszeugnisses und Ableistung des Armeneides bedingt. Fürstenthal a. a. D. Gleiches gilt von der freien Stadt Frankfurt, Wender a. a. D. S. 78¹³⁾. Im Königreich Hannover wird bloß die Ableistung des Armeneides gefordert. Klaproth, Einleitung in den ordentlichen bürgerlichen Prozeß, 3. Auflage, Göttingen 1795. Theil 1. §. 68. S. 264, 265. In anderen Staaten wird bloß ein Armuthszeugniß verlangt, z. B. in Bayern, v. Wendt a. a. D.¹⁴⁾; Baden, Prozeßordnung §. 160; Würtemberg, Schuß a. a. D.¹⁵⁾; Braunschweig, Krüger a. a. D.; Großherzogthum Hessen, das angeführte Gesetz Art. 3¹⁶⁾; Churfürstenthum Hessen, Wagner, Grundzüge der

obrigkeitliches Zeugniß oder in anderen Wegen glaubwürdig ihre Mittellosigkeit darthun; und sollen in diesem Falle, wenn mittellose Parteien mit vermöglichen streiten, die Taxen bloß zu dem Ende angemerkt werden, damit, wenn die vermögliche Partei in den Erfaß der Gerichtskosten verfällt wird, von ihr der Betrag der abnotirten Taxen abgenommen werden könne.

12) Nach S. 110 muß die Armenpartei den Officialanwalt honoriren, wenn sie durch den glücklichen Ausgang des Prozeßes oder durch bessere Vermögensumstände dazu in der Stand gesetzt wird. Gleiches ist Rechtens im Herzogthume Nassau (in Gemäßheit eines Ministerialrescriptes vom 22. Juli 1823. Von der Nahmer, Sammlung der merkwürdigen Entscheidungen des herzoglich nassauischen Oberappellationsgerichtes in Wiesbaden, Band 2. Frankfurt. 1825. S. 382.), und im Großherzogthume Oldenburg, nach dessen Gesetzgebung das Deservit des Anwaltes sogar einen Vorzug vor den Gerichtstaren hat, während nach dem bayerischen Entwurfe einer Civilprozeßordnung vom Jahre 1825 das umgekehrte Vorzugsrecht vorgeschlagen erscheint.

13) Auch der Reichshofrath forderte bei der Canzlei: Grundriß des reichshofrätlichen Verfahrens, Band 3. Abth. 2. Stuttgart 1788. S. 24. Das Gleiche verlangt das Civilgesetzbuch für das Königreich Griechenland vom April 1834, Art. 220. Maurer, das griechische Volk, Band 3, Heidelberg. 1835, S. 666.

14) Die bayerische Gerichtsordnung von 1753 verlangte Erkundigung nach dem Vermögensstande und Armeneid. Neuere Gesetzgebungen verlangen bloß ein (unentgeltlich zu ertheilendes) Zeugniß der Polizeibehörde, und zwar nur in dem Falle, wenn die Armuth nicht notorisch ist.

15) Früher wurde ein obrigkeitliches Zeugniß oder die Ableistung des Armeneides verlangt. Die Hofgerichtsordnung vom Jahre 1654 forderte Beides.

16) Es heißt in demselben (in wesentlicher Uebereinstimmung mit dem Art. 3. des Gesetzes vom Jahre 1817 für Rhein Hessen): Wer veranlaßt ist, als Kläger oder Beklagter einen Rechtsstreit zu führen, und zum Armenrechte zugelassen sein will, muß dem Gerichte, bei welchem er aufgetreten ist, oder aufzutreten will, nachweisen, daß er nicht so viel Vermögen besitzt, und auch nicht so viel durch körperliche oder geistige Kräfte, weder jetzt, noch im Verlaufe des Prozeßes aufzubringen vermag, als zum Betriebe desselben, neben den nothwendigsten Lebensbedürfnissen für sich und diejenigen, welche er alimentiren muß, erforderlich ist. Im Art. 4 heißt es noch unter Andern: Das Gericht prüft diese Nachweise; es berücksichtigt nur das vorhandene Vermögen

Gerichtsverfassung und des untergerichtlichen Verfahrens, sowohl in streitigen Civilsachen, als bei den Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Kurheffen. Zweite vermehrte Ausgabe. Marburg 1827. S. 87. — Mit der Zulassung zum Armenrechte ist nach Umständen die Beizehung eines Officialanwaltes verbunden, der verpflichtet ist, für seine Officialpartei unentgeltlich ebenso zu handeln, wie er für den zahlbaren Clienten thätig sein muß. Baden, Prozeßordnung §. 163. Bayern, v. Wendt a. a. D. — Hannover, Spangenberg, das Oberappellationsgericht in Celle für das Königreich Hannover, nach seiner Verfassung, Zuständigkeit und nach dem bei demselben stattfindenden Geschäftsgange und Prozeßverfahren, Celle 1833. S. 121, 148. — Braunschweig, Krüger a. a. D. — Württemberg, Schütz a. a. D. S. 168. Scheurlen, der teutsche gemeine und württembergische Civilprozeß, Band 1. Tübingen 1836. S. 366. Note 3. — Sachsen, Kori a. a. D. — Schleswig-Holstein, Falk, die Gerichtsverfassung der Herzogthümer Schleswig und Holstein nach ihrer geschichtlichen Bildung und jetzigen Gestalt, Altona 1835. S. 65, 66. — Freie Stadt Frankfurt, Bender a. a. D. S. 78. Einzelne Gesetze enthalten nähere Vorschriften, die, wenn man sie vergleicht, schon wegen der Verschiedenheit der Gerichtsverfassungen divergiren. So spricht sich die badische Gesetzgebung §. 163—166 dahin aus: Der zum Armenrechte Zugelassene, wenn er nicht im Stande oder nicht befugt ist, seine Sache selbst vor Gericht zu vertreten, kann verlangen, daß ihm ein Vertreter von Amtswegen beigegeben werde. Dieser Vertreter wird, wenn Anwälte am Gerichtsorte sind, aus diesen, wenn dieses der Fall nicht ist, aus anderen am Gerichtsorte wohnenden Personen gewählt. Die Armenpartei hat das Recht, den ihr von Amtswegen ernannten Vertreter aus erheblichen Gründen zu verbitten, namentlich, wenn er die Sache für grundlos hält. Im letzten Falle hat er die Gründe in einer besonderen Darstellung dem Gerichte vorzutragen, wel-

und die Erwerbquellen, nicht aber etwaige Schulden; es bringt den muthmaßlichen Kostenaufwand in Anschlag und verweigert oder bewilligt das Armenrecht. Die Bewilligung geschieht nur für einen Rechtsstreit und auf eine bestimmte, dem Ermessen des Gerichtes überlassene, jedoch nie auf längere Zeit als zwei Jahre, nach deren Ablauf von Neuem nachzusuchen und zu entscheiden ist; die Bewilligung kann aber auch, sofern veränderte Vermögens- oder Erwerbsverhältnisse unmittelbar eintreten, jeder Zeit wieder entzogen werden. Wie die Nachsuchenden bei Erbringung der ihnen obliegenden Nachweise und die Gerichte bei Prüfung der Vermögens- und Erwerbsverhältnisse von den Ortsvorständen oder sonstigen Beamten zu unterstützen sind, wird durch besondere Instructionen bestimmt werden. (Diese Instruction, welche in 12 §§. zerfällt, folgte dem Gesetze unterm 22. April 1837 nach.) Sehr zweckmäßig und, so viel bekannt, noch von keiner anderen Gesetzgebung adoptirt, ist die Vorschrift des Art. 5 des hessischen Gesetzes: Ehe das Gericht die Bewilligung ausspricht, schreibt es dem Gegner der Armenpartei eine unersreckliche Frist (Nothfrist) von 14 Tagen vor, binnen welcher es demselben gestattet ist, die Acten einzusehen und seine Bemerkungen dem Gerichte auf stempelfreiem Papiere vorzutragen etc.

ches solche der Armenpartei mittheilt und ihr auf ihr Verlangen einen anderen Vertreter ernennt. Nachdem zwei Anwälte sich auf gleiche Art erklärt haben, ist der Armenpartei nunmehr selbst zu überlassen, einen Vertreter, wobei sie nicht auf die Advocaten und recipirten Schriftverfasser beschränkt ist, für sich aufzufinden und zu bestellen. Nach der Gesetzgebung und Praxis im Königreich Württemberg haben die Gerichte zu untersuchen, ob die Armenpartei eines rechtsgelehrten Beistandes bedarf. Hat der Gegentheil einen Anwalt, so ist aus diesem Grunde schon ein Officialanwalt zu bestellen. Die nicht am Gerichtssitze wohnenden Anwälte sind nicht zum persönlichen Erscheinen verbunden. Die Bestellung zum Officialanwalte geschieht nach Reihenfolge (turnus). Wer ohne statthafte Gründe die Anwaltschaft nicht annimmt, wird der Advocatur verlustig. Der Officialanwalt hat Vollmacht beizubringen, was indessen nach der Praxis des königlichen Obertribunals nicht nöthig ist. Die großherzoglich hessische Gesetzgebung vom 29. März 1836 läßt (Art. 15) unbedingt einen Officialanwalt aus der Zahl der öffentlichen Anwälte bestellen¹⁷⁾, wenn der Rechtsstreit bei dem obersten Gerichtshofe, oder bei einem der Mittelgerichte (Hofgerichte) zu führen oder dahin zu bringen ist (da nach der bestehenden Gerichtsverfassung bei den Gerichtshöfen nur durch das Behütel eines Anwaltes gehandelt werden kann). Ist dagegen bei einem Untergerichte zu handeln, so wird der Officialpartei nur dann ein Anwalt beigegeben, wenn sie entweder durch Kränklichkeit und Gebrechlichkeit verhindert ist, in Selbstperson vor Gericht zu erscheinen und sich in ihrer Familie Niemand findet, der geeignet und bereit ist, sie zu vertreten; oder wenn sie weiter als sechs Stunden von dem Gerichtssitze entfernt wohnt, und wenn ihre Rechtsache nicht von der Beschaffenheit ist, daß es zu deren Betreibung nur einfacher Anrufungsvorträge bedarf; oder endlich, wenn sich das Gericht nach vollständiger Aufnahme der Materialien zu Protocol überzeugt, daß, ungeachtet der ihm obliegenden Pflicht, die zur rechtlichen Beurtheilung nothwendigen Thatfachen gehörig zu erforschen, die Armenpartei dennoch wegen besonderer Verwickelung oder Schwierigkeit der Verhältnisse außer Stand ist, ohne einen Anwalt ihre Rechte zu wahren. Im Gegensatz zu dem in Württemberg herrschenden Grundsatz und zur früheren Praxis der hessischen Gerichte bestimmt das Gesetz vom 29. März 1836: der Umstand, daß der Gegner durch einen Anwalt vertreten sei, berechtige die Armenpartei nicht, die Beigegebung eines Officialanwaltes zu verlangen. Hält dieser die Rechtsansprüche der Officialpartei für unbegründet, so muß er, wenn diese ungeachtet der Abmahnung auf Fortsetzung besteht, die Thatfachen, welche diese behauptet, und die darauf zu gründende Bitte dem Gerichte vorlegen.

17) Nach §. 7 der zur Ausführung des Gesetzes erlassenen Instruction soll eine Reihenfolge (turnus) beobachtet werden. Die Bestellung zum Officialanwalt gilt (§. 10) für alle Instanzen. Muß der Officialanwalt eine Reise machen, so werden ihm die Diäten und Reisekosten auf die Staatscasse decretirt (§. 1).

Die Vorschriften der Reichsgesetzgebung, daß das Gericht die Ansprüche des um Zulassung zum Armenrechte Bittenden¹⁸⁾ prüfen solle¹⁹⁾, finden sich in einzelnen Gesetzgebungen wieder. Württemberg, Schuß a. a. D. S. 167. — Großherzogthum Hessen, Gesetz vom 29. März 1836²⁰⁾. Gleiches ist der Fall in Bezug auf Strafandrohung wegen Mißbrauchs des Armenrechtes. Einige Gesetzgebungen beschränken sich auf Wiederentziehung des Rechtes, z. B. die Legislation des Herzogthums Braunschweig nach dem Zeugniß von Krüger a. a. D. Andere Gesetzgebungen lassen zugleich Strafen ein-

18) Diese Nothwendigkeit der Initiative des Bittens! Mit Recht spricht Jaffoy Aphorismen über bürgerliche Gesetzgebung und Rechtspflege, Stuttgart 1826, S. 118 zc. von dem unterdrückenden Uebergewichte des Reichs, der den Armen ermüden kann, und von der drückenden Lage des verschämten Armen, indem er unter Anderem sagt: Durch die Anordnung von Armenadvocaten und Befreiung von den Gerichtskosten wird diesem Unwesen nicht abgeholfen, indem sich verschämte arme Leute, welche nicht geradezu Almosen fordern, selten entschließen, sich öffentlich in das Armenrecht zu schwebren, was denselben an vielen Orten noch erschwert wird.

19) Ueber die Zweckmäßigkeit der Untersuchung durch einen Anwaltsauschuß, siehe Hofmann, über die Nothwendigkeit der Befreiung der Anwälte von richterlicher Disciplinargewalt, mit besonderer Rücksicht auf die bei den älteren Provinzen des Großherzogthums Hessen; bei Bopp, Mittheilungen aus den Materialien der Gesetzgebung und Rechtspflege des Großherzogthums Hessen, Band 6. Darmstadt 1832. Nr. I. S. 1—56. Absch. IV. Von Officialssachen und von Armensachen insbesondere, S. 31 zc. In Württemberg hat der Vorstand der Procuratoren bloß die Vertheilung der Armensachen unter die Procuratoren oder Rechtsconsulenten. Scheurlen a. a. D.

20) Dieser Gesetzgebung überweist die mit Abmahnung zu verbindende Prüfung in bestimmten Fällen dem Officialanwalte selbst. Denn sie bestimmt im Art. 8: Ist der Rechtsstreit, für welchen um das Armenrecht gebeten wird, bei einem Stadt- oder Landgerichte anhängig zu machen, oder fortzusetzen, so hat das Gericht im Anfange, wie geeigneten Falles im Laufe des Processes, zu prüfen, ob der behauptete Anspruch offenbar, oder muthmaßlich, oder frivol erscheint, und in diesem Falle den Nachsuchenden vom Beginn oder Verfolge des Processes unter Verwarnung vor Strafe durch zu Protocoll zu bemerkenden Verhalte abzumahnem; während sie im §. 9 hinzusetzt: Ist aber der Rechtsstreit bei einem höheren Gerichte anhängig zu machen, wozu auch Rechtsmittel oder sogenannte außergerichtliche Beschwerden gegen Erkenntnisse oder richterliche Verfügungen gehören, so hat der Officialanwalt der Armen im Anfange, sowie geeigneten Falles im Verlaufe des Processes die im vorhergehenden Artikel verordnete Prüfung und beziehungsweise Abmahnung vorzunehmen, auch von dieser, jedoch ohne Angabe der Motiven, dem Gerichte, welches in der Hauptsache entscheiden wird, Anzeige zu machen. Dieser Anzeige wird öffentlicher Glaube beigelegt. (Im §. 6 der Instruction wegen Handhabung des Gesetzes vom 25. April 1836 heißt es unter Anderem: Die Officialanwälte werden das Vertrauen, welche das Gesetz zu ihnen durch die ihnen übertragenen Prüfung und beziehungsweise Abmahnung ausgesprochen hat, durch die pünctlichste Pflüchterfüllung bei diesem Geschäfte rechtfertigen; sie werden sich vor jeder Einseitigkeit zu bewahren suchen und sich weder durch die Aussicht, vermittelt der Abmahnung einer Armenpartei entleibt zu werden, noch auch durch ein unzeitiges Mitleid mit den Verhältnissen der Klienten beherrschen lassen.)

treten. Nach dem bereits gedachten Gesetze vom 16. Februar 1823 für die preussischen Rheinprovinzen wird der muthwillige Liti-gant mit Gefängnißstrafe von höchstens 5 Tagen bestraft. Erschlei-chung des Armenrechtes wird mit Gefängnißstrafe von einem bis sechs Monaten bestraft, und alle Prozeßkosten müssen erstattet werden. Das in Rheinbayern geltende Gesetz vom 19. November 1814 bedroht den, welcher durch vorsätzliche Verdrehungen des Factums oder auf jede andere muthwillige und boshafte Art sich das Armenrecht zum Nachtheile der Gegenpartei erschlichen hat, mit Gefängnißstrafe von 8 Tagen bis zu einem Monate, und verlangt Erstattung der Kosten, selbst durch das Mittel der körperlichen Haft. Nach Art. 7 des großher-zoglich hessischen Gesetzes wird der, welcher durch Verschweigen oder Ableugnen sich die Zulassung zum Armenrechte erschlichen hat, mit Gefängniß von acht Tagen bis vier Wochen, vorbehaltlich der Strafe etwaiger Fälschung, bestraft, und werden die bisher entstandenen Kosten von ihm beigetrieben. Weiter bedroht der Art. 10 die Armenpartei, welche sich durch die auf Prüfung gegründete Abmahnung nicht abhal-ten ließ, für den Fall, daß die Entscheidung gegen sie ausfällt, mit einer in derselben auszusprechenden Gefängnißstrafe von 8 Tagen bis 8 Wochen, je nach dem Grade der Trivolität, und mit der Verbind-lichkeit des Erfasses des durch den Mißbrauch des Armenrechtes dem Gegner verursachten Schadens. Nur dann, wenn der Richter sich überzeugt hält, daß die Armenpartei in gutem Glauben gehandelt habe, fällt die Strafe weg. Die Gesetzgebung des Großherzogthums Oldenburg verordnet, daß die Armenpartei, die sich nicht habe ab-mahnen lassen, wegen Mißbrauches des Armenrechtes mit Gefängniß bis zu 3 Tagen bestraft werden solle.

In neuester Zeit ist in Ständeversammlungen ²¹⁾ und auf dem Felde der Wissenschaft ²²⁾ die Frage lebhaft erörtert worden, ob dem Gegner der Armenpartei im Ganzen dieselben Vortheile eingeräumt seien oder werden sollten, welcher diese durch Zulassung zum Armenrechte ge-nöthige. Es ist wohl nicht zu leugnen, daß die verneinende Ansicht die consequente und der bestehenden Gesetzgebung entsprechende ist, daß aber die bejahende sich in Bezug auf bestimmte Kosten, die, welche als Spor-teln u. in die Staatscasse fließen, der Gesetzgebungspolitik empfiehlt.

21) Im Großherzogthume Hessen auf den beiden Landtagen von 1828 und 1833.

22) Gans, über Armenrecht im Prozesse (in dessen Zeitschrift für die Civil- und Criminalrechtspflege im Königreiche Hannover, Band 1. Hanno-ver 1827. S. 26—33. Dag. mit Beifall Martin (Lehrbuch S. 307 h). Linde, Beitrag zu der Lehre über das Armenrecht im Prozesse (Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, Band 1. S. 57—77), und Bemertungen über die Zweckmäßigkeit der in Deutschland geltenden Grundsätze über das Armenrecht im Prozesse (Archiv für die civil. Praxis, Band 16. S. 51—83). Wieder dag. Sartorius, über die Wechselbarkeit des Sporthelcredits in Prozessen armer Parteien mit vermögenden Gegnern (Archiv für die civ. Praxis, Band 18. S. 237—253).

Schon hat eine Gesetzgebung, die badische Prozeßordnung vom 31. December 1831, den Satz adoptirt: von der Zeit der Zulassung einer Partei zum Armenrechte ist nicht nur sie selbst, sondern auch die Gegenpartei einstweilen von Entrichtung der von da an bloß vorzumerkenden Gerichtsporteln und Stempelgebühren — frei; und bereits im Jahre 1822 sprach sich ein herzoglich nassauisches Ministerialrescript dahin aus: der Umstand, daß zuweilen der wohlhabende Beklagte von dem zum Armenrechte zugelassenen Kläger mit einem am Ende als ungerichtet sich darstellenden Prozeß durch alle Instanzen verfolgt und auf diese Art schuldlos in bedeutende Kosten ohne Hoffnung des Erfolges gestürzt werde, verbietet allerdings Berücksichtigung, und es ist daher genehmigt worden, daß, wenn der zum Armenrechte Admittirte der Kläger ist, auch die Schriften des Beklagten und die von demselben extrahirten Decrete auf Freipapier geschrieben werden dürfen. Von der *Nahmer*, Sammlung der merkwürdigeren Entscheidungen des herzoglich nassauischen Appellationsgerichtes in Wiesbaden. Band 2. Frankfurt 1825. S. 379. — Einzelne Staatsverträge sichern auch dem *Ausländer* die Wohlthat des Armenrechtes²³⁾, zuweilen mit der Wirkung, daß der Gegner keine Cautionsleistung fordern kann²⁴⁾. Nach einzelnen Gesetzgebungen wirkt der Grundsatz der Gegenseitigkeit²⁵⁾. Daß die Zulassung zum Armenrechte keine Befreiung der Armenpartei von der Verbindlichkeit enthält, dem Gegner die demselben verursachten Kosten zu erstatten, wenn sie dazu verurtheilt erscheint, versteht sich von selbst²⁶⁾. Einzelne Gesetzgebungen haben dieses (zum Ueberflusse) ausdrücklich ausgesprochen. Preußen, Fürstenthum a. a. D.²⁶⁾ — Großherzogthum Hessen. Das angeführte Gesetz vom 29. März 1836 Art. 7, und das Gesetz vom Jahre 1817 für Rheinhesen, Art. 10²⁸⁾.

23) Solche Staatsverträge hat z. B. die Staatsregierung des Großherzogthums Hessen mit Bayern, Oesterreich, dem Königreich der Niederlande und Baden abgeschlossen; s. meine Schrift: der hessische Rechtsfreund. Ein gemeinnütziges Handbuch zur Kunde des Rechtes und der Verwaltung im Großherzogthume Hessen, Darmstadt 1837. v. Armenrecht S. 42, 43, 47.

24) Kurhesen, Wagner a. a. D. Die badische Civilprozeßordnung bestimmt §. 289: Gegen den zum Armenrechte zugelassenen Ausländer findet die Einrede mangelnder Caution für die Prozeßkosten nicht statt.

25) Im Art. 1 des großherzoglich hessischen Gesetzes heißt es: Die Wohlthat des Armenrechtes kommt auch Ausländern zu statten, wenn in dem Staate, welchem sie angehören, unsere Unterthanen gleiche Vergünstigung genießen. Ueber Nassau s. von der *Nahmer*, Sammlung etc. Band 2. S. 395, — über Württemberg, Schütz a. a. D. S. 167.

26) Ueber die Verantwortlichkeit der Kostencompensation, wenn eine Armenpartei unterliegt, s. *Weber*, über die Prozeßkosten, fünfte Auflage, Hannover 1811. S. 132.

27) In Preußen kann verlangt werden, daß die schuldigen Kosten abverbient werden. Schon *Schaumburg* a. a. D. S. 370 hält dieses für gerecht und billig.

28) Nach der Praxis der Gerichte der freien Stadt Frankfurt ist die Verbindlichkeit zum Kostenersatz durch Besserung der Vermögensumstände

Die Gesetzgebung des Großherzogthums Oldenburg hat den humanen Grundsatz adoptirt, daß, wenn die zur Kostenerstattung verurtheilte Armenpartei vergeblich dazu angehalten worden ist, der dadurch beschädigte Gegner aus der Gerichtsporelcaffee entschädigt wird.

Wopp.

Arrest, Arrestprozeß. Den Römern war das, was jetzt Arrest und Arrestprozeß genannt wird, unbekannt ¹⁾. Dieses Institut ist germanischen Ursprunges. Die Reichsgesetzgebung — Reichsabschied von 1570. §. 84. v. 1594. §. 81. 87. Deputat.-Absch. v. 1600. §. 48. N.-U. §. 139. C. d. R. G. D. II. 24. ²⁾ — fand, als sie sich auch dieser Rechtsmaterie zuwendete, ein längst herrschendes, schon in Landrechten anerkanntes Princip, und beschränkte sich darauf, Einzelnes zu normiren und auszusprechen, daß der Arrest (in der Sprache des Mittelalters Kummer) erlaubt sei, der Verhaftete gegen Caution Aufhebung des Arrestes ansprechen, und im Falle der Verweigerung Mandate impetiren dürfe, während, besonders da, wo die Statutarrechte ³⁾ keine Norm enthielten, Landesgesetzgebungen, das Bedürfniß beachtend, die das Ganze konstruirenden Grundsätze feststellten. Ein gleiches Bedürfniß nöthigte die Praxis, die Lehre auszubauen. So hat sich die Theorie des gemeinen deutschen Arrestprozeßes gebildet, der in manchen teutschen Staaten, z. B. im Herzogthume Nassau ⁴⁾ und Groß-

bedingt. Bender a. a. D. S. 79. Gleiches ist im Civilprozeßgesetzbuche für das Königreich Griechenland Art. 224 ausgesprochen. Maurer a. a. D. S. 667.

1) Heffter, Institutionen des römischen und teutschen Civilprozeßes, Bonn 1825. S. 426. Mittermaier, der gemeine teutsche Prozeß in Vergleichung mit dem preussischen und französischen Civilverfahren, vierter Beitrag, Bonn 1826. S. 148. Mühlendruck, Entwurf des gemeinrechtlichen und preussischen Civilprozeßes, Halle 1827. S. 247.

2) Pütter, Introd. in rem iud. imp. §. 114. Danz, Grundsätze der Reichsgerichtspraxis. §. 280. Bolles, Diss. sistens explic. const. imp. de arrestis, Giess. 1738. Tafinger, Institut. iurispr. cam. §. 518 etc. Hanzely, Anleitung zu der neuesten Reichshofrathspraxis §. 938 u.

3) Zu den Statutarrechten, welche vom Arreste handeln, gehört z. B. das badensche Landrecht vom Jahre 1622. Th. 1. Tit. 34. Wann und wie Arrest und Kummer zugelassen werden soll; das trier'sche Landrecht. Tit. 17. Von Arresten und Behemmungen der Personen oder deren Güter. Von der Nahmer, Handbuch des rheinischen Particularrechtes, Band 2. Frankfurt 1831. S. 659, 660. Das Landrecht der Grafschaft Saarbrück. Cap. 4. Art. 7. Vom Kummer. Von der Nahmer a. a. D. S. 996—1001. Mainzer Landrecht. Tit. 21. Vom Arreste oder Kummer, auch denen, so bonis cediren. Von der Nahmer a. a. D. S. 739, 740. Landrecht der oberen Grafschaft Ragenellenbogen, Th. 1. Tit. 8. Von Arrestiren und Kummern. Das solmsische Landrecht. Th. 1. Tit. 10. Von Arresten oder Kummern, wie es damit gehalten werden soll, desgleichen der Sequestration.

4) Flach, Erläuterungen zum Prozeßgesetze des Herzogthumes Nassau vom 23. April 1822, Wiesbaden 1837. S. 110, wo der Verfasser sagt: Bei dem Arrestprozeße kommen bei uns ganz die gemeinrechtlichen Grundsätze zur Anwendung, indem er hinzufügt: Ich habe hierüber nur zu bemerken, daß von den herzoglich nassauischen Gerichten bei Arresten durchaus mit der größ-

herzogtume Hessen ⁵⁾, lediglich Form ff. Man versteht unter Arrest die richterliche Verfügung (über die Nichtigkeit einer Arrestanlegung durch ein Untergericht, welches zugleich Administrativbehörde ist, auf Geheiß der oberen Administrativbehörde, s. von der Nahmer, Sammlung der merkwürdigern Entscheidungen des herzoglich nassauischen Oberappellationsgerichtes zu Wiesbaden, Frankfurt 1825. Band 2. S. 33—38), wodurch Jemand (Impetrat) zum Besten eines Anderen, dessen Ansprüche gesichert werden sollen, und auf dessen (des Impetranten) Anstehen verhindert wird, sich von einem bestimmten Orte zu entfernen — Personalarrest — oder das Seinige wegzubringen oder darüber zu disponiren — Realarrest — (Mackelbey, Lehrbuch des heutigen römischen Rechtes, Band 1. §. 170, und Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gemeinen Civilrechtes, Band 1. §. 66.), sowie unter Arrestprozeß das summarische Verfahren, das mit dieser richterlichen Verfügung beginnt ⁶⁾. Dieser außerordent-

ten Vorsicht und Schonung verfahren wird, und namentlich Personalarreste in Civilsachen zu den größten Seltenheiten gehören. Nach v. Merz, Handbuch zur näheren Kenntniß der Verfassung und Verwaltung des Herzogthums Nassau, Band 1. Abth. 1. Wiesbaden 1836. S. 98. unter Arrest, kann in eilenden Fällen der Ortschuldheiß Real- und Personalarrest verfügen, wenn Gefahr auf dem Verzuge haftet; nur muß er davon sogleich das Gericht in Kenntniß setzen.

5) Siehe Bopp, der hessische Rechtsfreund, ein gemeinnütziges Handbuch zur Kunde des Rechtes und der Verwaltung im Großherzogthume Hessen, Darmstadt 1837. unter Arrest, S. 50—52, und dessen Mittheilung aus den Materialien der Gesetzgebung und Rechtspflege des Großherzogthums Hessen, Band 4. S. 43—67. Von den Erfordernissen zur Begründung eines Arrestgesuches ic. Ein Gesetz vom 19. Januar 1836 enthält Bestimmungen wegen Personalarrestes gegen Ausländer, welche zu Offenbach Handelsverbindlichkeiten eingegangen sind. Nach diesem Gesetze reichen die Voraussetzungen, die zur Verhängung des Personalarrestes genügen, zu, um einen Realarrest zu erwirken, der mit jenem cumulirt werden kann, und überhaupt auch überdieß, gleichwie der Personalarrest, in allen gemeinrechtlich dazu sich eignenden Fällen zulässig bleibt.

6) P. L. Authaeus, de arrest. Arg. 1654. Werlin, de arrest. Giess. 1684. Leyser, medit. ad Pand. tom. VII. sp. 475. p. 430—440. De arresto. Mevius, Synoptica tractatio de arrestis. Rast. 1646. Lips. 1718. Stett. 1734. Struv., de iure arresti. Jen. 1675. Holland, de arrestorum materia utilissima. Tab. 1731. Ludovici, Einleitung zum Civilprozeße, 6. Auflage, Halle 1719. Cap. 4. Von dem Arrestprozeße. S. 37—50. Knorre, Anleitung zum gerichtlichen Prozeße, neue Auflage, Halle 1777. Buch 3. Hauptst. 6. Von dem Arrestprozeße. S. 534 bis 548. Frederßdorf, Anweisung für Justizbeamte, Band 3. Lemgo 1774. S. 186—206. Von dem Arrestprozeße. Mehlen, Anleitung zum summarischen gerichtlichen Prozeße, Berlin und Greifsw. 1804. Absch. IV. Von dem Arrestprozeße. S. 101—128. §. 62—79. Danz, Grundsätze des summarischen Prozeßes, 3. Ausgabe 1800. Sechstes Hauptstück. Von dem Arrestprozeße. S. 88—111. Grolman, Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, §. 41. 239—241. Claproth, Einleitung in sämtliche summarische Prozeße, 4. Auflage, herausgegeben von Witzlich. Göttingen 1808. S. 193—228. Vom Arrestprozeße. Heffter a. a.

liche Prozeß, welcher mit einer Art von Execution, also mit einem Act beginnt, der sonst das letzte Stadium eines Verfahrens bildet, kann seinem, so dem Grundprincipien des Civilprozeßes ganz widerstrebenden Character gemäß nur unter einer ganz besonderen Voraussetzung (*causa arresti*)⁷⁾ Raum finden, nämlich nur dann, wenn die Gefahr droht, daß, ohne das Mittel der Arrestanlegung, die Ansprüche des berechtigten Theiles (*Impetrantens*) gar nicht oder mit vieler Schwierigkeit geltend gemacht werden können, wenn namentlich der Verbundene (*Impetrat*) schon auf der Flucht oder derselben sehr verdächtig ist⁸⁾, oder sein Vermögen zu verschwenden anfängt, oder bei dem ausländischen competenten Gerichte des *Impetraten* aus irgend einem Grunde kein Recht erlangt werden kann⁹⁾. Personalarrest findet nur dann statt, wenn vom Realarrest keine Rede sein kann; stellt *Impetrat* Sicherheit, so muß der Arrest sogleich wieder aufgehoben wer-

D. S. 416—432. Mittermaier a. a. D. S. 148—167. Der Arrestprozeß. Mackelben, Grundriß zu Vorlesungen über den gemeinen deutschen und preussischen Civilprozeß, Bonn 1833. S. 5—11. Arrestprozeß. Bioner, Syst. proc. iud. et comm. et sax. Ed. Siebdrat et Krug, Tom. II. Ber. et Lips. 1835. Cap. 6. De processu arresti. S. 258—263. p. 143—152. Staatslexikon, herausgegeben von Rotteck und Welcker, Bd. 1. Altona 1834 s. v. Arrest, Arrestprozeß. S. 696.

7) Obwohl, sagt das Mainzer Landrecht a. a. D. §. 1, sonst gemeinlich in Rechten nicht erlaubt, daß, wenn einer den andern zu belangen hat, der Prozeß vom Arreste und Kummern angefangen werde, so giebt er doch in Rechten solche erhebliche und wichtige Ursachen, daß solthane Arreste gar wohl erlaubt und einem Creditori ohne selbstigen nicht wohl zu dem, was ihm gebühret, geholfen werden könne.

8) Nach österreichischem Prozeßrechte kann nur wegen der Flucht oder Gefahr derselben Arrest impetrirt werden. Fuger, das gerichtliche Verfahren in Streitigkeiten nach der österreichischen allgemeinen Gerichts- und Concursordnung, zweite Auflage, Theil 2. Wien 1828. S. 170 vergl. mit S. 175.

9) Einzelne deutsche Gesetzgebungen zählen eine Reihe von Fällen auf. So bestimmt z. B. die Legislation des Herzogthums Braunschweig, der Arrest sei zulässig, wenn 1) Jemand flüchtig oder in ein anderes Gericht zu ziehen verdächtig sei, ohne Habe von genügendem Werth zurück zu lassen; 2) ein nicht mit Grundstücken angefassener Ausländer im Inlande contrahirt habe; 3) wenn ein Ausländer eines Inländers Schuldner sei, und Letzterem von des Ersteren Richter Rechtshilfe verweigert werde; 4) wenn Jemand wegen einer Erbschaft oder anderer beweglichen Sachen belangt werde und eine Veräußerung oder sonstige Entfremdung zu befürchten sei; 5) wenn ein Gast wegziehen und die Zehrung schuldig bleiben wolle; 6) wenn ein Pächter oder Miether, ohne den Pacht oder die Miethe zu entrichten, davon ziehen wolle. Krüger, Darstellung des bürgerlichen Prozeßes im Herzogthume Braunschweig, Braunschweig 1829. S. 146. Ganz ebenso normirt das Landrecht der oberen Grafschaft Katzenellenbogen a. a. D. §. 1, das angeführte badische Landrecht a. a. D. und die Gesetzgebung im Kurfürstenthume Hessen. Wagner, Grundzüge der Gerichtsverfassung und des unterrichterlichen Verfahrens in Kurhessen, 2. Ausgabe, Marburg 1827. §. 209. Andere deutsche Gesetzgebungen sprechen statt der Aufzählung von Fällen nur einen allgemeinen Grundsatz aus. So läßt das bayerische Prozeßrecht Arrest zu, wenn Rechtsbefriedigung ohne besondere Beschwerde bei der ordentlichen Obrigkeit nicht erlangt werden kann. Wendt, Handbuch des bayerischen Civilprozeßes, Theil 2. §. 185. Arrestprozeß.

den¹⁰⁾. Competent ist der Richter, unter dem sich der Schuldner selbst oder mit seiner Habe betreffen läßt. Zur Begründung eines Gesuches um Anlegung eines Arrestes wird Bescheinigung der Existenz eines Anspruches des Impetranten, der die Art und den Gegenstand des Arrestes genau zu bezeichnen hat, an den Impetranten, sowie weiter die Nachweisung eines rechtlichen Grundes zur Anlegung des Arrestes (*causa arresti*) gefordert¹¹⁾. Das Gericht, das sich von der Prüfung der Begründung des Arrestgesuches nicht dadurch dispensiren kann, daß es den Arrest auf Kosten und Gefahr des Impetranten oder gegen Cautionsbestellung von dessen Seite verfügt¹²⁾, untersucht sorgfältig, ob das Arrestgesuch begründet ist. Ist dieses nicht der Fall, so verwirft es das Arrestgesuch, dem es im entgegengesetzten Falle stattgibt, indem es zwei Verfügungen erläßt. Die erste Verfügung besteht in dem Arrestmandate. Soll ein Personalarrest angelegt werden, der in der

10) Gleiches bestimmt das österreichische und preussische Prozeßrecht. F ü g e r a. a. D. S. 176, 181. Fürstenthal, Lehrbuch des preussischen Civil- und Criminalprozesses, Theil 1, Königsberg 1827. §. 213. S. 119. Das bayer'sche Prozeßrecht läßt gleichfalls Cautionsbestellung zu, beschränkt aber die juratorische Sicherheitsleistung, indem diese bei Ausländern gar nicht, und bei Inländern in dem Falle nicht zugelassen wird, wenn sie schlechten Reumuths und im Verdacht der Flucht sind. Ganz unzulässig ist juratorische Cautio nach frankfurter Prozeßrecht. Bender, Lehrbuch des Civilprozesses der freien Stadt Frankfurt, Frankfurt 1837. S. 260, und nach dem mecklenburgischen Particularrechte, Tratsche, Materialien zu einem Handbuche des mecklenburgisch-schwerinischen Particularcivilprozesses, Güstrow 1837. S. 405, und Gleiches lehrt die Theorie des gemeinen Prozeßes. Mittermaier a. a. D. — Auch vom Impetranten kann nach diesen Gesetzgebungen und dem braunschweigischen Prozeßrechte (K r ü s g e r a. a. D. S. 149) nach richterlichem Ermessen wegen möglichen Schadenersatzes Cautionsbestellung gefordert werden. Nach den kurhessischen Prozeßgesetzen wird dem Impetranten, wenn er zur Beibringung der erforderlichen Bescheinigung außer Stand, oder große Gefahr im Verzuge ist, die Leistung einer hinreichenden Cautio auferlegt und, je nachdem diese geleistet wird oder nicht, der Arrest angelegt oder das Arrestgesuch verworfen. W a g n e r a. a. D. §. 213.

11) Siehe hierüber Mittermaier a. a. D. S. 156—158. In Mecklenburg-Schwerin wird förmliche Liquidität des Anspruches in bestimmten Fällen verlangt. Tratsche a. a. D. S. 403.

12) Ueberhaupt ist der Richter für Uebereilung in der Arrestanlegung, so wie für Unrechtmäßigkeit der Verweigerung derselben, verantwortlich, indem er wegen Ehrverletzung oder Schadenersatz belangt werden kann. Brückner, *Dissertatio de actione iniuriarum ob arrestum contra debitorem salvando existentem dolose impetratum competente*. Jen. 1725. Wahl, *de iudice arrestum contra fugitivum debitorem denegante*. Goetting. 1746. G e s t e r d i n g, alte und neue Irrthümer der Rechtsgelahrten, eine Reihe von Abhandlungen, Greifsw. 1826. Abh. XII. M a d c h e, Miscellen aus allen Theilen der Rechtsgelahrtheit. Stück I. Breslau 1814. S. 284. r. M e h l e n a. a. D. §. 75. S. 121, lehrt ganz willkürlich, der Richter brauche es nicht sehr genau zu nehmen, wenn der Schuldner von geringem Stande sei, dessen Ehre und Credit durch den Arrest wenig oder überall nicht leiden kann. (??)

Regel in der Bewachung des Impetraten in seiner Wohnung besteht¹³⁾; oder hat der anzulegende Realarrest bewegliches, in dem Besitze des Impetraten befindliches Gut zum Gegenstande, so besteht das Arrestmandat in einem Erlaß an den Gerichtsdiener, worin demselben die Arrestanlegung aufgegeben und vorgeschrieben wird, wie er ihn anlegen soll¹⁴⁾. Besteht der Gegenstand in einem solchen beweglichen Gute, welches ein Dritter besitzt, so wird demselben aufgegeben, sich bei Vermeidung des Nachtheiles eigenen Haftens der Herausgabe desselben zu enthalten, während, wenn eine Forderung des Impetraten an eine dritte Person das Object ist, dieser die Auszahlung derselben bei Vermeidung der Verbindlichkeit doppelter Zahlung untersagt wird¹⁵⁾. Besteht das Object in unbeweglichem Gute, so untersagt der Richter dessen Veräußerung bei Strafe der Nichtigkeit dieses Actes oder verfügt einen Sequester¹⁶⁾. Die zweite richterliche Verfügung besteht in einem Decrete an beide Theile, wodurch diese von der Erlassung des Arrestmandates benachrichtigt werden (dem Impetraten wird sogleich ein Duplicat des Arrestgesuches mitgetheilt), und ein Termin zur Rechtsfertigung des nun angelegten Arrestes anberaumt wird¹⁷⁾, wozu jeder Theil, und zwar Impetrant unter dem Rechtsnachtheile der Aufhebung des Arrestes, Impetrat bei Vermeidung des Verlustes seiner Einreden vorgeladen wird. Erscheint in diesem Termine Impetrant nicht, so erläßt das Gericht sofort ein Erkenntniß, wodurch es den Arrest aufhebt und den Impetranten zum Erlaße der Kosten und des etwa durch Anlegung des Arrestes dem Impetraten verursachten Schadens verurtheilt.

13) Nach österreichischem Prozeßrechte ist es Regel, daß Impetrat in dem Gerichtsgefängnisse verwahrt wird; doch kann das Gericht nach seinem Ermessen oder auf dessen Ansuchen bloß Hausarrest verfügen, indem es eine Wache beordert. Im ersten Falle muß, wenn er ohne Hilfsmittel ist, Impetrant bei Vermeidung der Relaxirung des Arrestes den Unterhalt verabsorgen, im letzten Falle muß Impetrat bei Vermeidung der Verweisung in das Gerichtsgefängniß seinen Bedarf selbst bestreiten. F ü g e r a. a. D. S. 179—181.

14) Frebersdorf macht a. a. D. S. 194 zierliche Distinctionen, und meint, wenn ein Mann von angesehenem Stande mit Personalarrest bestrickt werden solle, so müsse ihm der Richter selbst die Aufsicht machen und auf gute Art die Sache hebringen, hernach eine Wache zurücklassen; sei es ein Mann vom Mittelstande, so sei er durch einen Subalternen des Gerichtes in eine Arreststube zu bringen. Wäre es aber ein geringer Mann, so werde er durch einen Gerichtsdiener arretirt, und in das Gefängniß gebracht, jedoch in kein solches, worin Missethäter saßen. — Ausführliche Vorschriften über Personalarrest enthält das griechische Civilprozeßgesetzbuch vom 2. (14.) April 1834, siehe Maurer, das griechische Volk, Band 3. Heidelberg 1835. S. 808 flg.

15) Ueber die Arrestanlegung in solchen Fällen nach französischem Rechte s. Wittermaier a. a. D. S. 160, 161.

16) S. Sequester.

17) Mehrere Prozeßgesetze, z. B. die oldenburgische Prozeßordnung lassen nur aus sehr erheblichen Gründen gegen den Willen des Impetraten eine Erstreckung dieses Termines zu.

Erscheint Impetrat nicht, so wird er mit seinen Einreden ausgeschlossen¹⁸⁾. Erscheint Impetrant, so hat er die Rechtmäßigkeit der Anlegung des Arrestes näher darzuthun, wenn dieses nicht schon genügend geschehen ist¹⁹⁾. Impetrat bringt seinen Einwand gegen die Anlegung des Arrestes überhaupt, oder in ihrer besonderen Beschaffung vor, worauf bis zum Schluß verhandelt wird, und der Richter definitiv urtheilt, indem er entweder den Arrest aufhebt und den Impetranten zum Kosten- und Schadenersatz verurtheilt²⁰⁾, oder den Arrest bestätigt²¹⁾, oder auf Grundlage geschehener Sicherheitsleistung denselben relaxirt. Es fehlt der gemeinrechtlichen Lehre vom Arrestprozeß bei dem Mangel positiver Stützpunkte nicht an Streitfragen. Eine derselben beschäftigt sich damit, zu untersuchen, ob, wenn das Gericht die Bescheinigung der Arrestursache durch den Impetranten im Rechtfertigungstermine nicht für genügend erachtet, es auf bessere Bescheinigung interloquiren soll und darf. Martin, Lehrbuch des deutschen gemeinen bürgerlichen Prozesses, 11. Ausgabe, Heidelberg 1834. §. 243, und Heffter, Institut. des römischen und deutschen Civilprozesses, Bonn 1825. S. 430, sind der Ansicht, daß das Gericht dazu aufgefordert sei, während andere Prozeßualisten, als Linde, Lehrbuch des deutsch = gemeinen Civilprozesses, 4. Auflage, Bonn 1835, Mittermaier a. a. D. S. 162, 163, lehren, daß ein Zwischenurtheil unzulässig sei, da dasselbe dem Zwecke des Rechtfertigungstermines und den Grundsätzen des unbestimmten summarischen Prozesses, die hier in Anwendung kommen,

18) Nach Kurhessischem Prozeßrechte wird Impetrat nochmals peremptorisch vorgeladen und das Präjudiz realisirt, wenn er auch in diesem zweiten Termine nicht erscheint. Wagner a. a. D. §. 214.

19) S. hierüber Mittermaier a. a. D. S. 159.

20) S. Hauff, Ueber die Entschädigungsforderung wegen eines widerrechtlich impetirten Arrestes, Landshut 1821. — Nach braunschweigischem Prozeßrechte kann Impetrant auch in eine Geldstrafe verurtheilt werden. Krüger a. a. D. S. 149.

21) Particulargesetzgebungen enthalten zuweilen Bestimmungen über die Zulässigkeit von Rechtsmitteln oder des Suspensiveffectes. Das bayer'sche Prozeßrecht enthält die schwankende Vorschrift, daß ohne besonders erhebliche Ursache nicht leicht die Appellation oder der Suspensiveffect statthaft und bei zwei gleichförmigen Erkenntnissen eine dritte Instanz unzugänglich sei. Von Wendt a. a. D. (siehe auch noch Sartorius, Sammlung merkwürdiger Rechtsfälle Bayerns, Band 2. Erlangen 1831. S. 371 flg. Unter welchen Voraussetzungen kann nach bayerischem Rechte Personalarrest erkannt werden?) Ueber das Prozeßrecht der freien Stadt Frankfurt s. Wender a. a. D. S. 349. Das gedachte großherzoglich hessische Gesetz vom 19. Januar 1836 bestimmt: weber Beschwerden gegen provisorische Arrestverfügungen, noch auch Rechtsmittel gegen auf gepflogene Verhandlungen gefällte Urtheile hätten Suspensivkraft; Rechtsmittel gegen ein Erkenntniß seien innerhalb 8 Tagen unerstrecklicher Frist und bei Vermeidung der Desertion anzuzeigen und zu rechtfertigen, worauf, nach Einsendung der Acten das Mittelgericht binnen 15 Tagen entscheidet. Rechtsmittel gegen dieses Erkenntniß sind wieder binnen 8 Tagen unerstrecklicher Frist anzuzeigen und zu rechtfertigen, worauf nach Einsendung der Acten das oberste Gericht binnen 30 Tagen zu entscheiden hat.

widerstreite. Wenn Mittermaier a. a. D. vorträgt: wenn einige Juristen auf Bescheinigung der Arrestursache interloquiren lassen wollen, so widerspricht dieses dem Grundsatz, daß der Impetrant sogleich den Grund des Arrestes rechtfertigen sollte, und daß der Justificationstermin ohnehin gleichsam als der Termin zur Bescheinigung gilt, so, daß Impetrant sich die Abweisung mit dem Gesuche gefallen lassen muß, wenn er der Auflage, den Arrest zu justificiren, nicht nachkommen konnte. Dieß läßt sich um so weniger bezweifeln, als man sonst consequent zum Nachtheile des Impetranten annehmen müßte, daß der Arrest gegen ihn bis zum Urtheile über das Resultat der Bescheinigung fortbauern sollte, während er doch das Recht hat, Aufhebung zu verlangen, sobald der Impetrant im Termine nicht den Arrest rechtfertigen kann, so läßt sich das entscheidende Gewicht dieser Gründe nicht verkennen, welchen auch die neuere Praxis huldigt. Im Jahre 1827 sprach sich z. B. das großherz. Hofgericht in Darmstadt in diesem Sinne aus²²⁾. Eine zweite Streitfrage ist die, ob durch die Anlegung des Arrestes der Gerichtsstand auch für die Hauptsache (für die Verhandlung über die Ansprüche des Impetranten, zu deren Sicherung der Arrest dienen soll) begründet werde. Mehrere Prozessualisten, z. B. Mehlen a. a. D. §. 65. S. 107, Scheurlen, der teutsche gemeine und württembergische Civilprozeß, Band 1, Tübingen 1836, §. 82. (der Gerichtsstand des Arrestes), Mittermaier a. a. D. S. 165²³⁾, Krüll, Prüfungen einzelner Theile des bürgerlichen Rechtes, Band 4, Landshut 1804, Abh. 3, vereinen die Frage, während Andere, z. B. Mevius, Decis. P. IV. dec. 348, Knorre a. a. D. S. 545, Claproth, Einleitung in den ordentlichen bürgerlichen Prozeß, Th. 1. §. 44, v. Grolman a. a. D. §. 41, Danz a. a. D. S. 102, Hombergk zu Vach Progr. de iustitia arresti Marburg 1749, Wahl de foro arresti privilegiato, Goett. 1749. §. 39, sie bejahen²⁴⁾. Die Praxis scheint sich der Bejahung hinzu-

22) Präjudizien des großherz. hessischen Hofgerichtes der Provinz Starkenburg. Auf Verfügung des großh. hessischen Hofgerichtes gedruckt. Darmstadt 1837. S. 52, 53.

23) Dieser Rechtslehrer läßt übrigens dann eine Ausnahme zu, wenn gegen einen Ausländer Arrest erkannt würde, oder der Inländer durch den Mangel eines festen Domicils oder durch sein Benehmen, z. B. durch Flucht oder Wegschaffung aller Effecten, die Absicht, sein bisheriges Domicil aufzugeben, ausspricht, sich einem Ausländer gleichstellt. Auch Scheurlen läßt dergleichen Ausnahmen zu.

24) Mackeldey unterscheidet, indem er a. a. D. S. 8, 9, vorträgt: Das Verfahren über die Arrestanlegung, deren Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit, also der eigentliche Arrestprozeß gehört immer vor den Richter, welcher den Arrest angelegt hat. Dabei entsteht nun aber die Frage: ob und in wiefern dieser durch die Arrestanlage ausnahmsweise auch competent für die Hauptsache wird, wenn er dieß sonst nicht ist? oder mit anderen Worten: ob und in wiefern durch den Arrest ein forum speciale für die Hauptsache bei dem Arrestrichter begründet wird? Die Regel ist, daß durch die Anlegung eines Arrestes allein kein forum speciale für die Hauptsache begründet wird,

neigen²⁵⁾. Nach dem Zeugnisse von Hagemann, practische Erörterungen, Band 7. Nr. XIII. (Competenz des Arrestrichters in der Hauptsache), hat das Oberappellationsgericht in Celle in den Jahren 1809 und 1815 sich für die Bejahung entschieden. Gleiches beurkundet Bender a. a. D. S. 254, 255, von Frankfurt, Scheurlen a. a. D. von Württemberg²⁶⁾. Ueber die Herzogthümer Schleswig und Holstein s. Falk, die Gerichtsverfassung des Herzogthums Schleswig und Holstein, nach ihrer geschichtlichen Bildung und jetzigen Gestalt, Altona 1835. S. 64. S. 272, 273. Der Gerichtsstand des Arrestes. Der Verfasser bemerkt dort: ob nach gemeinem Rechte der auf Anhalten einer Partei verfügte Arrest eine Prorogation der Gerichtsbarkeit in der Hauptsache zur Folge habe, ist zwar bestritten. Daß aber der ältere teutsche Gerichtsgebrauch der provisorischen Verfügung der Arrestlegung jene Wirkung beilegt, kann nicht füglich bestritten werden. Unsere Gesetzgebung bezeugt wenigstens für beide Herzogthümer diesen Gerichtsgebrauch. Der dadurch sanctionirte Grundsatz muß in der That auch als ein höchst natürlicher erscheinen, da das Gesuch um Verfügung des Arrestes auf keine andere Weise, als durch die Ausführung der Hauptsache vollständig gerechtfertigt werden kann. Der oben erwähnte, aus dem älteren Gerichtsgebrauche herflammende, Grundsatz ist bei uns nicht nur bei allen Personalarrest-

sondern daß diese immer an den für dieselbe competenten Richter verwiesen werden muß. R.-A. 1594. §. 31. 81. A. G. D. §. 43 fig. Nur in folgenden Fällen begründet die Arrestanlegung ausnahmsweise zugleich Competenz in der Hauptsache: a) wenn Vagabunden und flüchtige Schuldner sich mit ihrem Vermögen ihrem ordentlichen Richter entzogen haben; b) wenn auswärtige Gerichte die Rechtspflege verweigern, und der Arrest aus diesem Grunde gegen den Ausländer bei inländischen Gerichten nachgesucht wird. Dieß muß jetzt auch bei den teutschen Bundesstaaten unter sich gelten; wenigstens ist dieser Grundsatz angenommen in dem preussischen Gesetze vom 2. Mai 1823. §. 4. (s. über dieses Gesetz Rittermaier a. a. D. S. 156.)

25) Einzelne Landrechte, z. B. das solmsische a. a. D. §. 6, haben diesen Grundsatz ausdrücklich festgestellt.

26) Dieser Rechtslehrer trägt überhaupt vor: In Württemberg begründet in der Regel die Arrestanlegung von Seiten eines Gerichtes für dasselbe den Gerichtsstand in der Hauptsache, wobei es gleichgiltig ist, ob der Arrestat ein Inländer oder ein Ausländer ist. Diese Regel über das forum arresti leidet aber in Beziehung auf die Ortsobrigkeiten, welche provisorische Arrestverfügungen erlassen haben, eine Modification. Nach dem IV. Gebiete sind nämlich die Ortsobrigkeiten außer der Amtsstadt berechtigt und verpflichtet, auch bei solchen Streitigkeiten, welche zur Competenz des Obergerichtes gehören, auf Anrufen einer Partei provisorisch Real- oder Personalarrest zu verhängen, wenn die Sache so dringend ist, daß ohne eine solche Verfügung die Partei Gefahr laufen würde, aus ihrem Rechte verdrängt zu werden, oder die Verfolgung desselben vereitelt oder sehr erschwert zu sehen. Durch eine solche provisorische Arrestanlegung wird die Competenz der Ortsobrigkeit für die Hauptsache überall nicht begründet. In den von Württemberg mit Bayern, mit Baden und Hohenzollern-Sigmaringen abgeschlossenen Jurisdictionalverträgen ist der Satz, daß Arrestanlegung den Gerichtsstand für die Hauptsache selbst begründe, verschieden modificirt.

sten, die übrigens auch von Ausländern in hiesigen Landen impetriet werden können, sondern auch bei denjenigen Realarresten, welche gegen die Güter der Ausländer impetriet werden, unverändert beibehalten worden. In Ansehung der Landesunterthanen ist aber durch die bereits angezogene Verfügung vom 13. November 1782 der frühere Grundsatz aufgehoben und ausdrücklich verfügt worden, daß ein gegen sie verhängter Realarrest eine Prorogation der Gerichtsbarkeit auf die Hauptsache nicht ferner bewirken solle. Der den Arrest impetrierenden Partei liegt es vielmehr ob, den Impetraten in seinem gewöhnlichen foro hauptsächlich zu besprechen. Der §. 23 der badischen Prozeßordnung vom 31. December 1831 setzt fest, daß die Arrestanlegung den Gerichtsstand für die Hauptsache selbst begründe, a) wenn der Arrest auf Anrufen eines Inländers gegen einen Ausländer verhängt werde, und kein anderer Gerichtsstand im Inlande gegen ihn vorhanden sei, b) wenn der Arrest gegen einen flüchtigen Inländer verhängt worden sei, der keinen Wohnsitz habe (s. auch noch v. Pohnhorst, Jahrbücher des großherz. badischen Oberhofgerichtes, siebenter Jahrgang Mannheim 1833, S. 143 *ic.*).

Die Lehrer des gemeinen teutschen Prozesses pflegen vorzutragen, daß Gesandte und deren Gefolge in dem Staatsgebiete, worin sie accreditirt sind, vom Personal- und Realarrest während der Dauer der Gesandtschaft befreit seien und dieses auch von Staatsdienern insoweit gelte, als sie durch den Arrest in der Verwaltung ihres Amtes gehindert würden²⁷⁾. Die preussische Gesetzgebung rechnet zu den Personen, gegen welche kein Arrestgesuch gerichtet werden kann, namentlich regierende teutsche Fürsten oder abgetheilte Fürsten aus deren Häusern, sowie fremde, am preussischen Hofe accreditirte Gesandte und Geschäftsträger. Dem Personalarreste sind Civilstaatsbeamte nicht unterworfen, wenn sie sich auch demselben urkundlich unterworfen haben. Fürstenthal a. a. D. §. 209. S. 116. — Die österreichische Gesetzgebung entzieht die Staatsbeamten überhaupt dem Arreste. Füger a. a. D. S. 171. Das Prozeßrecht der freien Stadt Frankfurt befreit, mit einiger Beschränkung, von dem Arreste alle die gesandtschaftlichen Rechte genießenden Personen, nämlich die bei der Stadt oder dem Bundestage accreditirten Gesandten, das Gesandtschaftspersonal nebst Familie und Dienerschaft, Bender a. a. D. S. 263, 268²⁸⁾.

27) Fredericksdorf a. a. D. S. 189, Linde a. a. D. S. 490, 491, s. auch noch: Saalfeld, System des europäischen Völkerrechtes, Göttingen 1809. S. 54. §. 61.

28) Nach dem Zeugnisse dieses Schriftstellers sind außerdem vom Personalarreste frei: 1) alle Frankfurter Bürger, Bürgerinnen und Bürgerstöbne; 2) alle mit Eigenschaften angeessene Ausländer, alle Schauspieler und Musiker des Frankfurter Theaters; 3) alle in Folge einer amtlichen Mission nach Frankfurt kommenden Civil- und Militärbeamten, welche Letztere auch (mit einiger Beschränkung) von dem Realarreste frei sind.

Particulargesetze nehmen auch Objecte von der Befristung mit Arrest aus. Nach der preussischen Gesetzgebung sind derselben entzogene: Postpferde, Wagen und Geschirr, wenn auch gegen den Eigenthümer sonst Realarrest zulässig ist, Handwerkszeug der Arbeiter, Handwerker und Künstler oder die ihnen zur Verarbeitung gegebenen Materialien, die einem Gemeinschuldner von seinen Gläubigern bewilligte Competenz, Besoldungen und Pensionen der Beamten unter 400 Thälern, Lotterieloose und deren Gewinne u. s. w. Fürstenthäl a. a. D. §. 210. C. 116, 117.

Ueber die individuellen Vorschriften des Prozeßrechtes von 1) Bayern s. v. Wendt a. a. D.; 2) von Frankfurt Bender a. a. D. C. 268—271; 3) von Kurhessen Wagner a. a. D. §. 212; 4) von Mecklenburg v. Kamph, Handbuch des mecklenburgischen Civilprozesses, zweite Ausgabe, v. Nettelbladt, Berlin 1822, §. 142. Ueber Arrest als Mittel der Hilfsvollstreckung im Civilprozesse, s. Hilfsvollstreckung.

Bopp.

Arrha (griechisch ἀρραβών, deutsch Angeld, Aufgeld), heißt die Uebergabe einer Sache an einen Anderen zum Zeichen eines mit ihm abzuschließenden oder bereits abgeschlossenen Contractes. Gewöhnlich besteht sie in Gelde, oder in anderen Sachen von Werth, z. B. in Ringen ¹⁾. Bei den Römern war sie namentlich bei Kaufcontracten gewöhnlich ²⁾; auch kommt sie bei den Eheverlöbnißnissen vor ³⁾. Man theilt sie a) in arrha pacto perfecto data, auch confirmatoria genannt, d. h. eine arrha, welche zum Zeichen eines bereits abgeschlossenen Contractes gegeben wird. Der Zweck derselben ist dann einzig der, daß sie zum Beweise des abgeschlossenen Contractes diene ⁴⁾. Man sieht sie dann als einen Theil des Kaufpreises an, der nur das Eigenthümliche hat, daß er im Voraus bezahlt wird ⁵⁾. Auf die Gültigkeit oder Ungültigkeit des Hauptcontractes hat dann die arrha gar keinen Einfluß ⁶⁾; b) in arrha pacto imperfecto data, auch poenitentialis genannt (Neugeld), d. h. die arrha, welche zum Zeichen eines erst noch abzuschließenden Contractes gegeben wird ⁷⁾. Hier wird zwar der Geber der arrha nicht verpflichtet, den beabsichtigten Contract einzugehen ⁸⁾; allein er verliert jeden Anspruch auf die Rückgabe der arrha, wenn er sich weigert, den beabsichtigten Kauf zu vollziehen; und der Empfänger muß den Werth derselben doppelt herausgeben, wenn er von seiner Seite dem Contracte ein Hinderniß in den Weg legt ⁹⁾. Ähnliche

1) L. 11. §. 6. D. de actionibus emti et venditi. (19. 1.)

2) Pr. J. de emtione venditione. (3. 24.)

3) Vergl. Schrader zu Justinian's Institutionen C. 533.

4) Pr. J. 3. 24. L. 35. pr. D. de contrahenda emptione. (18. 1.)

5) L. 8. D. de lege commissoria. (18. 3.)

6) Pr. J. 3. 24. L. 35. pr. D. 18. 1.

7) L. 17. C. de fide instrumentorum. (4. 21.)

8) L. 17. C. 4. 21.

9) L. 17. C. 4. 21.

Grundsätze treten bei der *arrha pacto perfecto data* ein; nur mit dem Unterschiede, daß hier nicht von der Vollziehung eines Contractes, sondern von der Erfüllung der aus einem bereits abgeschlossenen Contracte entstehenden Verbindlichkeiten die Rede sein kann. Somit erklärt es sich von selbst, warum das *pactum arrhale* als ein Mittel angesehen worden ist, um den Geber derselben zur Erfüllung seiner Contractsverbindlichkeiten zu zwingen¹⁰⁾. Aus der Hingabe der *arrha* entstehen nur persönliche Verbindlichkeiten, weil man dieselbe als einen Vertrag ansieht (*pactum arrhale*)¹¹⁾. Mithin können die Klagen, die dem Geber auf Rückgabe der *arrha* zustehen, auch nur persönliche Klagen sein. Bei der *arrha pacto imperfecto data* läßt man gewöhnlich die *condictio sine causa* eintreten, wenn der unter den Parteien beabsichtigte Vertrag wirklich erfüllt worden ist¹²⁾; bei der *arrha pacto perfecto data* kann man zu gleichem Zwecke die Klagen brauchen, welche aus dem Hauptcontracte entstehen¹³⁾. Schon der Name *ἀρραβών* zeigt, daß die *arrha* ein Institut des *ius gentium* ist. Namentlich fand sie schon zeitig bei den Griechen im Kaufe Anwendung¹⁴⁾; ja man könnte versucht sein, die römisch-rechtlichen Grundsätze von der *arrha* ganz aus dem griechischen Rechte herzuleiten, da sie fast ganz mit einem bei Stobäus vorkommenden Gesetze des Charondas übereinstimmen.

Seimbach.

As ist ursprünglich eine römische Kupfermünze, deren Gehalt dem *librae pondus* gleich¹⁾. Seit dem zweiten punischen Kriege wurde ihr Gehalt durch ein *SC.* auf das Sechstheil des alten Gewichtes reducirt. Daher der Ausdruck *sextantarii asses* (siehe den Art. Geld). Die Theile des *as* sind *deunx* $\frac{1}{12}$, *dextans* $\frac{2}{3}$, *dodrans* $\frac{3}{4}$, *bes* $\frac{2}{3}$, *septunx* $\frac{7}{12}$, *semis* $\frac{1}{2}$, *quincunx* $\frac{5}{12}$, *triens* $\frac{1}{3}$, *quadrans* $\frac{1}{4}$, *sextans* $\frac{1}{6}$, *uncia* $\frac{1}{12}$ ²⁾. Die *uncia* zerfällt wieder in *semuncia* $\frac{1}{24}$, *sicilicus* $\frac{1}{48}$, *sextula* $\frac{1}{24}$, *dimidia sextula* $\frac{1}{48}$, *scriptulum* $\frac{1}{96}$ ³⁾. Außer diesen Eintheilungen gab es keine besonderen Namen für die Theile des *as*⁴⁾. Nur manche Rechner pflegten $\frac{1}{574}$ mit dem Namen *simplium* zu bezeichnen. Für das römische Recht ist die genaue Kenntniß des *as* und seiner Theile so wichtig, daß Cuias der Meinung war, die Rechtsbesessenen sollten das Werkchen des Volusius Maecianus *de asse* auswendig lernen, bevor sie zu den Institutionen übergingen. Nach der Eintheilung des *as* werden die Erbeinfügungen geregelt⁵⁾, der Zinsfuß bestimmt, und die *agri limitati* getheilt.

Seimbach.

10) L. 6. pr. D. 18. 3. L. 8. D. *ibid.*

11) L. 3. C. de actionibus emti. (4. 49.)

12) L. 11. §. 6. D. 19. 1.

13) L. 11. §. 6. D. 19. 1.

14) Stobaeus serm. 44. ed. Gaisf. tom. II. p. 177.

1) Varro de L. L. lib. V. vb. *as*, Festus de verborum significatione vb. *sextantarii asses*.

2) Volusii Maeciani distributio assis §. 15—26.

3) *Ibidem* §. 27—38.

4) *Ibid.* §. 39.

5) L. 13. §. 1. D. de haeredibus instituendis. (28. 5.)

Asylrecht (*ius asyli*)¹⁾ ist das Vorrecht kirchlicher Stätten, vermöge dessen der dorthin flüchtende Verbrecher der weltlichen Straf Gewalt entzogen und unter den Schutz der Kirche gestellt wird. Aus jüdischen²⁾ und heidnischen³⁾ Elementen zugleich hervorgegangen, erscheint das Asylrecht in den Verfügungen der Kaiser Theodos I., Honorius, Theodos II., Leo, Justinian als das Mittel, durch welches die Strenge des Schuldrechtes gemildert, der Slave vor der Härte des Herrn, der Unschuldige vor ungerechter Verfolgung geschützt wird. Eine andere Auffassung findet sich dagegen in der kirchlichen Gesetzgebung. Indem nämlich diese den Veruf der Kirche geltend machte, kraft dessen sie dem Sünder nicht Strafe und Tod bringen soll, sondern Buße und Veröhnung, verlieh sie auch dem schuldigen Verbrecher ihren Schutz, und stellte ihn vor der Strafe (nicht der Privatgenugthuung) durch die Bestimmung sicher, daß er nicht eher ausgeliefert werden dürfe, bis der verfolgende Richter ihm Freiheit von jeglicher Leibes- und Lebensstrafe eidlich gelobt habe⁴⁾. Eine ähnliche Verfügung enthält das Decret aus den fränkischen Capitularien⁵⁾, und diese ist fast wörtlich in die einschlagende neuere Gesetzgebung übergegangen⁷⁾. Spätere päpstliche Verfügungen haben das Asylrecht im Allgemeinen bestätigt, zugleich aber auch die Grenzen desselben bestimmt vorgezeichnet, indem sie gewissen Verbrechern die Intercession der Kirche versagten⁸⁾. Hierher gehören z. B. diejenigen, welche im Umfange der Kirchenfreiheit selbst einen Todtschlag begingen, die Räuber, Mörder, Keger, Verfälscher apostolischer Briefe u. A. Die bürgerliche Gesetzgebung ließ jedoch mit der fortschreitenden Entwicklung der Gerechtigkeitspflege zeitig

1) Vergl. über das Asylrecht überhaupt Van Espen de asylo templorum (iur. eccl. univ. tom. IV.), Riegger Instit. iur. can. Pars III. p. 619 sq. Berardi Comm. in ius eccl. univ. Ven. 1778. tom. IV. p. 83 sq. Pelsrecht, von den Asylen, Hof 1801 u. a.

2) Exod. 21. 13., Jos. 20. 2. sq., 2. Marc. 4. 83.

3) Liv. 1. 8., Tac. Annal. 3. 60., Serv. ad Aen. 8. 342., L. 2. D. de his qui sunt sui vel al. iur. (1. 6.) L. 1. §. 1. D. de off. P. U. (1. 12.) L. 17. §. 12. D. de aed. ad. (21. 1.) L. 5. D. de extr. crim. (47. 11.) L. 28. §. 7. D. de poen.

4) C. 1. Cod. Theod. de his qui ad eccl. (9. 45.) C. 2. Cod. Just. h. t. (1. 12.) C. 3. 4. 6. eod., Nov. 17. c. 7., Nov. 27. — Eine Darstellung dieser Gesetzgebung liefert Riffel, geschichtliche Darstellung des Verhältnisses zwischen Staat und Kirche, Mainz 1836. S. 250 flg.

5) C. 4. (Nicol. II.) c. 10. 11. (Gelas.) c. 19. (conc. Ilerd. 524.) c. 20. (conc. Trib. 895.) c. 35. (conc. Tol. XII. 681.) und insbesondere c. 36. (conc. Aurel. I. 511.) c. 17. qu. 4. Nach c. 22. erstreckt sich die Immunität auf einen Umkreis von 30 Schritten, nach c. 36. auch auf das Haus des Bischofes. Später ist dieselbe auch den Klöstern, frommen Anstalten und Kirchhöfen zugestanden worden.

6) C. 9. C. 17. qu. 4.

7) C. 6. X. de immun. eccl. (3. 49.) (A. 1200.) Anstatt der Worte: est alias legitime puniendus, lesen die Regesten (3. 5.): est alias legitime componendum.

8) Vergl. Riegger l. c. p. 634.

9) Vgl. z. B. über Frankreich Riegger l. c. p. 639. not.

schon weitere Beschränkungen eines Rechtes eintreten⁹⁾, das allerdings von hoher Bedeutung war, als es galt die Begriffe von Recht und Gewalt, Strafe und Rache zu sondern, und der rohen Willkür gegenüber die Gebote christlicher Liebe zum Schutze der Mithseligen und Beladenen geltend zu machen¹⁰⁾. Jetzt kann das Asylrecht nirgends in den teutschen Ländern mehr als practisch betrachtet werden (wenn schon der weltliche Richter jede Störung des Gottesdienstes bei Verfolgung des flüchtigen Verbrechers möglichst zu vermeiden verbunden ist)¹¹⁾, und einzelne Landesgesetzgebungen¹²⁾ haben sogar, um verjährten Anmaßungen im Voraus entgegenzutreten, dieß ausdrücklich ausgesprochen.

Richter.

Auditorium heißt in der Kunstsprache der römischen Juristen der Gerichtssaal einer Magistratsperson, z. B. des Prätor oder des praefectus praetorio¹⁾. Dieß deshalb, weil man audire vom Magistrate sagt, welcher den Vortrag der streitenden Parteien anhört. Daher der Ausdruck auditorium recipere, welcher von dem gebraucht wird, welcher sich verbindlich macht als arbiter eine streitige Sache zu entscheiden²⁾. — Auch dem Kaiser wird ein auditorium zugeschrieben, welches κατ' ἔξοχην sacrum auditorium³⁾ heißt, weil man Alles, was auf die Person des Kaisers Bezug hat, in den späteren Zeiten mit dem Beinamen sacer zu bezeichnen pflegte. Daß in demselben nur streitige Rechtsfachen verhandelt wurden, scheint aus den Quellenzeugnissen nicht undeutlich hervorzugehen⁴⁾; namentlich wird die Entscheidung der Appellationen als Gegenstand der Verhandlungen in demselben bezeichnet⁵⁾. Der Kaiser hatte, wenn er im auditorium Rechtsfachen entschied, die höchsten Staatsbeamten zu Weisigern⁶⁾; die Parteien erschienen in einer besonders förmlichen Kleidung⁷⁾; und die Verhandlungen wurden mit bestimmten, feierlichen Worten eingeleitet und beschlossen⁸⁾. Manche Rechtsgelehrte, wie z. B. Haubold⁹⁾ unterscheiden zwischen consistorium principis und sacrum auditorium. Unter jenem Ausdrucke verstehen sie den engeren Ausschuß des kaiserlichen Rathes, in welchem

10) Vgl. K a u m e r, Geschichte der Hohenstaufen, VI. 184.

11) Vgl. Eichhorn, St.-R. II. S. 802.

12) Z. B. kön. sächs. Mand. v. 19. Febr. 1827.

1) L. 5. D. de off. adessor. (1. 22.) L. 40. D. de rebus creditis. (12. 1.) Vergl. Curtius *ἐκαστῶν* lib. II. cap. 43. in thes. Ottonis tom. V. p. 182. und Haubold de consistorio principum Romanorum diss. I. cap. 1. §. 2. in opusc. ed. Wenck tom. I. p. 196.

2) L. 18. §. 1. u. 2. D. de minoribus XXV. annis. (4. 4.) L. 22. pr. D. ad SC. Trebellianum. (36. 1.) Vgl. Haubold a. a. D. S. 197.

3) Auch umgekehrt auditorium sacrum beim Scholiasten zu Julians Novellenauszug const. 17. c. 63.

4) Vgl. Haubold a. a. D. S. 235—237.

5) Symmach. epistol. VIII. 17.

6) L. 37. C. de appellationibus. (7. 62.) Nov. 23. cap. 2.

7) S. d. Scholiasten zu Julians Novellenauszug const. 17. c. 63.

8) Vgl. die zuletzt angeführte Stelle des Scholiasten.

9) X. a. D. Cap. III. §. 1. S. 280—282.

man nur Regierungsangelegenheiten und Verwaltungssachen verhandelt habe; unter diesem das große kaiserliche Gericht, in welchem nur Justizsachen, namentlich Appellationen verhandelt worden seien, und in dem auch die Mitglieder des Consistoriums als Beisitzer Theil genommen hätten. Diese Ansicht beruht indeß auf einer für die späteren Kaiserzeiten schwerlich zu behauptenden Trennung der Justiz- und Administrativsachen, und hat auch mehrere Quellenzeugnisse gegen sich, in denen der kaiserliche für die Entscheidung der Appellationen bestimmte Gerichtshof kurzweg *consistorium* genannt¹⁰⁾, und zur Abwechselung auch mit *auditorium* bezeichnet wird¹¹⁾. Richtiger scheint die Meinung Bethmann-Hollweg's¹²⁾ zu sein, welcher zwischen *auditorium* und *consistorium* nicht unterscheidet, und annimmt, daß mit beiden Ausdrücken dieselbe Sache bezeichnet worden sei. Freilich mit der Beschränkung, daß der Ausdruck *auditorium* dem kaiserlichen Rathe nur insofern beigelegt werden konnte, als in demselben streitige Rechtsfachen verhandelt wurden, — eine Beschränkung, welche schon durch den oben erläuterten Sprachgebrauch nothwendig wird.

Heimbach.

Aufgebot. Die fränkischen Capitularien enthalten zuerst die Bestimmung, daß vor der priesterlichen Einsegnung der Ehe eine öffentliche Erforschung der obwaltenden Ehehindernisse durch den Priester und die Gemeinde stattfinden solle¹⁾. Hieraus ist das sogenannte Aufgebot (*proclamatio s. denunciatio matrimonii, bannum nuptiale*), d. i. die Verkündigung der abzuschließenden Ehe vor versammelter Gemeinde, entstanden, welche nach den an die Grundsätze von der Vorladung im Civilprozeße sich anschließenden Rechtsquellen des 13. und 14. Jahrhunderts zu dreien Malen²⁾ geschehen sollte. Zum allgemeinen Erforderniß der Eheschließung auf der vierten allgemeinen Kirchenversammlung von Lateran (1215) erhoben³⁾, ist es erst durch

10) L. 37. C. 7. 62., Nov. Justin. 23. cap. 2.

11) Nov. 23. cap. 3. Vgl. Bethmann-Hollweg, Handbuch des Civilprozeßes Th. 1. S. 115—117.

12) A. a. O. S. 115—117.

1) Cap. Carol. M. Aquigr. (A. 802.) c. 35. bei Pertz Monum. Leg. I. 95. Cap. reg. fr. VII. 179.

2) Vergl. Const. syn. Odonis ep. Paris. c. 7. c. 11. conc. Lond. (A. 1200.) bei Mansi Concil. XXII. 679. 719. — Eine an den Bischof von Beauvais gerichtete Decretale Innocenz III. v. J. 1212. (c. 27. X. de spons. 4. 1. c. 6. qui matr. acc. 4. 18.), erwähnt das Aufgebot als Gewohnheit der franz. Kirche. (*bannis . . . in ecclesiis secundum consuetudinem ecclesiae Gallicanae editis*.)

3) C. 3. X. de cland. desp. (4. 3.) — Eine genaue Nachweisung über die Gestalt des ganzen Institutes im 13. Jahrh. geben die Praecepta des (1236 gewählten) Petrus de Collemedio Bischofes von Rouen bei Pommeraye Rotomag. eccl. concilia, Rotom. 1677. 4. p. 237. Nach wörtlicher Wiederholung des angeführten Canons der 4. Synode vom Lateran bestimmen sie: *Volumus autem et praecipimus, quod terminus praetaxatus tantum contineat temporis intervallum, quod in se habeat tres dies*

die Schlüsse der Synode von Trient⁴⁾ in der folgenden Weise geregelt worden. Nach ihnen soll 1) eine dreimalige Verkündigung der verabredeten Ehe durch den proprius contrahentium parochus stattfinden, mithin, wenn die Verlobten verschiedenen Parochieen angehören, durch die Pfarrer der einen und der anderen. Dasselbe tritt dann ein, wenn einer der Verlobten in verschiedenen Parochieen festen Wohnsitz hat, da sich die Parochieeigenschaft nach dem Domicil richtet. Verlobte ohne Domicil und also auch ohne Parochie, z. B. Wagnabunden, werden in der Regel gar nicht aufgeboden werden dürfen⁵⁾. 2) Die Proclamation soll: tribus continuis diebus festivis, also an drei (wiewohl nicht unmittelbar) auf einander folgenden Sonn- und Festtagen⁶⁾, und 3) in ecclesia inter missarum solemnia publice geschehen, während des Gottesdienstes (in der Regel nach der Predigt) unter vollständiger Bezeichnung der Namen der Verlobten, sowie jener der beiderseitigen Eltern. 4) Wenn gegründeter Verdacht obwaltet, daß die Ehe ohne genügende Ursache böswillig verhindert werden solle, kann von dem Ordinarius (d. i. dem Bischöfe, oder für diesen vom Generalvicar) entweder Dispens gegeben, oder gestattet werden, daß die Ehe in der kirchlichen Form abgeschlossen, und dann erst vor der Consumation das Aufgebot vollzogen werde. Diese Sätze (wiewohl mit Ausnahme der letzteren, nicht practisch gewordenen) bilden im Ganzen jetzt noch das in der katholischen Kirche geltende Recht, während die weitere Entwicklung überall auf besonderen Rechtsnormen beruht. Dieß ist z. B. der Fall mit der Bestimmung, wo das Aufgebot erfolgen müsse⁷⁾, wenn die Verlobten ihren Wohnort für immer oder nur um vorübergehender Zwecke willen wechseln; ferner, wie lange die Kraft des Aufgebotes dauere, oder m. a. W., ob und wenn dasselbe zu wiederholen sei, sobald die Ehe nicht sofort nach vollendeter Proclamation geschlossen wurde⁸⁾; endlich mit den Bedingungen

dominicos vel festivos competenter distantes, in quibus quasi tribus edictis perquirat sacerdos a populo sub poena excommunicationis de legitimatione sponsi et sponsae, qui debent conjungi; videlicet, utrum inter eos sit consanguinitas, affinitas, dispar cultus, publicae honestatis iustitia, votum solemne, coactio, error personae et error conditionis, minor aetas, delicti enormitas, compaternitas, quae tantum quinque excludit personas, compatrem et commatrem, filiolum et filiolum, fratrem et sororem spiritualem, et filium vel filiam sacerdotis, cum his, quos ipse baptizavit sacerdos.

4) Cap. 1. sess. XXIV. de ref. matr.

5) Cap. 7. ibid.

6) Observeanzmäßig hin und wieder auch an Wochentagen, an denen ein zahlreich besuchter Gottesdienst stattfindet, vergl. *Sta p f*, Pastoralunterricht über die Ehe, S. 12.

7) In Oesterreich findet z. B., wenn die Verlobten an Orte, wo die Trauung geschehen soll, noch nicht sechs Wochen wohnhaft sind, das Aufgebot in dem Pfarrsprengel statt, wo sie früher länger als sechs Wochen gewohnt haben. Allgem. bürg. Gesetzb. §. 72. *P e l f e r t*, geistl. Geschäftshandb., Prag 1837. S. 186.

8) Nach dem Rit. Rom. (Ed. Tarascon. 1820. p. 195): si vero infra duos menses post factas denunciations matrimonia non contrahatur, de-

und Formen des Aufgebotes gemischter Ehen, von denen in einem besonderen Artikel im Zusammenhange zu handeln sein wird. Zuletzt hat auch die Bestimmung über das Dispensrecht häufig unter dem Einflusse der geltend gewordenen Grundansichten von der Natur der Ehe nicht selten manche Aenderung erlitten; und namentlich ist da, wo das bürgerliche Element der Ehe mehr in den Vordergrund getreten, das Dispensrecht auf die weltlichen Behörden übertragen worden, wie dieß z. B. in Oesterreich⁹⁾ geschehen ist. Dagegen sind als gemeinsame noch die folgenden Sätze hervorzuheben: a) die Unterlassung des Aufgebotes bewirkt an und für sich, und sobald nicht ein trennendes Hinderniß später hervortritt, nicht die Ungiltigkeit der Ehe¹⁰⁾, vielmehr tritt nur angemessene Bestrafung des Pfarrers (dreijährige Suspension nach dem gemeinen Rechte) und der Verlobten ein, in welcher letzteren Beziehung an die Stelle der von der Synode vom Lateran angedrohten Bußen jetzt nicht selten eine Geldstrafe zu treten pflegt. b) Nach geschehenem Aufgebote und vollzogener Trauung gehen alle solche Einsprüche verloren, in denen Jemand ein von ihm durch früheres Verlöbniß erworbenes Recht geltend zu machen berechtigt gewesen wäre. c) Der Geistliche, welcher von der Existenz eines Ehehindernisses im Reichsstuhle oder sonst auf zuverlässigem Wege Kunde erlangt hat, darf vor der Erledigung überhaupt nicht zum Aufgebote verschreiten. d) Vor Ertheilung der Dispens ist von der Behörde sorgfältige Untersuchung zu veranstalten, und da, wo diese nicht genügende Sicherheit gewährt, von den Verlobten der Integritäts Eid (*iuramentum integritatis s. de statu libero*) zu fordern¹¹⁾.

Die Gesetzgebungen evangelischer¹²⁾ Länder stimmen im Allgemeinen mit den vorstehenden Sätzen, so weit sie den Ort und die Zeit

nunciaciones repetantur, nisi aliter episcopo videatur. — In Oesterreich ist das Aufgebot zu wiederholen, wenn sechs Monate von der letzten Verkündigung an verstrichen sind. Allg. bürg. Gesetzb. §. 73, und Helfert a. a. D.; in Preußen nach Ablauf von 6 Wochen, nach Verordn. v. 14. Febr. 1804. Borch, Handbuch über die kirchliche — Gesetzgebung, Königsb. 1831. S. 423.

9) Nach Hofdecr. v. 5. Juli 1783, 25. Nov. 1786, und Helfert a. a. D. S. 137, ist die Dispens in der Hauptstadt bei der Landesstelle, auf dem Lande bei dem betr. Kreisamte zu suchen.

10) Nach dem in Oesterr. allg. b. G. §. 69, ist das Aufgebot zur Gültigkeit der Ehe unbedingt erforderlich; doch macht ein in der Form oder Zahl der Aufgebote untergelaufener Mangel die Ehe nicht ungiltig, §. 74.

11) Die Form dieses überall üblichen (im gemeinen Rechte nicht vorgeschriebenen) Eides nach Oesterr. K.-K. bei Helfert a. a. D. S. 184.

12) Vergl. für Preußen allg. L.-R. II. 1. 138. flg. Borch a. a. D. S. 419, und Fürstenthal, Sammlung aller das Kirchen- und Schutwesens betr. Gesetze, Coeslin 1838. s. v. Aufgebot. — Für Bayern, Würtemberg, Baden die bei Müller, Lexikon des K.-K. s. v. Aufgebot angeführten Gesetze. — Für das K.-K. Sachsen: Weber, system. Darstell. 11. 1. 178 flg.

des Aufgebotes, sowie die Folgen der unterlassenen Proclamation¹³⁾, den Verlust der Einsprüche, die Unterlassung des Aufgebotes bei bereits zur Kenntniß des Pfarrers gekommenen Ehehindernissen, endlich den Integritätseid betreffen, vollkommen überein. Das Dispensrecht¹⁴⁾ wird nach Einigen von den Consistorien, nach Anderen von den unmittelbar mit Verwaltung der sogenannten iura reservata beauftragten Stellen, nach Anderen endlich da, wo sämmtliche Proclamationen erlassen werden sollen, von dem Regenten selbst ausgeübt. Richter.

Aufruhr, Aufstand, Auflauf (seditio, tumultus, turba), **Widerseßlichkeit** gegen die Obrigkeit, **Unbotmäßigkeit**. Der bloße Ungehorsam gegen befugt gegebene obrigkeitliche Befehle (Unbotmäßigkeit) ist genau zu unterscheiden von der Widerseßlichkeit gegen die Obrigkeit und von dem höheren Grade derselben, dem Aufruhr. Die bloße Nichtbefolgung obrigkeitlicher Verfügungen zieht nur Ordnungsstrafen nach sich, welche die betreffende Behörde innerhalb der zur Aufrechthaltung ihres amtlichen Ansehens und zur Wahrung ihrer amtlichen Wirksamkeit ihr eingeräumten besonderen Strafcompetenz erkennen kann, und die gewöhnlich in Geldbuße oder geringer Gefängnißstrafe bestehen¹⁾. Eine Ausnahme macht die Unbotmäßigkeit in Dienstverhältnissen überhaupt, welche mit Zurücksetzung, Suspension oder Entlassung bestraft werden kann, und insbesondere die Unbotmäßigkeit in militärischen Dienstverhältnissen, die Insubordination, welche schon das gemeine Recht wegen der großen Gefahr, die sie für die ganze militärische Zucht und Ordnung erzeugen muß, als ein besonderes schwer verpöntes Verbrechen hervorhebt. Namentlich bestraft das römische Recht Insubordination gegen die höheren militärischen Vorgesetzten, besonders wenn sie während des Krieges begangen wurde, in der Regel mit dem Tode²⁾, und die teutschen particulären militärischen Strafgesetze zeichnen auch mit Recht dieses Verbrechen durch besondere schwere Strafen aus.

Zu den schwereren gemeinen Verbrechen dagegen gehört die Widerseßlichkeit gegen die Obrigkeit (sogenannte *resistentia quae fit magistratui*). Dieselbe besteht in der Verübung einer Gewaltthät-

13) Nach dem pr. allg. L.-R. a. a. D. §. 156 fällt jedoch die Strafe hinweg, wenn z. B. wegen plötzlicher Todesgefahr das Aufgebot nicht bewirkt werden konnte.

14) In Preußen ertheilen z. B. die Dispens vom dritten Aufgebote die Regierungen, vom zweiten und dritten das geistl. Ministerium (resp. die Oberpräsidenten), vom Aufgebote überhaupt der König. — Hin und wieder hat sich auch die Befreiung vom Aufgebote als Vorrecht des alten (landtagsfähigen) Adels erhalten, wie z. B. im Königr. Sachsen (vgl. z. B. Mandat v. 19. Febr. 1827. §. 46. bei Droste-Hülshoff, Grundf. des R.-R. Bd. I. Anh. XI).

1) L. un. D. si quis ius dicenti. (2. 3.) Groiman, Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft §. 355.

2) L. 3. §. 15. L. 6. §. 2. D. de re milit. (49. 16.) Feuerbach, Lehrb. des peinl. Rechtes §. 490.

tigkeit, sei es durch Anwendung körperlicher Kräfte, oder durch Bedrohung mit solcher, gegen die Obrigkeit, um sie zu einem Thun, Dulden oder Unterlassen in amtlichen Verhältnissen zu zwingen.

Diese Widerseßlichkeit bildet nach gemeinem Rechte einen Fall des *crimen vis publicae* (s. d. Art. *crimen vis*), und ist daher ganz nach den bei der *vis publicae* geltenden Grundsätzen zu bestrafen. Die meisten teutschen Particularrechte aber heben sie als ein eigenthümliches Verbrechen besonders heraus. Die Strafe des *crimen vis publicae* und somit auch die gemeinrechtliche Strafe der Widerseßlichkeit gegen die Obrigkeit ist nach der teutschen Praxis (s. d. Art. über *crimen vis*) eine dem Ermessen des Richters überlassene. Ein eigenthümlicher Strafminderungsgrund bei der Anwendung der Strafe des *crimen vis* auf die Widerseßlichkeit gegen die Obrigkeit ist es, wenn die obrigkeitliche Behörde selbst durch unangemessenes Benehmen zu Widerseßlichkeit Veranlassung gab. Wenn übrigens die Obrigkeit nach klaren Gesetzen ihre Befugnisse offenbar überschreitet und nicht bloß materiell, sondern auch formell unbefugt handelt, und derjenige, gegen den sie auf diese Weise einschreiten will, durch den Schutz einer höheren Behörde die Gewalt nicht von sich abwenden kann, so ist bei ihm das Recht zur Nothwehr begründet, und er begeht dann, wenn er nur die Grenzen der Nothwehr gehörig einhält, durch gewaltsamen Widerstand kein Verbrechen³⁾. Die Widerseßlichkeit gegen die Obrigkeit wird besonders gefährlich für die öffentliche Ordnung, Ruhe und Sicherheit und für das nöthige ungetrübte Ansehen der obrigkeitlichen Gewalt, wenn sie von einer zu diesem Zwecke zusammengerotteten Menge ausgeht, welcher die Obrigkeit durch die ihr zu Gebote stehenden ordentlichen Zwangskräfte gehörigen Widerstand entgegenzusetzen nicht im Stande ist. Diesen Fall zeichnen daher auch die meisten teutschen Particularrechte, und zeichnet schon das gemeine Recht unter dem Namen *Aufsühr* oder *Aufstand* als ein besonders strafbares Verbrechen aus⁴⁾.

Was das gemeine Recht betrifft, so muß man hier das römische Recht unterscheiden von dem teutschen.

I. Das römische Recht erwähnt der *seditio*, des *tumultus* und der *tumultuosi et seditiosi clamores* theils als Fälle des *crimen majestatis*, theils als Fälle des *crimen vis*, theils als besondere Verbrechen⁵⁾. Es äußert sich aber sehr ungenau und

3) L. 20. D. de iurisd. (2. 1.) L. 5. C. de iure fisci. (10. 1.) Grolman a. a. D. §. 358. Neues Archiv des Criminalrechtes, Bb. III. S. 283 fg. Jarcke, des Strafrechtes, Bb. 2. S. 209 fg. Martin, Lehrb. des Criminalr. 2. Aufl. §. 239 a. G., und vorzüglich Rob. Mohl, das Staatsrecht des Königreiches Württemberg, Bb. I. S. 280—285, 291 fg.

4) C. Penks, Beiträge zur Lehre vom Verbrechen des Aufsührs, im neuen Archive des Criminalr. Bb. II. S. 541—567. C. G. Wächter, Begriff und Thatbestand des Verbrechens des Aufsührs nach gemeinem Rechte; ebendasselbst, neue Folge, Jahrg. 1835. S. 469—492, die frühere Literatur s. in Wächters Lehrbuch des Strafrechtes Bb. II. S. 65, 66.

5) Die Quellenstellen sind angeführt bei Penke a. a. D. S. 548 fg., und in Wächters Lehrbuch S. 68—70.

unbestimmt über die hieher gehörigen verbrecherischen Handlungen. Das Wahrscheinlichste ist, daß es unter *sedition* nicht bloß beabsichtigte Gewaltthätigkeiten gegen die Obrigkeit durch Zusammenrottung einer Menschenmenge, sei es zu hochverrätherischem Zwecke oder um sonst in einer amtlichen Beziehung die Obrigkeit zu Etwas zu zwingen, sondern auch — wie auch unter *tumultus* — andere Störungen der öffentlichen Ruhe und Ordnung durch Zusammenrottung der Bürger zum Zwecke gegen einander zu verübender Gewaltthaten versteht⁶⁾. Die Strafe war nach der Verschiedenheit der Fälle eine verschiedene; bei hochverrätherischem Aufruhr die Strafe des *crimen majestatis*, bei anderen beabsichtigten Gewaltthätigkeiten die Strafe des *crimen vis*. Besonders aber spricht noch das römische Recht von der Strafe der *Anstifter* einer *sedition* oder eines *tumultus*, und bestimmt für diese ganz allgemeine als Strafe jedenfalls, wenn sie zu den höchsten Rangclassen gehören, Deportation (die Strafe der *vis publica*), in anderen Fällen qualificirte Todesstrafe (L. 38. §. 2. D. de poen. (48. 19.)) Außerdem setzt noch das römische Recht in einigen, höchst unbestimmt sich äussernden, Verordnungen für *tumultuosi clamores*, *turbulentae acclamationes* et *conclamationes* u. dgl. verschiedene Strafen fest L. 2. C. de *seditionis* (9. 30.) L. 5. C. de *his qui ad eccles.* (1. 12.) L. 28. §. 3. D. de *poenis*. (48. 19.)

Die *turba* dagegen bezeichnete an sich gar nicht ein Verbrechen, sondern bloß ein öffentliches ungeordnetes Zusammenlaufen einer Menge (man könnte sie am besten durch *Auflauf* übersetzen). Keineswegs gehörte aber, wie Manche glauben, zur *turba*, daß die Zusammenlaufenden den Zweck hatten, gemeinschaftlich Ungebührnisse zu verüben, indem auch, wenn aus ganz zufälligen Veranlassungen eine Menschenmenge sich auf der Straße zusammenrottet, eine *turba* vorhanden ist⁷⁾.

Zu einer solchen *turba* forderte man, daß wenigstens 10 — 15 Menschen zusammengelaufen seien⁸⁾, und die *turba* selbst hatte strafrechtlich zunächst bloß die Beziehung, daß wenn Jemand eine solche *turba* benutzte, um in der dadurch entstandenen Verwirrung Anderen Schaden zuzufügen, dieser Umstand bei dem Vergehen, das er verübte, als straf erhöhendes Moment in Betracht kam⁹⁾.

II. Die teutschen Quellen des gemeinen Rechtes, welche von dem Verbrechen des Aufruhrs oder der Empörung oder des Aufstandes (Ausdrücke, die sie als gleichbedeutend nehmen) handeln, sind besonders die Reichsabschiede von Augsburg vom J. 1526

6) Vergl. Henke a. a. D. S. 648 flg. Wächters Lehrbuch Bd. 2. S. 69. Heffter, Lehrb. des Criminalrechtes S. 218. Note 2. S. 343. ferner Jul. Weiske, Hochverrath und Majestätsverbrechen, das *cr. majestatis* der Römer, Leipzig 1836. S. 102 flg.

7) L. 4. §. 1—6. D. de *vi bonorum rapt.* (48. 8.)

8) Die L. 4. §. 3. D. l. c. fordert zur *turba*: *decem aut quindecim homines*, weil die *turba* sei *multitudinis hominum turbatio et coetus*.

9) L. 4. §. 6. u. 7. §. 13. 14. D. eod.

§. 4, und vom J. 1530 §. 70, der von Speyer vom J. 1526 §. 1, 8, der Reichsßchlusß vom 14. September 1731 §. 5, und besonders die peinliche Gerichtsordnung Carls V. Art. 127. Aus diesen Quellen ergibt sich, daß nach ihnen Aufuhr, Empörung oder Aufstand eine, sei es in hochverrätherischer oder in anderer widerrechtlicher Absicht, von einer zu diesem Zwecke öffentlich zusammengeworrteten Menge gegen die Obrigkeit als solche verübte Gewaltthätigkeit ist. Schließen wir von diesem Aufuhre den Fall aus, in welchem die Gewaltthätigkeit mit hochverrätherischer Absicht begangen wird, indem das Nähere über denselben beim Hochverrathe vorkommen muß¹⁰⁾, so gehört zum Thatbestande des Verbrechens des nicht hochverrätherischen Aufuhres Folgendes.

1) Es ist zum Aufuhre erforderlich eine öffentliche Vereinigung oder Zusammenrottung einer Menge von Unterthanen¹¹⁾: Gewöhnlich verlangt man wenigstens 10 (erwachsene) Personen, und dieß läßt sich insofern rechtfertigen, als das römische Recht zu einer *multitudo hominum* zum wenigsten 10 Personen fordert (s. oben Note 8). Werden daher die nachstehend angegebenen Handlungen von weniger als zehn Personen verübt, so ist die That kein Aufuhr, sondern einfache Widersetzlichkeit gegen die Obrigkeit. Dagegen darf man aus jener Bestimmung des römischen Rechtes keineswegs herleiten, daß immer schon bei einer Vereinigung von wenigstens 10 Personen Aufuhr vorhanden sei. Denn es können z. B. wie v. Kamß richtig bemerkt, zehn Menschen nicht in einer mit mehreren hunderttausend Menschen bevölkerten Stadt, wohl aber in einem kleinen Dorfe einen Aufuhr erregen, und es kommt hier eben darauf an, ob die aus der Zahl der zusammengeworrteten Menschen sich ergebende Kraft und Gewalt so groß ist, daß die der Obrigkeit zu Gebote stehenden ordentlichen Zwangskräfte nicht hinreichenden Widerstand zu leisten vermögen¹²⁾.

2) Die versammelte Menge muß die Absicht haben in öffentlicher Vereinigung Zwang gegen die Obrigkeit als solche auszuüben¹³⁾. Gleichgiltig ist es, ob die Gewalt zunächst gegen den Lan-

10) Es ist übrigens unter den Criminalisten bestritten, ob die teutschen gemeinrechtlichen Quellen und namentlich die Carolina unter dem Aufuhre auch den Fall begreifen, wenn die zusammengeworrtete Menge in hochverrätherischer Absicht Gewaltthätigkeit gegen die Obrigkeit verübte. Näheres hierüber siehe im neuen Archive des Criminalrechtes Jahrg. 1835. S. 476, 477, und bei den dort Angeführten.

11) Die Beweise siehe im neuen Archive des Criminalrechtes im Jahrg. 1835. S. 474 fg., ferner bei Henke, Handb. Bd. III. S. 224. Jarcke, Handb. Bd. II. S. 191.

12) So bestimmen die Frage die Motive zum bayerischen Entwurfe eines Strafgesetzbuch vom J. 1827. S. 104, die Natur der Sache ist ganz hierfür, und da die Carolina im Allgemeinen bloß von Aufuhr des Volkes spricht, so haben wir die nähere Bestimmung aus der Natur der vorliegenden Verhältnisse zu schöpfen.

13) Dieß verlangt die Carolina ausdrücklich, und weicht dadurch wesentlich von dem ab, was die Römer unter *seditio* verstanden. Es ist daher

besherrn (jedoch nicht in majestätsverbrecherischer Absicht), oder gegen höhere oder niedrigere Beamte oder von den Beamten abgeordnete Diener gerichtet ist. Nur muß sie der Obrigkeit als solche, somit die öffentlichen und amtlichen Functionen derselben betreffen, und es bestehen daher die äußeren Handlungen, durch welche Aufruhr begangen werden kann, darin, daß entweder der Obrigkeit in der Ausführung ihrer Befehle Widerstand geleistet, oder sie gezwungen wird oder werden soll, eine Unordnung zu erlassen oder zurückzunehmen, oder einer gegen sie gerichteten Gewalt irgend Etwas in ihrer Eigenschaft als Obrigkeit zuzugeben, oder durch welche sie überhaupt in irgend einem Zweige ihrer obrigkeitlichen Thätigkeit zur Nachgibigkeit gegen die Forderungen der vereinten Menge genöthigt wird oder werden soll¹⁴⁾.

3) Was die Vollendung des Verbrechens des Aufruhrs betrifft, so nehmen beinahe alle Criminalisten an (und die gleiche Ansicht ging auch in die meisten neuen Strafgesetze über), daß der Aufruhr schon dann consumirt sei, sobald die zusammengerottete Menge ihre aufrührerische Absicht auf eine unzweideutige Weise, sei es auch nur durch Geschrei u. dgl., an den Tag gelegt hat. Allein es läßt sich dieß nach gemeinem Rechte nicht begründen. Der Aufruhr ist ein (ausgezeichneter) Fall des Verbrechens der Gewaltthätigkeit. Das Verbrechen der Gewaltthätigkeit ist aber erst dann consumirt, wenn für den Bedrohten ein Zustand des Zwanges aus der Handlung des Thäters eingetreten, jener also zu einem Thun, Dulden oder Unterlassen wirklich gezwungen worden ist, sollte auch gerade der Erfolg nicht erreicht worden sein, den der Verbrecher als Endzweck sich vorgesetzt hatte. Dasselbe muß man daher auch zur Consumation des Verbrechens des Aufruhrs fordern, und es ist somit dieses Verbrechen erst dann nach gemeinem Rechte consumirt, wenn durch die Handlung der Menge für die Obrigkeit ein Zustand des Zwanges, sei es auch nur vorübergehend, eingetreten ist, wenn also entweder:

kein Aufruhr, wenn eine große Menge sich zusammenschließt, nicht um gegen die Obrigkeit einen Zwang auszuüben, sondern um Privatpersonen Gewalt anzuthun, fremdes Eigenthum zu zerstören und dergl., sollte sie gleich in einer Stimmung sein, bei welcher sie, falls die Obrigkeit zum Schutze des Bedrohten einschreiten würde, sich zum Widerstande gegen dieselbe verleiten lassen könnte. Hiermit, daß die That direct gegen die Obrigkeit gerichtet sein müsse, wenn sie Aufruhr sein soll, stimmen mit Recht auch die meisten neuesten Particulargesetze und Gesekentwürfe überein. Nur das sächsische (in einem Mandate vom 18. Jan. 1791 und auch der neueste sächsische Entwurf eines Criminalgesetzbuches vom J. 1836 Art. 110) weicht hiervon auf eine, legislativ nicht zu billigende, Weise ab.

14) Den näheren Beweis hiervon und die genauere Erläuterung der Fälle, in welchen Aufruhr vorhanden und nicht vorhanden ist, siehe in der angeführten Abhandlung von Wächter im neuen Archiv d. Cr.-R. Jahrg. 1835. S. 475—486. Ueber aufrührerische Schriften s. bes. Stüve, über Aufruhr und aufrühr. Schriften, Braunsch. 1795. S. 43—95. Penke im neuen Arch. d. Cr.-R. Bd. II. S. 361—367.

a) die Menge wirkliche physische Gewalt gegen obrigkeitliche Organe verübte; oder wenn

b) sie die Obrigkeit durch Drohungen zu einer Handlung oder Unterlassung genöthigt hat, z. B. durch Drohungen einen Beamten so einschüchtert, daß er für den Augenblick von der Ausführung eines Befehles absteht, oder sich vom Platze entfernen muß; oder

c) wenn die Menge die Obrigkeit direct bedroht, und in ihrer Widersetzung gegen die ihr nun zugelommenen Befehle der Obrigkeit beharrt, z. B. auf die Aufforderung, auseinander zu gehen, nicht auseinander geht, sondern auf ihrem Beginnen beharrt. Denn dadurch ist die Obrigkeit schon zu einem Dulden gezwungen worden, wenn es gleich ihr nachher gelingen sollte, die Menge zu zerstreuen. Es ist daher der Aufruhr noch nicht vollendet, wenn die Menge ihre Absicht des Widerstandes, sei es durch Geschrei u. dgl. oder durch noch so gefährliche Drohungen erst zu erkennen gegeben hat. Schreitet nun die Obrigkeit ein, und geht auf ihre Befehle die Menge auseinander, so kann blos die Strafe des Versuches eintreten, und wartet die Menge nicht einmal das Einschreiten und die Befehle der Obrigkeit ab, sondern steht freiwillig von jenem ihrem Beginnen wieder ab, so müßte — ein Punct, wegen dessen die Frage über die Consumation von besonderer Wichtigkeit ist — wegen freiwilligen Zurücktretens vom Versuche Strafflosigkeit eintreten, falls nicht die Handlung ein anderes consumirtes Vergehen, z. B. Injurien gegen die Obrigkeit, polizeiwidrige Störung der öffentlichen Ruhe u., enthält¹⁵⁾. Was die Strafe des Aufruhrs betrifft, so spricht die Carolina blos von der Strafe der Anstifter, und setzt für diese eine blos relativ bestimmte Strafe fest, die von Justipation und Landes- oder Ortsverweisung solle steigen können bis zur Schwertstrafe. Von der Strafe der übrigen Theilnehmer aber sprechen andere Reichsgesetze; namentlich setzt der Reichsschluß vom 1751 §. 5 fest, daß sie mit Gefängniß, Zuchthaus, Festung oder Galeeren, auch nach Beschaffenheit der Umstände und hochgetriebener Reue und wirklich verursachten Schadens, am Leben gestraft werden sollen. Die deutsche Praxis behandelt die Strafe durchaus als arbiträr, und nimmt bei der Ausmessung derselben besonders Rücksicht auf die größere oder geringere Thätigkeit des Einzelnen, auf die Gefährlichkeit des Aufruhrs, auf den Grad der zugesügten Gewalt, darauf, ob die Einzelnen im Affecte, in Trunkenheit oder durch ein ungebührliches Betragen der Obrigkeit sich zum Aufruhr hinreißen ließen. Auf Todesstrafe wird beim bloßen Aufruhr (wenn also nicht ein todeswürdiges

15) Näheres hierüber s. in der eben angeführten Abhandlung im neuen Arch. des Cr.-R. neue Folge, Jahrg. 1835. S. 486 flg. Ein überhaupt und auch aus politischen Gründen am meisten sich empfehlendes Mittel, die Consumation des Aufruhrs vom Versuche desselben scharf abzugrenzen, würde darin bestehen, das Verlesen einer kurzen Aufruhraete so einzuführen, daß sobald ein obrigkeitlicher Diener die Acte verlesen hätte und nun die Menge nicht auseinander ginge, oder sobald ihn die Menge am Verlesen der Acte absichtlich hinderte, der Aufruhr für vollendet angenommen würde.

Verbrechen mit demselben concurrirt) nach gemeinem Rechte wohl nie mehr erkannt.

Noch ist darauf aufmerksam zu machen, daß manche Criminalisten einzelne Fälle des Verbrechens des Aufruhrs unter verschiedenen Namen unterscheiden, und so von Aufruhr im weiteren und im engeren Sinne, von Tumult im weiteren und engeren Sinne, und von Aufstand als verschiedene Gattungen und Arten des Verbrechens sprechen. Allein dieß sind ganz willkürliche, von den Quellen des gemeinen Rechtes nicht unterstützte Unterscheidungen. C. G. Wächter.

Aureus, seit Constantins Zeiten auch solidus genannt, heißt die gewöhnliche, unter den römischen Kaisern cursirende Goldmünze. Der Name solidus ist aus dem Ausdrücke solidus aureus entstanden ¹⁾. Seit den Zeiten der christlichen Kaiser gingen 72 solidi auf das Pfund Gold (libra auri) ²⁾, während früherhin nur 40 bis 45 darauf gerechnet werden konnten ³⁾. Der heutige Gerichtsbrauch setzt ihnen die Ducaten am Werthe gleich, und versteht mithin die Verordnungen des römischen Rechtes, welche eine bestimmte Anzahl solidi betreffen, so, als ob eine derselben gleichkommende Anzahl von Ducaten gemeint sei. Nach einer richtigeren Berechnung indessen möchte der römische aureus des Constantinischen und Justinianischen Zeitalters am Werthe $1\frac{35}{100}$ der ungarischen Ducaten ⁴⁾ entsprechen. Heimbach.

Auspielen *) nennt man das Spiel mehrerer um eine und dieselbe individuelle Sache, woran jeder Spieler Anspruch hat, und jeder seinen Rechten zum Vortheile der übrigen zu entsagen verspricht, sobald die Bedingung des Spieles gegen ihn verneinend ausfallen würde, ohne daß eine ähnliche Sache oder Quantität dagegen versprochen wird.

Das Auspielgeschäft beruht auf einem Spielvertrage, und hiezu muß über zwei Dinge Bestimmung getroffen werden. Es muß nämlich 1) die Bedingung festgesetzt werden, auf welcher der Sieg beruhen soll, und 2) ist darin die Sache genau zu bezeichnen, deren Erwerbung für den Sieger von dem Eintritte der festgesetzten Bedingung abhängig sein soll. In erster Beziehung kann jedes Spiel gewählt werden; die Spielenden können bestimmen, daß Würfel oder Karten, oder auch ein Kunstspiel z. B. Kegelspiel, Billardspiel, das Schießen nach der Scheibe zc. den Sieg entschieden soll. Der glücklichste Wurf, der beste Schuß zc. gewährt den Sieg. In Rücksicht auf die Sache ist wieder zu unterscheiden:

1) Appal. metam. lib. IX. p. 178. Lamprid. Alexandr. cap. 39.

2) L. 5. C. de susceptoribus. (10. 70.)

3) Vgl. Eckell, Doctrina nummorum tom. V. p. 28. und tom. VIII. p. 516.

4) Vergl. Schrader zu Justinians Instit. S. 122.

*) Karl Grolman, Versuch einer Entwicklung der rechtlichen Natur des Auspielgeschäftes, Gießen 1797. Joh. Christ. Lange, die Rechtslehre von dem Auspielgeschäft, Erlangen 1818.

I. ob die Sache, die ausgespielt werden soll, den Spielenden gemeinschaftlich gehörte, oder ob

II. dieß nicht der Fall war.

Ad. I. In diesem Falle geht dem wirklichen Ausspielen nichts vorher, als der Spielvertrag. In diesem Vertrage verspricht jeder einzelne Theilhaber, seine Rechte auf die Sache, falls er besiegt werden sollte, abzutreten, und zwar an diejenigen, gegen welche die festgesetzte Bedingung noch nicht verneinend entschieden hat. Der abgetretene Besiegte hat keine Rechte mehr auf die Sache, und es bleibt der noch übrigen Gesellschaft überlassen, was sie mit der Sache machen will. Der Besiegte kann weder verlangen, daß die Uebrigen das Spiel fortsetzen, noch kann er es hindern, wenn sie in Gemeinschaft bleiben, oder die Sache theilen wollen. Von diesen übrigen Gesellschaftsgliedern hat keiner größere oder mehrere Rechte, als der andere. Sie behalten also auch, wenn sie die Gemeinschaft fortsetzen, gleiche Theile und bekommen gleiche Antheile, wenn sie die Theilung vornehmen. Selbst ein Zufall, welcher, nach dem Abtritte des Besiegten, den Fortgang des Spieles hindern könnte, würde seine Rechte nicht wieder ausleben machen, ihn nicht wieder in die Gesellschaft zurückführen.

Ad. II. Hier sind wieder zwei Fälle möglich, entweder

a) die Sache war bisher in dem alleinigen Eigenthume eines Dritten, d. h. eines solchen, der keinen Antheil am Spiele nimmt, oder

b) derjenige, welcher die Sache ausspielen läßt, nimmt selbst Antheil am Spiele.

In dem Falle unter a) muß man zwei ganz verschiedene Geschäfte von einander unterscheiden.

1) Ein vorbereitendes, wodurch die Sache erst an die Spielenden kommt, und in ein solches Verhältniß gegen sie gebracht wird, daß sie darum spielen können. Dieses vorbereitende Geschäft hat also zur Absicht, der zum Ausspielen vereinigten Gesellschaft die Sache entweder wirklich zu erwerben, oder ihr doch einen Rechtstitel zur Erwerbung zu verschaffen. Was dieses Geschäft für ein Vertrag sei, hängt von den Umständen ab. Es kann eine Schenkung, oder ein benannter oder unbenannter Contract sein. Gewöhnlich ist es ein Kaufcontract, d. i. man gibt Einsatz. Der Einsatz aller Spieler ist der Kauffchilling. Von diesem präparatorischen Geschäfte ist

2) das eigentliche Spielgeschäft ganz unabhängig, welches auch hier auf dem schon erwähnten Spielvertrage beruht.

Hierbei ist noch zu gedenken, daß die Gültigkeit des ersten Geschäftes durchaus nicht abhängig ist von dem Ausgange des zweiten. Die Sache muß den Spielern übergeben werden, sobald der Einsatz erlegt ist, und sobald die Theilnehmer mit dem, welcher die Sache ausspielen will, über den Einsatz sich vereinigt haben, ist der Contract vollkommen. Von diesem letzteren Augenblicke an geht auch die Gefahr der Sache auf die Käufer über, und sie sind, wenn gleich die Sache noch vor dem Ausspielen durch Zufall zu Grunde geht, dennoch den

Einsatz zu entrichten verpflichtet. Der Verkäufer muß aber auch vom Abschluß des Kaufes an für culpa levis haften, wenn die Sache durch seine Unthätigkeit deteriorirt wird.

Nimmt b) derjenige, welcher die Sache ausspielen läßt, selbst Antheil am Spiele, so finden ganz dieselben Verhältnisse statt, wie in dem Falle unter a) und es kommen daher dieselben Grundsätze zur Anwendung. Auch hier kommen zwei Geschäfte vor: das präparatorische und das wirkliche Ausspielgeschäft. Nur darin ist ein Unterschied, daß der ursprüngliche Inhaber der Sache auch am Ausspielgeschäfte Theil nimmt, und es ihm daher nicht, wie im ersten Falle, gleichgiltig sein kann, was die Spieler mit der Sache vornehmen. S.

Austräge, Austrägalinstanz oder Gericht (austraegae, instantia austraegalis)¹⁾. Das Institut der Austräge, d. i. der Schlichtung eines Rechtsstreites durch von den Parteien selbst gewählte Richter, ist eine Eigenthümlichkeit des teutschen Gerichtswesens. Entstanden im Mittelalter überdauerte es alle politischen Veränderungen Deutschlands, indem es während der kurzen Dauer des Rheinbundes zwar nur auf die Standesherrn beschränkt blieb, aber in der Verfassung des teutschen Bundes wieder neu auflebte und ein wesentlicher Bestandtheil derselben wurde. Das Wort Austrag (vielleicht verwandt mit treuga oder dem gothischen triggow) heißt in der Einzahl jede bestimmte Entscheidung eines Rechtsstreites durch ordentliche oder gewillkürte Richter. Die schiedsrichterliche Entscheidung heißt insbesondere gütlicher Austrag. In der Mehrzahl (Austräge) versteht man darunter die schiedsrichterliche Instanz²⁾. Das Verbum austragen heißt sowohl einen Reichsstreit schiedsrichterlich (austragsweise) entscheiden, als sich einer solchen Entscheidung unterwerfen.

Man kann das heutige Austrägalwesen nicht richtig verstehen und beurtheilen, wenn man nicht die historische Grundlage desselben gehörig kennt. Außerdem ist auch hier die Vergleichung des Damals mit dem

1) Man s. Pütter, Lit. des Staatsr. Bd. III. S. 445 flg. Klüber, Fortf. S. 362 flg. Pfeffinger, Vit. ill. T. IV. p. 499. Moser, v. d. Justizverf. Bd. I. S. 45. Häberlin, Handb. des t. St.-R. Bd. II. S. 398 flg. W. A. Schoepff, de arbitris necessariis cum primis austragis conventional. ac testamentar. Tüb. 1724. H. Ch. Senckenberg, flores sparsi ad ius austraegarum etc. Giessen 1739. G. Schubhard, de austraegis (neueste Ausg.) Wetzl. 1754. Pöehn, von den Austrägen zc. Halle 1779. Pfeffter, Beiträge zum t. Staats- und Fürstenrechte, I. Theil, S. 168 flg. v. Leonhardi, das Austrägalverfahren des teutschen Bundes, eine historisch-publicistische Monographie, Frankfurt. 1838, konnte bei der Bearbeitung noch nicht benutzt werden.

2) Die Unterscheidung des Plurals: Austräge nach dem Geschlechte, indem man im männlichen Geschlechte die Austrägalrichter (die Austräger — Austragsrichter), und im weiblichen die Austrägalinstanz und die Verhandlungen in dieser Instanz so nenne (Pfeffinger l. c. Note a. a. E.), kann sich wohl nur auf die Latinisirung (austregae) beziehen, da der teutsche Plural bei Substantiven keinen Geschlechtsunterschied kennt.

Setzt in Bezug auf die Fortbildung der öffentlichen Verhältnisse Deutschlands von hohem Interesse. Darum wird der Darstellung der heutigen Austrägalverfassung eine kurze geschichtliche Einleitung vorangeschickt, welche auch die legislative Ausbildung der Bundesausträge in sich faßt.

I. Geschichtliche Einleitung.

A) Die Zeit des teutschen Reiches. Das Institut der Austräge verdankt sein Dasein nicht der positiven Gesetzgebung, welche vielmehr auch hier, wie bei den meisten übrigen Einrichtungen des ehemaligen teutschen Reiches, nur anerkannte, bestimmter ordnete und mit der Reichsverfassung in Einklang brachte, was sich durch die eigenthümlichen Zeitverhältnisse bereits im Leben zu einer festen Gestalt entwickelt hatte. Als wirkende Ursachen der Entstehung dieses Institutes³⁾, welche ungefähr in die Mitte des dreizehnten Jahrhunderts fällt, sind alle jene Umstände und Begebnisse zu betrachten, welche die alte Gauverfassung allmählig gänzlich auflösten, dadurch das Reich und dessen Verhältnisse zettlich in völlige Verwirrung brachten und so die neue Verfassung des Reiches zum Bedürfnisse machten und nach und nach auch herbeiführten. Die Lösung der alten Bande, welche die Großen zu einem festen Reichskörper verbunden hatten, der häufige Wechsel des Reichsoberhauptes, die dadurch nöthig gewordenen, oft langwierigen Reichsverwesungen, und das selbstsüchtige Streben der geistlichen und weltlichen Fürsten und Herren, ihre eigenen Besitzungen auf Kosten des Reiches und der eigenen Standesgenossen durch jedes Mittel zu vergrößern, lähmten die Reichsstaatsgewalt bis zur völligen Ohnmacht, und mit dieser die Rechtspflege, die eben in Bezug auf Stände des Reiches nur im Reichsoberhaupt ihre Grundlage, Stütze und Kraft haben konnte. Die gerichtlichen Ladungen, oder doch die richterlichen Urtheile blieben unbefolgt und wegen Mangels an Macht auch kraftlos und unvollzogen. Man fand es bequemer, mit bewaffneter Hand sich das vermeintliche oder angemaste Recht zu verschaffen, und vortheilhafter, Streitigkeiten gegen solche, deren Besitzthum man ganz oder theilweise wünschte, zu veranlassen, um sie sodann durch Eigenmacht entscheiden, und so die Habgier befriedigen zu können. Auf diese Weise trat an die Stelle der durch richterliche Hilfe gehandhabten Rechtsordnung unter den Genossen des Herrenstandes ziemlich allgemein das Faustrecht, das Friedrichs II. Verordnung auf dem Reichstage zu Mainz 1235 eher zu begünstigen, als zu beschränken geeignet war. Das Faustrecht führte ganz natürlich zu Einigungen, zu Schutz- und Trugbündnissen einzelner Standesgenossen, und machte in seiner Ausübung, sollte es nicht in einen völligen Vertilgungskrieg ausarten, gütliche Ausgleichungen nothwendig, zu deren Bewirkung auch wohl Dritte, auf welche man compromittirte, oder welche aus eigenem Interesse sich in die Fehde mischten, nicht selten thätig waren. Die Einigungen, wie die Ausgleichungen verlangten aber, wenn sie nicht selbst wieder Quel-

3) Man vgl. Hauschild, Gerichtsverf. der Deutschen S. 115 flg.

len von Befehlungen und den damit verbundenen verderblichen Folgen werden sollten, auch Verabredungen über die Beilegung etwa entstehender Irrungen und Streitigkeiten, da man auf richterliche Hilfe mit Erfolg nicht rechnen konnte. Dasselbe Bedürfniß machte sich aus gleichem Grunde auch bei anderen Verträgen geltend, und so wurde es nach und nach allgemeine Sitte unter den Genossen des Herrenstandes, sich bei Eingehung von Rechtsgeschäften zugleich über die Art der Schlichtung der darüber etwa entstehenden Differenzen zu verständigen und zur Anerkennung der in verabredeter Weise erfolgten Entscheidung einer solchen Differenz gegenseitig verbindlich zu machen. Man verabredete nämlich schiedsrichterliche Entscheidung solcher Streitigkeiten und zwar durch unparteiische Standesgenossen oder ihre Stelle vertretende Räte, welche in gleicher Zahl von beiden streitenden Theilen gewählt werden sollten, wenn sie nicht etwa schon im Voraus vertragsmäßig bestimmt wurden. Denn der von jeher befolgte Grundsatz, daß man nur von Standesgenossen gerichtet werden könne, machte sich auch in den verabredeten Wahlen der Schiedsrichter als Regel geltend. Die Garantie für die Anerkennung und Befolgung dieser Verträge und der in Folge derselben erlassenen Entscheidungen lag vornehmlich in der Standesehre, die wieder in der Standesgenossenschaft und deren Interesse ihren Stützpunkt hatte. Auf diese Weise wurden die Austräge unter den Großen des Reiches, die wegen ihrer inneren Landesangelegenheiten des Friedens und zur Behauptung ihrer Rechte und Standesprätogative der Eintracht unter sich bedurften, bald allgemein, so daß selten ein Friede, eine Einigung oder ein sonstiger Vertrag unter ihnen abgeschlossen wurde, ohne zugleich für den Fall entstehender Zwistigkeiten die Art der austragsweisen Entscheidung derselben festzusetzen. Was das Zeitbedürfniß hervorgerufen hatte, ging überdies bald in einen Standesvorzug, in eine Angelegenheit höherer Standesehre über. Die Kurfürsten, welche schon in ihrem ersten Vereine 1338 in Bezug auf die über denselben entstehenden Zwiste oder Zweifel auf ihr eigenes Collegium compromittirten ⁴⁾, setzten 1424 im Allgemeinen fest, ihre Streitigkeiten unter sich austragsweise zu entscheiden. Ihrem Beispiele folgten bald die Fürsten und Fürstenmäßigen. Man machte auf dem Reichstage von 1437 und 1438 sogar den Versuch, das Institut der Austräge durch eine allgemeine Austrägalordnung in ein Surrogat der kraftlosen Reichsjustiz umzubilden ⁵⁾. Allein der Versuch mißlang, und es blieb deshalb bis zur Zeit der Errichtung des Reichskammergerichtes bei den vertragsmäßigen Austrägen, neben denen es jedoch auch schon vor dieser Zeit privilegirte gab, die nämlich auf kaiserlichen Privilegien beruhten. Solche Privilegien wurden selbst an Reichsstädte ertheilt ⁶⁾.

4) Pfeffinger l. c. p. 510. not. f.

5) Sennenberg, Samml. deutsch. R.-A. Th. I. S. 154 flg.

6) Man s. Pfeffinger l. c. p. 528 sq. und Schnaubert a. a. D. S. 412 flg.

Als nun das Kaufrecht durch den ewigen Landfrieden für immer grundgesetzlich aufgehoben und das Reichskammergericht als ein permanentes Reichsgericht eingeführt wurde (1495), fiel zwar die Ursache weg, aus welcher die Austräge vornehmlich hervorgegangen waren, gleichwohl fand man es bedenklich dieselben ganz sinken zu lassen. Die Austräge hatten sich bisher als zweckmäßig erwiesen und waren zudem in zahlreichen Verträgen und Einigungen begründet, die man nicht wohl aufheben oder abändern konnte. Ueberdies machte es selbst da, wo keine besonderen Verträge vorlagen, die allgemeine Sitte jedem Beklagten zur Schuldigkeit, dem Verlangen des Klägers, den Streit austragsweise zu entscheiden, die Hand zu bieten. Deshalb behielt man in der R. G. D. das Institut der Austräge bei, und bildete daraus für die Reichsunmittelbaren eine eigene, da wo sie begründet war, nicht zu übergehende Instanz (Aussträgalinstanz), von welcher man an das Reichskammergericht, nachher auch an den Reichshofrath appelliren konnte. Da nun hierdurch der bloß schiedsrichterliche Spruch der Austräge in ein gerichtliches der Rechtskraft fähiges Urtheil umgeschaffen wurde, so war es zugleich nöthig, den Austragsrichtern eine Art von richterlichen Character beizulegen, was dadurch geschah, daß man, vermöge eines für immer geltenden, vom Kaiser in der ersten R. G. D. allen künftigen Austrägen ein für allemal zum Voraus erteilten Auftrages, jedes Aussträgalgericht zugleich als eine kaiserliche Commission betrachtete⁷⁾. Dadurch, daß die R. G. D. auch in den Fällen, für welche keine gewillkürten oder privilegirten Austräge begründet waren, eine Aussträgalinstanz für die Unmittelbaren zuließ, entstand neben jenen eine neue Art von Austrägen, die Legalausträge, welche bei Personen, die überhaupt das Recht der Austräge hatten, subsidiär, nämlich in Ermangelung der willkürlichen oder privilegirten, zur Anwendung kamen, und natürlich ebensowenig als diese und jene umgangen werden durften.

a) Gesetzliche Austräge. α) Gesetzlich stand das Recht der Austräge zu: 1) den Kurfürsten, Fürsten und Fürstenmäßigen (d. i. gefürsteten Grafen und Prälaten), ohne Rücksicht auf den Stand des Klägers. War dieser gleichen Standes mit dem Beklagten, so mußte er Letzterem die Klage schriftlich mittheilen und ihn ersuchen, sich entweder in Güte zu fügen, oder binnen vier Wochen, vom Tage der Requisition (Klagemittheilung) an, vier regierende Kurfürsten, Fürsten und Fürstenmäßige, halb geistlich, halb weltlich und nicht aus Einem Hause geboren, vorzuschlagen. Aus diesen hatte der Kläger binnen derselben Frist einen auszuwählen, und davon den Beklagten zu benachrichtigen. Beide Theile mußten sodann den Gewählten um die Annahme des Richteramtes binnen 14 Tagen ersuchen, welche ohne hinreichende Ursache nicht verweigert werden durfte. Der so erkorene Richter subdelegirte zur Verhandlung und Entscheidung der Sache seine

7) Man s. Danz, Grundsätze des R.-G.-Proz. Stuttgart 1795. S. 239 flg.

Räthe⁸⁾. War dagegen der Kläger geringeren Standes, so standen ihm acht verschiedene Wege, ein Austrägalgericht zu constituiren, zur Wahl offen⁹⁾; und 2) den Prälaten, Grafen, Herren und dem unmittelbaren Reichsadel, jedoch nur wenn der Kläger gleichen oder höheren Standes war. Hier gab es eine doppelte Art, das Austrägalgericht zu bestellen: entweder mußte der Beklagte drei Fürsten dem Kläger zur Wahl des Austrägalrichters vorschlagen, oder der Kläger einen unparteiischen Commissar seines Standes erbiten¹⁰⁾. Den Reichsstädten stand das Recht der Austrägalinanz gesetzlich nicht zu. Es war ein rein persönliches Vorrecht der Unmittelbaren und ihrer Familienglieder, welches daher auch deren Wittwen, so wie die apanagirten Prinzen und deren Gemahlinnen in Anspruch nehmen konnten¹¹⁾. β) Vor die Austrägalinanz gehörten in der Regel alle, durch Gesetz oder Gewohnheit nicht ausgenommenen Civilrechtsachen¹²⁾. Ausgenommen waren jedoch alle Sachen, bei welchen das öffentliche Interesse eintrat oder obrigkeitliche Gewalt einschreiten mußte, wie z. B. die Landfriedensbruchs-, Fiscals-, Reichslehns-, Mandats-, Provocations-, den Besitz betreffende u. Sachen. γ) Das Verfahren der Austrägalgerichte¹²⁾ richtete sich nach den Reichsgesetzen, war nur in wenigen Punkten abweichend und mußte binnen Jahr und Tag beendigt, auch das Urtheil gefällt sein, widrigenfalls man die Sache wegen verzögerten Rechtes an die Reichsgerichte bringen konnte. Die Vollziehung der Urtheile geschah, da die Austrägalgerichte keine obrigkeitliche Gewalt (*imperium*) hatten, durch die Reichsgerichte, an welche man auch in der gewöhnlichen Weise ohne Rücksicht auf die sonst erforderliche Appellationssumme appelliren konnte. Außerdem fand noch die Nichtigkeitsklage, sowie die Actenverfendung in *vim revisionis* statt.

b) Die gewillkürten Austräge¹³⁾ waren entweder Stamm- (Familien-) oder bedingte Austräge, je nachdem sie blos unter den Gliedern einer Familie oder unter verschiedenen Häusern bestanden, und konnten sowohl auf Vertrag als auf Testament beruhen (Conventional- und testamentarische Austräge). Sie gingen den gesetzlichen vor und bedurften bei Personen, welchen überhaupt das Recht der Austräge zukam, nach der richtigeren Meinung auch dann der kaiserlichen Bestätigung nicht, wenn sie nach 1555 (nach der letzten Revision der R. G. D.) errichtet wurden. Das Verfahren rich-

8) Danz a. a. D. §. 243.

9) Danz, §. 244. Die Wege stehen mit den heutigen Austrägen in keiner Verbindung mehr.

10) Danz, §. 245.

11) Danz, §. 54 u. 242.

v 12) Danz, §. 247—253.

13) Danz, §. 254 flg. Heffter a. a. D. S. 203 flg. v. Dresch, Abhandl. über Gegenstände des öffentl. R. München 1830. S. 30 flg. Beispiele s. m. bei Pfeffinger l. c. p. 504 sq. und Kohler, Handb. des t. Privatfürstenrechtes, Satz. 1832. 308 flg.

tete sich nach den besonderen Bestimmungen, in deren Ermangelung die für die Legalausträge festgesetzten Normen eintraten. Der gesetzlich bestimmte Kompetenzumfang der Ausstrágalgerichte konnte in den gewillkürten Austrägen natürlich nicht ausgedehnt, jedoch nach der richtigeren Meinung¹⁴⁾ der Appellationsbefugniß entsagt werden.

c) Die privilegierten Austräge¹⁵⁾, denen man auch die auf Immemorialpräscription beruhenden gleichsetzen kann, richteten sich nach dem Inhalte der ihnen zu Grunde liegenden Privilegien, mit deren Ertheilung jedoch der Kaiser sparsam zu sein in der Wahlcapitulation¹⁶⁾ versprach. Sie kamen vorzüglich bei den Reichsstädten vor.

B) Die Zeit des Rheinbundes darf in Bezug auf unseren Gegenstand insofern nicht mit Stilltschweigen übergangen werden, als dem Institute der Austräge die Ehre widerfuhr, in der Bundesacte¹⁷⁾ eine besondere Stelle, aber freilich auch eine ganz eigenthümliche, völlig unteutsche Bedeutung zu erhalten, die wenigstens bewies, daß die Kenntniß der teutschen Zustände und Verhältnisse damals eben nicht die stärkste Seite der französischen Staatsmänner war. Es wurde nämlich bestimmt, daß die durch die Bundesacte subjiicirten Landesherren vom Fürsten- und Grafenstande, die nachmals Mediatisirte und Standesherrn genannt wurden, und ihre Erben in Criminalsachen das Recht der Austräge, das heißt (wie erläuternd hinzugefügt wird), das Recht, von ihren Standesgenossen gerichtet zu werden, genießen sollen. Dieser seltsame Begriff von Austrägen ging sodann auch in Particulargesetze über¹⁸⁾. Hinsichtlich der Entscheidung der unter den Gliedern des Rheinbundes entstehenden Streitigkeiten wurde dagegen bloß im Allgemeinen bestimmt, daß dieselbe durch die Bundesversammlung erfolgen solle¹⁹⁾, welche aber bekanntlich nie in's Leben trat.

C) Die Zeit des teutschen Bundes. Die Verfassung des teutschen Bundes verwirklichte durch die Einführung der Ausstrágalgerichte, was die rheinische Bundesacte bloß in unbestimmter Weise versprochen, aber nicht ausgeführt hatte. Lange wurde auf dem wiener Congresse über die Einrichtung der künftigen Gerichtsverfassung Deutschlands berathen²⁰⁾. Der daselbst gemachte Vorschlag, ein perma =

14) Man s. Schoepfl. l. c. §. 20. Heffter S. 210. Anb. Wein. z. B. Danz a. a. D.

15) Pfeffinger l. c. p. 527 sq. Danz, §. 254 und dort Note d. Haberlin a. a. D. S. 412. Heffter S. 171 fig.

16) B. G. Art. XVIII. §. 7.

17) Art. XXVIII. Klüber, Staatsr. des Rheinbundes, Züb. 1808. §. 109.

18) Man s. Heffter S. 173 und dort Note 8.

19) Rhein. B. Act. Art. IX.

20) Man s. hierüber: Klüber, Uebers. der dipl. Verhandl. des wiener Congresses u. Kanth. 1816. S. 173 fig. und dort die Stellen aus dessen Acten des wiener Congr. auch dessen öff. Recht, 3. Aufl. §. 216. Mohl, die öffentl. Rechtspflege des t. Bundes, Stuttg. und Züb. 1822. S. 15 fig.

nentes Bundesgericht zu constituiren, scheiterte an der standhaften Opposition Bayerns und Württembergs, woran nachher auch Hessen = Darmstadt Theil nahm. Man hielt ein solches Gericht, sowie jede permanente Instanz anderer Art nicht für vereinbar mit der Souveränität der Bundesglieder. Das Resultat der langwierigen, und nur zuletzt wegen Napoleons inzwischen erfolgter Entweichung aus Elba sehr beeilten Berathungen war der letzte Absatz des Art. 11 der Bundesacte: Die Bundesglieder machen sich ebenfalls verbindlich, einander unter keinerlei Vorwand zu bekriegen, noch ihre Streitigkeiten mit Gewalt zu verfolgen, sondern sie bei der Bundesversammlung anzubringen. Dieser liegt alsdann ob, die Vermittelung durch einen Ausschuss zu versuchen, und falls dieser fehlschlagen sollte, und demnach eine richterliche Entscheidung nothwendig würde, solche durch eine wohlgeordnete Austrägalinstanz zu bewirken, deren Ausspruch die streitenden Theile sich sofort zu unterwerfen haben. Zur Ausführung dieser grundgesetzlichen Bestimmung fasste die hohe deutsche Bundesversammlung unter dem 16. Juni 1817 einen Beschluß, welcher die Bundesvermittelungs- und Austrägalordnung in Streitigkeiten von Bundesgliedern unter sich in den wesentlichen Punkten festsetzte²¹⁾. Sie bezeichnete später (20. Sept. 1819) auch das Austrägalgerichtswesen als einen solchen Gegenstand, welcher einer näheren Regulirung bedürftig sei²²⁾. In den hierauf zu Wien gehaltenen, von den 17 Stimmen des engeren Rathes der B. B. beschickten Ministerialconferenzen wurden nicht nur in der auf denselben zu Stande gekommenen wiener Schlußacte mehrere Artikel²³⁾, die sich auf das Austrägalwesen beziehen, aufgenommen, sondern auch Bestimmungen über das bei Aufstellung der Austrägalinstanzen zu beobachtende Verfahren entworfen, die zugleich die Artikel 21—24 der Schlußacte wörtlich enthalten und am 3. Aug. 1820 zum Bundeschlusse in derselben Weise, wie die Schlußacte selbst, erhoben wurden²⁴⁾. In diesen Bestimmungen wurde der

Jarcke, über austrägalgerichtliche Entscheidung der Streitigkeiten unter den Mitgliedern des t. Bundes, Wien 1833. S. 11 flg. vergl. mit C. J. Eichhorn, Betrachtungen über die Verf. des t. Bundes in Beziehung auf Streitigkeiten der Mitglieder desselben unter einander oder mit ihren Unterthanen in ihrer jetzigen Ausbildung, Berlin 1833. S. 1 flg.

21) Prot. der Bundesverf. Bb. III. S. 208 flg. v. Meyer; corpus iur. conf. germ. Bb. II. S. 82 flg. Emminghaus, corp. iur. Bb. II. S. 661 flg. Michaelis, corp. iur. p. 513 sq. Klüber, Quellenfamml. S. 254 flg. Mit Bemerkungen bei Heffter a. a. D. S. 229 flg. Jarcke, über die austrägalgerichtl. Entsch. 1c. S. 43 flg.

22) Prot. der B. B. Bb. VIII. S. 265 flg.

23) Art. 18—24, und Art. 30 u. 31.

24) Prot. der B. B. Bb. IX. S. 219 flg. v. Meyer II. S. 199 flg. Emminghaus II. S. 704 flg. Michaelis S. 584. Klüber S. 291 flg. Mit Bemerk. bei Heffter S. 244 flg.

Beschluß vom 17. Juni 1817 ausdrücklich bis zum Erlasse einer neuen Uebereinkunft als Norm bestätigt (Art. 1), jedoch (Art. 11) zugleich bestimmt, daß die B. B. eine Revision desselben vornehmen werde. Diese wurde am 3. Aug. 1820 einer Commission von fünf Mitgliedern übertragen²⁵⁾, welche schon am 21. Dec. desselben Jahres einen Entwurf²⁶⁾ eines Bundesbeschlusses über das Verfahren in Streitigkeiten der Bundesglieder unter einander der B. B. vorlegte; worauf diese vorläufig beschloß, diesen Entwurf zur Instructionseinholung an die Regierungen zu befördern, um nach Verlauf von zwei Monaten darüber abstimmen zu können²⁷⁾. Ein definitiver Beschluß ist aber bis jetzt noch nicht erfolgt²⁸⁾, jedoch wurde das Verfahren bei den Austrägalgerichten durch einen Beschluß vom 19. Juni 1823²⁹⁾ näher bestimmt. Außerdem gehören auch die Executionsordnung vom 3. Aug. 1820³⁰⁾, sowie die Bundesbeschlüsse vom 7. Oct. 1830³¹⁾, die Insinuation von Verfügungen eines Austrägalgerichtes an Regierungen betreffend und vom 28. Febr. 1833³²⁾ über die Befugniß der Austrägalgerichte unbedingte Mandate zu erlassen hierher. Endlich wurde auch noch in Folge der abermals in Wien (1833 und 1834) gehaltenen Conferenzen der von den 17 Stimmen des engeren Rathes der B. B. dorthin abgeordnet gewesenen Minister ein besonderes Schiedsgericht zur subsidiären Entscheidung der Irrungen zwischen Regierungen und Ständen, wovon auch die Bundesglieder bei Streitigkeiten unter sich Gebrauch machen können, durch einen einstimmigen Beschluß der B. B. in der Plenarsitzung vom 30. Oct. 1834 errichtet³³⁾.

II. Theoretische Darstellung³⁴⁾.

A) Einleitung. 1) Der Eintritt der Thätigkeit der B. B. und der austrägalgerichtlichen Entscheidung ist nur subsidiär, indem

25) Prot. der B. B. Bd. IX. S. 229. §. 96.

26) Prot. der B. B. Bd. X. S. 293, und mit Bemerk. bei Hefter a. a. D. S. 274 flg.

27) Prot. der B. B. Bd. X. S. 263 flg.

28) Hefter a. a. D. S. 272 flg. macht den Vorschlag, für die Prozeßleitung nach einer zu bestimmenden Prozeßordnung eine eigene Austrägalcommission niederzusetzen, und den Austrägalgerichten bloß die Urtheilsfällung zu überlassen.

29) Prot. der B. B. Bd. XV. S. 286 flg. Emminghaus Bd. II. S. 704 flg. und mit Bemerk. bei Hefter a. a. D. S. 264 flg.

30) Prot. der B. B. Bd. IX. S. 223 flg. v. Meyer II. S. 203. Emminghaus II. S. 706 flg. Michaelis S. 584 flg. Klüber, Quellenf. S. 296 flg.

31) Klüber, Duellensamml. Fortf. S. 10 flg.

32) X. Müller, Archiv f. Geseggeb. Bd. VI. Heft 2. S. 35 flg.

33) Kurhess. Gesegsamml. von 1834. Nr. XXVI. S. 219 flg. und in Maurenbrechers Grundf. des heut. t. St.-R. S. 529.

34) Klüber, öffentl. R. §. 172 flg. v. Dresch, öff. R. §. 65 und 70 flg. Dessen angef. Abhandlungen S. 1 flg. Rudhart, das Recht

es sich von selbst versteht, daß die Bundesglieder ihre Streitigkeiten unter sich auch ohne Concurrenz der Bundesversammlung gültlich durch Vergleich, Schiedsrichter (Austräge) etc. beilegen und beziehungsweise entscheiden lassen können³⁵⁾. 2) Die richterliche Befugniß liegt eigentlich in der B. V., als der zur Ausübung der Bundesgewalt constituirten Behörde. Sie überträgt blos die Untersuchung und Entscheidung den Austrägalgerichten in den Fällen, wo der Streit ohne juristische Technik, die der B. V. nicht eigen ist, nicht entschieden werden kann. Die Austrägalgerichte leiten daher das Recht, die Streitigkeiten der Bundesglieder gerichtlich zu behandeln und zu entscheiden, nur von der B. V. ab, als deren Commissionen sie zu betrachten sind³⁶⁾. Die Austrägalgerichtsurtheile sind auch darum nur für die Bundesglieder verbindlich und vollziehbar, weil sie im Auftrage und Namen der B. V. gefällt werden, welche die einzelnen Bundesglieder ja allein über sich anzuerkennen haben. Darum sind jene Urtheile so anzusehen, als seien sie von der B. V. selbst gefällt worden, welche daher als unmittelbare Austrägalinstanz zu betrachten ist³⁷⁾, wenn sie gleich an dem Austrägalurtheile ebensowenig etwas ändern darf, als ein die Acten versendendes Gericht an dem eingeholten Erkenntnisse, außer wenn gegen ausdrückliche Bundesnormen, deren Auslegung der B. V. allein zusteht, erkannt worden wäre. Uebrigens hat die, wohl nur geschichtlich beibehaltene Bezeichnung Austrägalinstanz die ehemalige rechtliche Bedeutung nicht mehr, da jetzt nicht, wie zur Zeit des Reiches, von den Aussprüchen des Austrägalgerichtes an eine höhere Instanz appellirt werden kann, ein Instanzenverhältniß mithin gar nicht mehr vorhanden ist³⁸⁾. 3) Die Austrägalgerichte haben, da sie ebenso nur Bundestagscommissionen sind, wie die Aus-

des teutschen Bundes, S. 114 flg. Brunnequell, Staatsr., Band I. S. 113 flg. Schmalz, das t. Staatsr. S. 638 flg. Jordan, Lehrbuch des allgem. und t. St.-R. Abth. I. S. 215 flg. Maurenbrecher, Grundf. des heut. t. St.-R. S. 118 flg. C. Febr. v. Dalwigk, die Austrägalinstanz zur Erläuterung des Art. 11 d. B. V. Mainz 1817. S. L. C. Euler, über die nothw. und gesetzl. Zulässigkeit der Austrägalinstanz nach Inhalt des Art. 11 der B. V. Frankfurt 1818. Mohl a. a. D. S. 57 flg. Heffter a. a. D. (codex austraegalis) S. 168—298. Hufnagel und Scheuerlen, die Gerichtsverfassungen der teutschen Bundesstaaten, Bd. I. Lüb. 1829. Nr. I. (von Scheuerlen) S. 3 flg. C. v. Struve, erster Versuch auf dem Felde des teutschen Bundesrechtes, betr. die verfassungsmäßige Erledigung der Streitigkeiten zwischen teutschen Bundesgliedern, Bremen 1830. Eichhorn's und Jarcke's angef. Abhandlungen austrägalgerichtl. Entscheidungen etc. (s. Note 19.) X. Arnold, die richterl. u. vollz. Gewalt des t. Bundes, mit besonderer Rücksicht auf das durch den B.-V. v. 30. Oct. 1834 eingeführte Bundeschiedsgericht, Stuttg. 1835.

35) B.-Beschl. v. 16. Juni 1817 Art. I.

36) Jordan, Lehrb. S. 209. Note 1. u. 215. Nr. I.

37) B.-Beschl. v. 16. Juni 1817 Art. III. §. 1: Die teutsche B. V. kann nur sich selbst, und keine auswärtige Behörde unmittelbar als Austrägalinstanz erkennen.

38) Man s. Mohl S. 85 flg. und Heffter S. 233.

träge zur Zeit des Reiches kaiserliche Commissionen waren, keine obrigkeitliche Gewalt (imperium), welche vielmehr lediglich der B. B. zusteht, die daher allein die Urtheile zu vollziehen befugt ist. Selbst die unbedingten Mandate, deren Erlassung den Austrägalgerichten in neuerer Zeit gestattet worden ist, können nicht von diesen, sondern nur von der B. B. vollführt werden³⁹). Die Pflicht zur Befolgung der prozessleitenden Mandate oder Decrete ergibt sich als eine nothwendige Folge theils aus den Grundgesetzen des Bundes, theils aus dem Compromisse auf das Austrägalgericht, theils aus der Qualität des letzteren als einer Commission der B. B., in deren Auftrage ja dieselben erlassen werden. Sollte in Ansehung dieser Mandate ein äußerer Zwang nöthig werden, so würde solcher nur von der B. B. unmittelbar verfügt werden können. Dagegen liegt das Recht, die durch Angehörigen verwickelten, auf die Streitsache selbst bezüglichen Rechtsnachtheile zu realisiren, schon in der Befugniß der Prozeßleitung (hinsichtlich der Androhung), beziehungsweise in der Befugniß zu entscheiden (hinsichtlich der wirklichen Verhängung jener Nachtheile). 4) Streitig, wenigstens bestritten ist der objective Kompetenzumfang der Austrägalgerichte. Nach den grundgesetzlichen Bedingungen⁴⁰), wornach sich die Bundesglieder verbindlich machten, einander unter keinerlei Vorwand zu bekriegen, noch ihre Streitigkeiten mit Gewalt zu verfolgen, sondern sie bei der B. B. anzubringen, unterliegt es wohl keinem Zweifel, daß alle und jede Streitigkeiten der Bundesglieder unter sich, insofern eine gütliche Ausgleichung ohne Concurrenz der B. B. nicht erfolgt, bei dieser zur Vermittelung, und, wenn solche mißlingt, zur richterlichen Entscheidung anzubringen sind. Die Bundesglieder entsagten nämlich der Selbsthilfe, die sich mit dem Bundesfrieden auch nicht vertrüge, unbedingte; woraus von selbst folgt, daß auch jede Streitigkeit, die gütlich nicht beigelegt werden kann, richterlich entschieden werden müsse, weil einmal ein fortbestehender Streit schon an sich eine fortbestehende Störung des Bundesfriedens und der rechtlichen Bundesordnung wäre, und weil sodann der unbedingte Verzicht auf die Selbsthilfe rechtlich nicht erlaubt sein würde, wenn nicht dagegen ein vollständiger Schutz aller Rechte, für den Fall ihrer Verletzung, zugesichert wäre. Ist also keine Selbsthilfe statthalt, so darf auch keine Streitigkeit ohne Entscheidung bleiben. Eine Verschiedenheit unter solchen Streitigkeiten kann bloß in Ansehung der Art ihrer Beilegung eintreten, ob nämlich diese von der B. B. selbst ohne vorgängiges Prozeßverfahren, oder ob durch austrägalgerichtliche Entscheidung geschehen solle? Man kann daher in dieser Hinsicht die Streitigkeiten der Bun-

39) B.-Beschl. v. 28. Febr. 1833. VIII. S. 70. (s. oben Note 32.)

40) B.-A. Art. 11. B.-Beschl. v. 16. Juni 1817 Art. I. Wien. Schl. Act. Art. 21. Mohl a. a. D. S. 62 fg. Heffter a. a. D. S. 174 fg. und Eichorn's und Jarck's Abhandlungen, welche sich vorzugsweise mit der Kompetenzfrage beschäftigen.

desglieber unter sich in zwei Hauptclassen bringen, nämlich a) in solche, welche die B. W. selbst zu entscheiden hat, und b) in solche, deren Entscheidung gerichtlich, d. h. durch Austrägalgerichte geschehen muß. Zur ersten Classe gehören α) alle Streitigkeiten, welche sich auf das Bundesverhältniß selbst beziehen, d. h. in den Grundgesetzen und Beschlüssen des Bundes ihren Grund haben, insofern also die Entscheidung derselben als eine nothwendige Vorbereitung oder Bedingung zur Handhabung oder Vollziehung der Bundesgesetze oder Beschlüsse erscheint⁴¹⁾. Ausdrücklich ist zwar von Streitigkeiten dieser Art in den Bundesnormen nicht die Rede. Da aber die B. W. allein das Recht, diese Normen auszulegen, und die Pflicht hat, für die Aufrechthaltung des wahren Sinnes derselben zu wachen und für die Vollziehung der Bundesacte und übrigen Grundgesetze, sowie der in Gemäßheit ihrer Competenz gefaßten Beschlüsse zu sorgen⁴²⁾, so leuchtet es von selbst ein, daß Differenzen über Bundesnormen auch nur von der B. W. selbst dem Sinne und Geiste dieser Normen gemäß entschieden werden können, und daß hier auch kein eigentliches Prozeßverfahren und kein förmlicher Rechtspruch nöthig sei, sondern eine zuverlässige Ermittlung der factischen Verhältnisse und eine hierauf erfolgende einfache Verfügung völlig genüge. Die einzelnen hierher gehörigen Fälle aufzuzählen⁴³⁾, ist theils unmöglich, insofern eine solche Aufzählung erschöpfend sein will, da zu den jetzt aufzählbaren immer wieder neue hinzukommen können, und das wirkliche Leben überhaupt sich nicht erschöpfen läßt; theils aber auch unnöthig, da es in der Wissenschaft völlig genügend ist, das allgemeine Princip festzustellen, unter welches sodann die Anwendung die einzelnen vorkommenden Fälle zu subsumiren hat. Ueberdies müssen alle Streitigkeiten der Bundesglieder unter sich bei der B. W. angebracht werden, welche daher auch stets nach misslungener Vermittelung im Stande ist, zu ermesfen, ob der einzelne Fall zu ihrer Competenz gehöre oder nicht. Aus gleichem Grunde müssen β) auch die über den Sinn austrägalgerichtlicher Bundesnormen im Laufe eines Austrägalprozesses entstehenden Streitigkeiten, insofern jener Sinn wirklich mit Grund bezweifelt werden kann, von der B. W. durch authentische Auslegung beseitigt werden. Da ferner der B. W. die Aufrechthaltung des Friedens unter den Bundesgliedern obliegt, sie auch allein befehlende Gewalt über diese hat, so können γ) die wegen obwaltender Streitigkeiten zu besorgenden oder wirklich eingetretenen gewaltsamen Störungen des Friedens nur von der B. W. durch geeignete provisorische Maßregeln verhindert, beziehungsweise gehemmt werden⁴⁴⁾. Alle anderen Streitigkeiten gehören dagegen im Falle

41) Man s. Mohl a. a. D. S. 64. Heffter a. a. D. S. 177 fig.

42) Wien. Schl. Act. Art. 4, 7, 9, 10, 17 u. 31.

43) Dieß thut z. B. Heffter S. 179 fig., jedoch nur beispieelsweise

44) Wiener Schl. Act. Art. 18 u. 19.

mißlungener Vermittelung zur zweiten Classe⁴⁵⁾. Die Bundesacte und übrigen Normen⁴⁶⁾ machen hier keine Ausnahme, sondern verweisen alle nicht vermittelten Streitigkeiten zur gerichtlichen Entscheidung⁴⁷⁾. Die Doctrin kam jedoch auf mancherlei Beschränkungen. Zunächst fragte man α) wie es mit den Streitigkeiten zu halten sei, in Ansehung welcher ein Austrálgalgericht, entweder in Erwägung vorgebrachter forideclinatorischer Einreden, oder aus eigener Erwägung nach Kenntnißnahme der Sache, sich für incompetent erklärt⁴⁸⁾? Die Bundesgesetze enthalten hierüber nichts. Man hat daher diese Fälle, da sie nicht unentschieden bleiben dürfen, bald an die B. B. zur Beilegung verwiesen⁴⁹⁾, bald ein besonderes Compromißgericht dafür in Vorschlag gebracht⁵⁰⁾; aber auch wieder einen solchen Vorschlag bedenklich gefunden⁵¹⁾; auch die Zulässigkeit einer Incompetenzerklärung überhaupt in Abrede gestellt⁵²⁾, und selbst darin, daß die Bundesgesetze hierüber nichts enthalten, keine Lückenhaftigkeit finden wollen⁵³⁾. Wiederholte Prüfung führte uns zu folgendem Resultate⁵⁴⁾. Forideclinatorische Einreden können nicht gegen die Competenz des Austrálgalgerichtes selbst, sondern bloß gegen die Art der Bestellung desselben vorgebracht werden, da jedes gehörig constituirte Austrálgalgericht für die Sache, wegen welcher es constituirt worden, in Folge des Auftrages der B. B. stets competent ist, sein rechtliches Urtheil über die Sache, sei es auch nur darüber, ob diese überhaupt zu einer rechtlichen Verhandlung und Entscheidung geeignet sei, auszusprechen. Die Einreden gegen die Art der Constituirung des Gerichtes müssen aber, wenn sie nicht auf neuen Thatsachen beruhen, schon bei dem Verfahren über die Constituirung vor der B. B. vorgebracht, und können vor dem be-

45) Man s. Mohl S. 71. v. Dresch, Abhandl. S. 1 fig.

46) B. Act. Art. 11. B. Schl. Act. Art. 21. B.-Beschl. v. 16. Juni 1817 Art. III.

47) Das Wort demnach im Art. 11 der B. A. ist nicht überflüssig, wie Heffter S. 176 Note 9 glaubt, sondern heißt soviel, als: deshalb, aus diesem Grunde (indem die richterliche Entscheidung gerade deshalb [aus dem Grunde] nothwendig wird, weil der Vermittelungsversuch mißlang, jeder Streit aber, da jede Selbsthilfe untersagt ist, entschieden werden muß). Die franzöf. officielle Uebersetzung: si — — et qu'une sentence etc. besagt dasselbe. (Ueb. Mein. ist Heffter a. a. D.) Noch deutlicher ist das daher im Art. III. des B.-Beschl. v. 16. Juni 1817.

48) Mohl S. 71.

49) Z. B. Mohl S. 75. Auch der Verf. that dieß in seinem Lehrb. §. 216. Nr. II.

50) Dieß geschieht in dem Entwurfe der B.-L.-Commission v. 21. Dec. 1820. §. 9.

51) Z. B. Eichhorn a. a. D. S. 53 fig.

52) Z. B. Heffter S. 239.

53) Z. B. gegen Mohl a. a. D. Jarcke a. a. D. S. 106 fig.

54) Inwieweit der Verfasser dieses Art. von seinen früheren, im Lehrb. ausgesprochenen Ansichten jetzt abweiche, wird eine Vergleichung von selbst ergeben.

relts constituirten Gerichte nicht mehr zugelassen werden⁵⁵). Bloss bei gewillkürten Austrägen kann die Statthastigkeit der Einwendung, daß dieselben in der fraglichen Streitsache nach den zum Grunde liegenden Verträgen u. nicht competent seien, nicht wohl geleugnet werden. Daher kann sich ein gesetzlich bestelltes Austrägalgericht eigentlich nicht für incompetent erklären, d. h. dahin aussprechen, daß es nicht befugt sei, die Sache, ungeachtet sie eine rechtliche Beurtheilung und Entscheidung zuläßt, vor sein Forum zu ziehen, da diese Befugniß schon in seiner Bestellung und in dem von der W. W. erteilten Auftrage liegt; sondern es kann bloss sein Urtheil über die Klage selbst in materieller⁵⁶) Hinsicht abgeben, daß nämlich diese nicht gegründet sei, daß es ihr an einem rechtlich haltbaren Fundamente gebreche, weil entweder das vorgetragene Verhältniß gar keine rechtliche Beurtheilung zuläßt, oder für dasselbe gar keine rechtliche Entscheidungsnorm besteht. In beiden Fällen ist demnach das Begehren des Klägers als grundlos zurückzuweisen. Ueberhaupt ist in Bezug auf die Beschaffenheit der angebrachten Streitsache nur die Alternative möglich, daß sie entweder rechtlich fundirt ist oder nicht. Aus welchem Grunde das Letztere eintrete, ist rechtlich gleichgiltig, da immer Abweisung der Klage erfolgen muß. Inwiefern nun auch die Abweisung der Klage eine rechtliche Entscheidung enthält, insofern ist auch jede Streitigkeit zwischen Bundesgliedern einer rechtlichen Entscheidung fähig, und insofern kann man auch zugeben, daß die Bundesgesetze in Bezug auf die hier fraglichen Streitigkeiten nicht lückenhaft seien⁵⁷). Damit sind zugleich die übrigen noch behaupteten Beschränkungen beseitigt. Denn was β) den Unterschied zwischen Rechts- und politischen Sachen betrifft⁵⁸), so kann derselbe, da er nur aus den inneren Verhältnissen eines einzelnen Staates entlehnt ist, hier, wo es sich um die gegenseitigen Verhältnisse unabhängiger Staaten handelt, darum nicht in Betracht kommen, weil es bloss die Frage gilt, ob zwischen den zwei streitenden Staaten ein Rechtsverhältniß wirklich bestehe, auf die Beschaffenheit des Objectes desselben aber gar nichts ankommt, sobald es nur nicht etwas Unerlaubtes ist. Mag daher der Gegenstand des Rechtsverhältnisses auch an sich eine sogenannte politische oder Regierungssache sein, immer wird diese dadurch und insofern, daß und inwiefern ein Staat in Bezug auf sie eine rechtliche Verpflichtung gegen einen anderen Staat übernommen hat, zugleich eine

55) Vergl. Heffter S. 240 und v. Dresch, Abhandl. S. 51, auch Maurenbrecher, Grundr. S. 120. Man s. jedoch unten bei der Wahl der Austräge.

56) Formensehler der Klageschrift haben auf die hier in Rede befindliche Frage keinen Einfluß.

57) Man s. Jarcke a. a. D. S. 107 flg. vergl. mit v. Dresch a. a. S. 52 flg.

58) Man s. Eichhorn a. a. D. S. 39 flg.

Rechtssache werden. Aus gleichem Grunde hat ferner 7) der Unterschied zwischen Interessen und Rechten⁵⁹⁾ auf die Competenz des Austrágalgerichtes keinen rechtlichen Einfluß, welcher sich vielmehr bloß bei der Beurtheilung der Klage äußern kann, insofern nämlich eine ein bloßes Interesse verfolgende Klage als grundlos abzuweisen ist. Zudem steht erst nach gefälligem Urtheile rechtlich fest, ob der Gegenstand des Streites ein bloßes Interesse oder ein Recht betreffe. Daher erscheint die Behauptung des Beklagten, daß es sich lediglich um ein Interesse handele, ebenso, wie 8) die Behauptung, es fehle an einer Entscheidungsnorm⁶⁰⁾, nur als eine Einrede gegen die angebrachte Klage, nicht aber als ein rechtliches Hinderniß, die Klage der austrágalgerichtlichen Entscheidung zu unterwerfen, da auch die Beurtheilung der Frage: ob für eine Streitsache eine Entscheidungsnorm vorhanden sei oder nicht? zum Umfange der richterlichen Competenz gehört, und sonach eine rechtliche Beantwortung jener Frage sich erst aus dem Ausspruche des Gerichtes ergibt. Ueberhaupt kann die Ansicht, welche der Beklagte von der Beschaffenheit des durch eine Klage geltend gemachten Anspruches hat, auf die Zulässigkeit der richterlichen Beurtheilung keinen Einfluß äußern, weil sonst die Entscheidung über die richterliche Competenz unmittelbar in der Sache selbst dem Beklagten, als Richter in eigener Sache, eingeräumt, und dadurch eine rechtliche Entscheidung des Streites völlig unmöglich gemacht würde. Daher können alle, in der Doctrin behaupteten Beschränkungen der austrágalgerichtlichen Competenz in objectiver Hinsicht höchstens als Einwendungen gelten, welche der Beklagte gegen die erhobene Klage vorbringen mag, um die Abweisung derselben oder eine sonstige ihm günstige Entscheidung der Sache herbeizuführen. Denn wer, wie die Bundesglieder in den Grundgesetzen des Bundes gethan haben, auf die Selbsthilfe unbedingt verzichtet, und eben deshalb auch eben so unbedingt alle, nicht gütlich beizulegenden Streitigkeiten der austrágalgerichtlichen Entscheidung unterworfen hat, kann nachher nicht wieder einzelne Fälle von dieser Entscheidung beliebig ausnehmen, weil er glaubt, daß dieselbe für diese nicht geeignet seien, und so sich indirect wieder von der übernommenen Verbindlichkeit lossagen. — Daraus, daß alle Rechtsstreitigkeiten der Bundesglieder unter sich, welche zu dieser zweiten Classe gehören, der richterlichen Entscheidung unterliegen, ergibt sich übrigens von selbst, daß es auf die objective Beschaffenheit derselben, ob sie nämlich in das Staats-, Völker-, Privatsürsten-, oder Civilrecht einschlagen⁶¹⁾, durchaus nicht ankomme. 5) Die subjective Competenz der Austrágalgerichte erstreckt sich bloß auf die Bundesglie-

59) Man s. Jordan, Lehrb. §. 216. Note 7. v. Dresch, Beitr. S. 79 flg. und Abhandlungen S. 1 flg. Münch, Beitr. z. Wiss. u. Lit. des t. Bundesrechts, Bonn 1823. Heffter S. 185.

60) Eichhorn a. a. D. S. 46.

61) Man s. Heffter S. 182 flg.

ber, die souveränen Fürsten und freien Städte Deutschlands, deren Streitigkeiten unter einander auch allein nach der Auflösung des Reiches ohne Richter waren und daher, um den Bestand und Frieden des neu errichteten Bundes rechtlich zu begründen und für die Dauer zu verbürgen, die Einführung einer rechtlichen Entscheidungsweise nothwendig machten. Die heutigen Austräge sind also auch nicht, wie die zur Zeit des Reiches, ein Standesvorrecht, da die souveränen Fürsten keiner Standesklasse angehören, sondern ein durch die politischen Veränderungen und insbesondere auch dadurch, daß die regierenden Fürsten durch die erlangte politische Selbstständigkeit und Unabhängigkeit aus allen Standesverhältnissen herausgetreten sind, nothwendig gewordenes Institut, welches durch die freie Uebereinkunft der Bundesglieder unter sich in's Dasein trat, und daher auch nur von Bundesgliedern gegen Bundesglieder geltend gemacht werden kann. Außer den wirklichen Regenten hat also kein anderes Glied irgend eines teutschen Herrscherhauses, noch weniger ein teutscher Landesherr einen Anspruch auf die bundesgesetzlichen Austräge⁶²). Dagegen ist es bei den Regenten, wegen der generellen objectiven Competenz der Austragsgerichte, ganz gleichgiltig, ob sie in ihrer Eigenschaft als Regenten, als Glieder eines Fürstenhauses oder als Privaten⁶³) klagend auftreten oder belangt werden, und ob sie dabei in der ersten Eigenschaft ihre eigenen Herrscherrechte, Rechte des Staates oder Rechte einzelner (physischer oder moralischer) Personen vermöge ihres Repräsentationsrechtes⁶⁴) verfolgen oder vertheidigen, sobald sie nur als Hauptparteien zur Sache legitimirt sind. Die austragalgerichtliche Competenz ist aber nicht begründet: a) wenn eine Privatperson gegen ein oder mehrere⁶⁵) Bundesglieder Privatanprüche, oder b) ein Bundesglied in einem anderen Bundesstaate solche Privatrechte verfolgen will, die nur nach den Landesgesetzen jenes Staates und durch die Unterwerfung unter dieselben geltend gemacht werden können⁶⁶); c) wenn ein Bundesglied gegen ein anderes Ansprüche an bundesfreien Besitzungen possessorisches oder petitorisches machen will; d) wenn ein fremder Souverän gegen ein Bundesglied, oder umgekehrt, Ansprüche zu verfolgen hat, und e) bei Streitigkeiten zwischen einem Bundesgenossen und seinen Familiengliedern, die keine zum Bunde gehörigen Souveräne sind, über die Souveränität⁶⁷). 6) Auf die Un-

62) Prot. d. B. B., Bb. III. S. 80 u. 138. *And. Mein.* ist Zacharia im Arch. für civ. Praxis Bb. I. S. 96 flg. vergl. Mohl S. 57 flg.

63) Der Umstand, daß rein civilrechtliche Forderungen auch vor den Landesgerichten geltend gemacht werden können, hindert die Anwendung des Austragalgerichtes nicht, sondern begründet bloß für den Kläger ein Wahlrecht. Vgl. Peffter S. 183 flg.

64) Mohl S. 69 flg. Peffter S. 182.

65) Die bestrittene Vorfrage: wer unter den Mehreren der Verpflichtete sei? gehört vor das Austragalgericht (s. unten.)

66) Vergl. Prot. d. B. B., Bb. III. S. 137. Peffter S. 189.

67) In den beiden letzten Fällen kann eine Ausgleichung durch beehrte oder wegen zu besorgender Gefährdung der öffentlichen Ruhe und Sicherheit

terthanen der Bundesstaaten erstreckt sich die Kompetenz der Austrägalgerichte nicht, wie aus dem Bisherigen von selbst erhellet. Jedoch wurde, um den Rechtsgang zu Gunsten teutscher Unterthanen in dem Falle zu bewirken, wenn die Verpflichtung, Forderungen von Privatpersonen zu genügen, zwischen mehreren Bundesgliedern zweifelhaft oder bestritten ist, zur Entscheidung dieser Vorfrage ein gleiches Verfahren, wie bei Streitigkeiten der Bundesglieder gegen einander, angeordnet⁶⁸⁾. Die subsidiäre Schlichtung der Differenzen zwischen den Regierungen und den Landständen wurde zwar auch zu einer Bundesangelegenheit durch die Anordnung eines Schiedsgerichtes erhoben; da aber dieses Schiedsgericht von den eigentlichen Austrägalgerichten wesentlich abweicht, so kann dasselbe hier keinen Platz finden. 7) Die theoretische Darstellung hat sich daher blos mit dem zur Beilegung der Streitigkeiten der Bundesglieder unter sich und zur Ausmittelung der Vorfrage über die Verpflichtung, Forderungen von Privatpersonen zu genügen, angeordneten Verfahren zu beschäftigen. Das befolgte System wird sich aus der Darstellung selbst entnehmen lassen.

B) Verfahren bei Streitigkeiten der Bundesglieder unter sich. a) Summarisches Verfahren zur Aufrechterhaltung des Friedens und des Besizstandes⁶⁹⁾. Ein summarisches Verfahren findet blos statt: 1) zum Zwecke der Aufrechterhaltung des Friedens unter den Bundesgliedern, wenn nämlich eine gewaltsame Störung desselben entweder bereits eingetreten oder doch zu besorgen ist⁷⁰⁾, und 2) zum Zwecke der rechtlichen Festsetzung des jüngsten Besizes⁷¹⁾. Im ersten Falle schreitet die B. W., auf erhaltene begründete Kunde von einer vorgefallenen oder zu besorgenden Friedensstörung, sofort, ohne Mitwirkung einer anderen Behörde, durch Beschließung und Ausführung der zur Wiederherstellung oder Erhaltung des Friedens nöthig erachteten Maßregeln ein. Dieses Verfahren bezweckt blos die polizeiliche Handhabung des Friedens, und läßt das Rechtsverhältniß, welches zur Gewaltthätigkeit Veranlassung gegeben haben mag, ganz unberührt. Es bleibt daher den Beteiligten unbenommen, ihre Rechtsansprüche, der getroffenen Maßregeln ungeachtet, auf geeignete Weise geltend zu machen.

des Bundes von Amtswegen erfolgte Dazwischentunft der B. W. herbeigeführt werden; wobei sich eine vorgängige *causae cognitio* ebenso von selbst versteht, als eine förmliche *decisio*, die nur von Gerichten ausgehen kann, rechtlich unmöglich ist (abweichend ist Maurenbrecher, Grundf. §. 119. Note f.). Wiener Schl. Act. Art. 26, 36, 37 u. 50. Nr. 4. Vergl. Heffter S. 190. Jordan, Lehrb. §. 216. Note 15 u. 16. u. §. 225.

68) Wiener Schl. Act. Art. 30. Ueber den Zweck dieser Anordnung und des nicht hierher gehörigen Recurses wegen verzögerteter oder gehemmter Justiz s. Jordan, Lehrb. §. 216. Note 20.

69) Klüber, öff. R. §. 172. Jordan, Lehrb. §. 217. Mohl S. 85 flg. Heffter S. 192 flg. Scheuerlen a. a. D. S. 13 flg.

70) Wiener Schl. Act. Art. 18 u. 19.

71) Wiener Schl. Act. Art. 20.

Im zweiten Falle ist dagegen das Verfahren rein rechtlicher Natur, indem der bestrittene jüngste Besitz durch Rechtsanspruch festgesetzt werden soll. Es tritt daher auch nur auf Anrufen⁷²⁾ eines beteiligten Bundesglieders ein, außer wenn wegen des bestrittenen Besitzstandes Gewaltthätigkeiten vorkommen oder zu befürchten sind, in welchem Falle das Verfahren der ersten Art mit dem der zweiten concurrirt, indem die B. W. nicht nur wegen Aufrechthaltung des Friedens von Amtswegen einschreitet, sondern auch das Verfahren über den jüngsten Besitz auf Verlangen eines der beteiligten Bundesglieder einleitet. Die rechtliche Feststellung des jüngsten Besitzes geschieht auf folgende Art⁷³⁾. Die B. W. fordert ein bei der Sache nicht beteiligtes Bundesglied in der Nähe des zu schützenden Gebietes auf, die Thatsache des jüngsten Besitzes und die angezeigte Störung desselben ohne Zeitverlust durch seinen obersten Gerichtshof summarisch untersuchen und darüber einen rechtlichen Bescheid abfassen zu lassen, dessen Vollziehung die B. W. im Falle Bedürfnisses durch die ihr gesetzlich zustehenden Zwangsmittel zu bewirken hat. Wenn der aufgeforderte Bundesstaat mehrere oberste Gerichtshöfe hat, so bestimmt die B. W. denjenigen unter denselben, welcher die Untersuchung und Entscheidung vorzunehmen soll. Gesetzlich ist hierüber zwar nichts bestimmt; es folgt dies aber theils aus der Natur des ganzen Verfahrens, theils aus der analogen Anwendung der für das ordentliche Verfahren gegebenen Vorschriften, welche überhaupt, insoweit es das Wesen des summarischen Besitzprozesses zuläßt, auch hier anzuwenden sind⁷⁴⁾. Daher hat der oberste Gerichtshof auch hier nach den Landesprozeßgesetzen zu verfahren und in pleno nach gemeinem Rechte in der Hauptsache und über den Kostenpunct zu entscheiden. Ein Rechtsmittel ist jedoch hier wohl nicht zu gestatten⁷⁵⁾.

b) Ordentliches Verfahren bei Streitigkeiten anderer Art. a) Das Vermittlungsverfahren⁷⁶⁾. Bei allen Streitigkeiten der Bundesglieder unter sich, welche weder das Bundesverhältniß, noch den jüngsten Besitz betreffen, tritt, wenn sich die Parteien nicht ohne Concurrenz der B. W. vergleichen, das ordentliche Verfahren ein, welches in zwei Hauptabschnitte, in das Vermittlungsverfahren vor der B. W. und in das eigentliche Prozeßverfahren vor dem Austrägalgerichte, zerfällt, wo-

72) Fehlt es an einer solchen Imploration, so kann, wenn es die Umstände erfordern, bloß das polizeiliche Einschreiten stattfinden, und muß die rechtliche Beschaffenheit des jüngsten Besitzes unentschieden gelassen werden. Jordan, Lehrb. §. 217. Note 3.

73) Wiener Schf. Act. Art. 20. vgl. R. G. D. v. 1555. Th. II. Tit. 21. §. 1 u. 2.

74) Man s. Heffter S. 193 fig. auch Mohl S. 90 fig.

75) Heffter S. 194. Nr. 2. v. Struve S. 51.

76) Klüber, off. R. §. 173. Rudhart, Recht des t. B. S. 119. Jordan, Lehrbuch §. 218. Mohl S. 93 fig. Heffter S. 229 fig. Scheuerlen S. 15 fig. v. Struve S. 31 fig.

von jedoch Letzteres erst dann nothwendig wird, wenn das Erstere mißlingt⁷⁷⁾.

Das Vermittelungsverfahren beginnt sofort nach bei der B. B. angebrachter Klage durch die Wahl einer aus zwei oder mehreren Mitgliedern bestehenden Vermittelungscommission (B.-Ausschuß), welche als Organ der B. B. die gütliche Ausgleichung des Streites nach den für sie vorhandenen Normen⁷⁸⁾ zu versuchen hat. Dieser Ausschuss, dessen Ernennung die B. B. den Parteien bekannt macht, verlangt zunächst von dem verklagten Theile, unter Bestimmung einer kurzen Frist, gleichfalls eine Darstellung der Sache und seiner Einreden, um nach dieser und der Klagschrift angemessene Vergleichsvorschläge entwerfen zu können. Er setzt sodann zum wirklichen Versuche der Güte einen Termin an, an dem er sich bemüht, den Vergleich zu Stande zu bringen. Treten hierbei Schwierigkeiten ein, so erstattet er Bericht an die B. B., welche hierauf dieselben wegzuräumen sucht. Ebenso setzt er die B. B. überhaupt von dem Erfolge seiner Bemühungen berichtlich in Kenntniß. Das Verfahren, für dessen Dauer die B. B. auch eine den Umständen angemessene Frist von Amtswegen oder auf Begehren eines der zwiffigen Theile bestimmen kann⁷⁹⁾, endigt, sobald entweder der Vergleich wirklich zu Stande gekommen oder die Vermittelung als mißlungen zu betrachten ist. Im ersten Falle wird die Vergleichsurkunde in Urschrift sammt den abschriftlichen Ratificationsurkunden im Bundesarchiv niedergelegt und der Vergleich selbst vom Bunde garantirt⁸⁰⁾, im zweiten aber der B. B. von dem Ausschusse die Anzeige gemacht, daß jeder weitere Versuch einer gütlichen Beilegung des Streites vergeblich sei⁸¹⁾.

β) Das Prozeßverfahren⁸²⁾. 1) Wahl des Austrágalgerichtes — andere Arten der Austráge. Die mißlungene Vermittelung macht eine richterliche Entscheidung des Streites und sonach die Einleitung des Prozeßverfahrens nothwendig, welchem jedoch bei jeder Streitfache die Wahl des Austrágalgerichtes vorangehen muß, da es kein ständiges Bundesgericht gibt, wenn nicht für den fraglichen Fall gewillkürte Austráge bestehen. Man hat überhaupt mehrere Arten der Austrágsgerichte zu unterscheiden. a) Den Bundesgliedern steht es nämlich auch frei, sowohl bei einzelnen vorkommenden Streitigkeiten, als für

77) B.-Acte Art. 11. B. Schl. Act. Art. 21. B.-Beschl. v. 16. Juni 1817. Art. II. u. III.

78) Hierher gehört auch die Geschäftsordnung für B. Commiss. vom 29. April 1819 (Prot. der B. B. Bd. VII, S. 205. v. Meyer, o. j. II. S. 140, Michaelis S. 527, Klüber, Quellenf. S. 272.) §. 3 u. 4. — Jordan, Lehrb. §. 212. Nr. III.

79) B.-Beschl. v. 1817. Art. II. lit. a.

80) B.-Beschl. v. 1817. Art. II. lit. d.

81) B.-Beschl. v. 1817. Art. III. Nr. 2. Die Vorschläge des Entw. v. 21. Dec. 1820. §. 1—8, s. man bei Mohl S. 99 flg. und Pfeiffer S. 274 flg.

alle künftigen Fälle wegen besonderer Austräge oder Compromisse übereinzukommen, wie denn auch frühere Familien- (Stamm-) oder Vertragsausträge durch die Errichtung der Bundesausträgalinstanz nicht aufgehoben, noch abgeändert worden sind⁸³). Es ist jedoch in den Bundesgesetzen nichts Näheres über diese Austräge, namentlich darüber bestimmt, ob und inwieweit die B. B. bei denselben wirksam zu sein habe. Diese Austräge gehen, wo sie begründet sind, den gesetzlichen vor, an deren Stelle sie treten; weshalb gegen die Aussprüche derselben nicht, wie zur Zeit des Reiches an die Reichsgerichte, an ein gesetzliches Austrägalgericht appellirt⁸⁴), sondern nur das Rechtsmittel der Restitution wie gegen die Urtheile der gesetzlichen Austräge gebraucht werden kann. Die bestrittene Anwendbarkeit dieser Austräge kann dagegen die Wahl eines gesetzlichen Austrägalgerichtes zur Entscheidung über die Vorfrage der Anwendbarkeit nothwendig machen, sowie umgekehrt die Behauptung, daß die Sache nicht an die gesetzlichen, sondern an die gewillkürten Austräge gehöre, das gesetzlich gewählte Austrägalgericht veranlassen kann, zunächst über diese forideclinatorische Einrede zu entscheiden. Der Gang und die Ordnung des Verfahrens liegen ganz außer dem Bereiche der Wirksamkeit der B. B.; dagegen sind die Urtheile dieser Austräge, da sie in Folge der gesetzlichen Anerkennung ebenso an die Stelle der gesetzlichen treten, wie dieß zur Zeit des Reiches der Fall war, von der B. B. zu vollziehen⁸⁵). b) Ebenso bleibt es den Mitgliedern des Bundes unbenommen, sich darüber einzuverstehen, daß die zwischen ihnen entstandenen Streitigkeiten auf dem Wege des für die Differenzen zwischen Regierungen und Ständen angeordneten Schiedsgerichtes ausgetragen werden⁸⁶); in welchem Falle sodann ebenso verfahren wird, als wie bei jenen Differenzen. c) Nicht minder können die zwisflichen Theile, anstatt ein Austrägalgericht auf gesetzliche Weise zu wählen, sich über ein solches gütlich vereinigen⁸⁷), welches sodann in allen Verhältnissen einem auf dem gesetzlich vorgeschriebenen Wege gewählten Gerichte gleichsteht. d) Findet keiner dieser Fälle statt, so tritt die bundesgesetzliche Aus-

82) Klüber, *off. R.* §. 174. Rudhart *S.* 122 flg. Jordan *S.* 219. Mohl *S.* 108 flg. Peffter *S.* 199 flg. v. Dresch, *Abhandl.* *S.* 27 flg. Scheuerlen *S.* 18 flg. v. Struve *S.* 35 flg.

83) *W. Schl. Act.* Art. 24. Peffter *S.* 203 flg. v. Dresch, *Abhandl.* *S.* 31 flg. v. Struve *S.* 41 flg.

84) Peffter *S.* 216. *A. M.* v. Dresch, *Abhandl.* *S.* 33 flg.

85) Wiederholte Prüfung nöthigt den Verfasser seine frühere abweichende Meinung (*Lehrb.* §. 219. Note 11), obwohl ihr seitdem auch Maurenbrecher (*Grundf.* §. 120. Note d.) beitrug, aufzugeben und Peffter (*S.* 217) beizustimmen. Es wäre kein richterliches Erkenntniß, wenn die Vollziehung nicht garantirt wäre, und wozu bundesgesetzliche Anerkennung, wenn sich die B. B. um die Aussprüche dieser Austräge eben so wenig zu bekümmern brauchte, als um eine sonstige Vertragung oder private Ausgleichung des Streites?

86) *B.-Beschl.* v. 30. Oct. 1834. Art. 12.

87) *Prot. d. B. B. Bd. XI.* *S.* 26 u. 76. Peffter *S.* 236.

tr ä g a l i n s t a n z ein, welche auch dann Platz greift, wenn mehrere Bundesglieder als Streitgenossen belangt werden, von denen nur Einer oder der Andere besondere, oder mit dem klagenden Theile gemeinschaftliche Austräge hat⁸⁸⁾. — Ueber die Wahl der gesetzlichen A u s t r ä g a l i n s t a n z Folgendes⁸⁹⁾. 1) Das Wahlgeschäft, in Vorschlag und Wahl bestehend, liegt denjenigen ob, welche durch die Entscheidungen des Gerichtes verbindlich werden sollen; woraus folgt, daß in einer bei einem Austrägalgerichte anhängigen Sache zwar eine freiwillige Theilnahme Dritter als Intervenienten oder Litisdenunciaten, aber keine erzwungene in Folge einer sogenannten Adcitation stattfinden könne⁹⁰⁾. 2) Das Vorschlagsrecht gebührt, wie zur Zeit des Reiches, dem Beklagten, d. h. dem Bundesgliede, gegen welches ein anderes Ansprüche erhoben hat. Ist es zweifelhaft⁹¹⁾, welcher Theil der Beklagte sei, wie bei den iudicia duplicia, und bei der Frage, welches von mehreren Bundesgliedern die Verbindlichkeit habe, den Forderungen einer Privatperson zu genügen, so hat der Theil, welcher zuerst die B. W. anging, die Rolle des Beklagten zu übernehmen, oder es muß, wenn dieß von beiden Theilen zugleich geschah, diese Rolle durch das Loos ausgemittelt werden, wenn es die B. W. nicht vorziehen sollte, eine Frist zur gütlichen Vereinigung hierüber mit der Androhung festzusetzen, daß nach dem fruchtlosen Ablaufe derselben sie selbst die Austrägalinstanz bestimmen würde. Mehrere Beklagte müssen sich binnen der gesetzlichen Frist über den Vorschlag vereinigen, sonst geht das Vorschlagsrecht an die B. W. über. 3) Vermöge dieses Rechtes hat nun der Beklagte binnen 4 bis 6 Wochen, vom Tage der bei der B. W. gemachten Anzeige an, daß die Vermittelung misslungen sei, dem Kläger drei unparteiische Bundesglieder vorzuschlagen. Läßt der Beklagte diese Frist unbenutzt verstreichen, so geht das Vorschlagsrecht auf die B. W. über, wenn nicht vor Ablauf derselben eine Erstreckung bewirkt worden ist⁹²⁾. 4) Der Kläger hat hierauf binnen gleicher Frist, welche vom Tage des ihm bekannt gemachten Vorschlages an gerechnet wird, aus den vorgeschlagenen Bundesgliedern eines zu wählen. Für den Fall der unterlassenen Wahl besteht zwar kein gesetzliches

88) Dafür spricht die Analogie dessen, was zur Zeit des Reiches in diesem Falle stattfand. Danz §. 256. v. Dresch, Abhandl. S. 35. Nr. 3.

89) B.-Beschl. v. 1817. Art. III. Eing. u. Nr. 2 flg. B. Schl. Act. Art. 21. Beschl. v. 3. Aug. 1820. Art. 1.

90) Klüber, öff. R. §. 175. Note i. Mohl S. 126. Peffter S. 245. v. Dresch a. a. D. S. 40. And. M. ist hinsichtlich der Adcitation Rudhart a. a. D. S. 129.

91) Die Bundesnormen enthalten hierüber nichts. Ein Auskunftsmittel schlägt der Entwurf vom 21. Dec. 1820 vor, s. Peffter S. 284. — Ueber Obiges vergl. L. 13. und 14. D. de iud. (5. 1.) Peffter S. 232. von Dresch a. a. D. S. 41. v. Struve S. 36. Jordan, Lehrb. §. 219. Note 3.

92) Vergl. Prot. der B. W. Bd. XIV. S. 32. v. Dresch, Abhandl. S. 42. Nr. 4.

Präjudiz; die B. W. wird aber zweckmäßig das für den Beklagten bestehende auch hier androhen⁹³⁾. Ebenso muß auch mehreren Klägern ein Rechtsnachtheil für den Fall angedroht werden, daß sie sich binnen der genannten Frist über die Wahl nicht vereinigen sollten. Jedoch kann auch Einer unter ihnen für sich wählen, dem sich sodann die Anderen anschließen⁹⁴⁾. 5) Die oberste Gerichtsstelle des auf diese Art gewählten Bundesgliedes ist sodann als die gewählte Austrägalinstanz⁹⁵⁾ zu betrachten, welche im Namen und anstatt der B. W., sowie vermöge Auftrages derselben handelt. Hieraus ergibt sich, daß unter den vom Beklagten vorgeschlagenen Bundesgliedern nicht zwei oder gar alle drei denselben obersten Gerichtshof gemeinschaftlich haben dürfen⁹⁶⁾, obgleich auch Staaten mit solchen gemeinschaftlichen Gerichten mit oder allein vorgeschlagen werden können, sobald nur der Vorschlag dem Kläger die Möglichkeit gewährt, zwischen drei verschiedenen, in drei verschiedenen Bundesstaaten befindlichen obersten Gerichten zu wählen⁹⁷⁾. Befinden sich in dem gewählten Bundesstaate mehrere Gerichte dritter Instanz, so hat sich der Kläger auch über die Wahl der Gerichtsstelle zu erklären, sonst trifft die B. W. diese Auswahl. Wurde ein Bundesglied gewählt, welches ein gemeinschaftliches oberstes Gericht hat, so ist natürlich dieses die Austrägalinstanz⁹⁸⁾. 6) Die B. W. macht dem gewählten Gerichtshofe, die Wahl mag auf dem bisher bezeichneten gesetzlichen Wege oder durch freie Uebereinkunft der Betheiligten erfolgt sein, diese seine Bestimmung bekannt, und erteilt ihm, unter Mittheilung der Vergleichsverhandlungen, jedoch nur zur Kenntnisaufnahme und nicht zum gerichtlichen Gebrauche⁹⁹⁾, förmlichen Auftrag zur Vollziehung der Bundesacte als Austrägalinstanz¹⁰⁰⁾. 7) Die Uebnahme des Austrägalauftrages von der bestimmten obersten Gerichtsstelle ist als eine Bundespflicht¹⁰¹⁾ anzusehen. Nur ganz besondere, der B. W. etwa unbekannt gewesene Verhältnisse, welche eine völlige Unfähigkeit

93) Dieß schlägt der Entwurf vom 21. Dec. 1820 §. 11 vor; s. Pfeffter S. 284.

94) Prot. der B. W. Bd. XIV. S. 108 flg. und 153 flg. Pfeffter S. 235. v. Dresch, Abh. S. 43.

95) Eigentlich Austrägalcommission, da die B. W. nur sich als Austrägalinstanz anerkennen will (s. oben Note 36).

96) Denn sonst hätte der Kläger keine Wahl unter drei Gerichten.

97) Prot. der B. W. Bd. IV. S. 136. Pfeffter S. 239.

98) B.-Beschl. v. 1817. Art. III. Nr. 4.

99) Mohl S. 113.

100) B.-Beschl. v. 1817. Art. III. Nr. 3. Die Auftragserteilung kann wohl nur mittelst der betreffenden Regierung erfolgen, da kein oberstes Gericht als solches unter der B. W. steht.

101) B.-Beschl. v. 1817. Art. III. Nr. 4. Eing. — Eigentlich kann nur die Beauftragung des Gerichtes von Seiten der betreffenden Regierung, den Austrägalauftrag der B. W. zu vollziehen, eine Bundespflicht sein, da die obersten Gerichtshöfe keine Bundesglieder sind, und daher auch keine unmittelbaren Bundespflichten haben können.

der Instanzübernahme begründen, können zur Entschuldigug dienen; sie sind aber binnen 14 Tagen, vom Tage des erhaltenen Auftrages an, bei der B. W. vorzubringen, welche sodann darüber entscheidet¹⁰²⁾. Die Gründe der Entschuldigug¹⁰³⁾, welche nämlich die Ausübung des Richteramtes in dem gegebenen Falle rechtlich unmöglich machen, können weder von der Natur der Streitsache hergenommen sein, da diese der B. W. bereits zur Zeit der Auftragserteilung bekannt war, noch überhaupt sich auf die subjective oder objective Competenz beziehen, deren Begründung im Auftrage der B. W. liegt, noch die Art der Bestellung betreffen, da diese auf einem Beschlusse der B. W. beruht, worüber dem Gerichte keine Cognition zusteht. Soviel geht aber aus dieser Vorschrift hervor, daß die Parteien ihre etwaigen Einwendungen gegen die Art der Bestellung noch vor der Auftragserteilung bei der B. W. vorbringen müssen, Gründe dagegen, welche die Auftragsübernahme als rechtlich unzulässig darstellen und der B. W. noch unbekannt sind, auch noch während der vierzehntägigen Frist bei dieser an- und ausführen können. Werden innerhalb der 14 Tage keine Entschuldigugsgründe vorgebracht, so ist, wenn das Gericht keine Fristerstreckung bewirkt hat, anzunehmen, daß keine solchen Gründe der Uebernahme des Auftrages im Wege stehen. Jedoch muß die B. W. auch die nach Ablauf der Frist noch vorgebrachten Entschuldigugsgründe beachten, da, wenn diese wirklich die Auftragsübernahme rechtlich unmöglich machen, das Gericht den Auftrag nicht übernehmen, noch hierzu gezwungen werden darf, weil es zum Unmöglichen keine rechtliche Verpflichtung gibt. Findet die B. W. die Entschuldigug begründet, so muß sie, wenn die Parteien sich nicht gütlich über ein anderes Austragsgericht vereinigen, die Bestellung einer anderen gesetzlichen Austragsinstanz veranstalten, wobei das Bundesglied, dessen oberster Gerichtshof von der Uebernahme des Austragalauftrages befreit werden mußte, nicht wieder vorgeschlagen werden darf¹⁰⁴⁾.

2) Das austragalgerichtliche Prozeßverfahren selbst. Dem zur Austragalinstanz gewählten obersten Gerichtshofe steht nun die Leitung des Prozesses und die Entscheidung des Streit es in allen seinen Haupt- und Nebenpuncten uneingeschränkt und ohne alle weitere Einwirkung der B. W. oder Landesregierung zu, welche letztere jedoch im Falle einerögerung von Seiten des Gerichtes die zur Beförderung der Entscheidung nöthigen Verfügungen, auf Ansuchen der B. W. oder der streitenden Theile, zu erlassen befugt ist¹⁰⁵⁾. 1) Die Zusammensetzung des Gerichtes betreffend, so ist zwar eine bestimmte Anzahl von Richtern nicht vorgeschrieben, wohl

102) B.-Beschl. v. 1817. Art. III. Nr. 4. Auch zur Zeit des Reiches mußte sich der gewählte Austragsrichter binnen 14 Tagen erklären (s. oben Note 8.)

103) Man s. v. Dresch, Abh. S. 49 fig.

104) Das Gesagte folgt aus dem Zwecke der Befehle.

105) B. Schl. Acte Art. 22. oder Beschl. v. 3. Aug. 1820. Art. II.

aber verordnet¹⁰⁶), daß, wenn das Gericht aus mehreren Senaten besteht, es in pleno die Austrägal Sache verhandeln und das Urtheil, es sei ein definitives oder Zwischenerkenntniß, schöpfen soll. 2) Die *I n s t r u c t i o n* des Processes geschieht nach der Prozeßordnung, welche der Austrägalgerichtshof bei den sonst vor ihm zu verhandelnden Rechts sachen zu befolgen hat, und zwar ganz in derselben Weise, wie bei diesen, also nach den Prozeßgesetzen des Landes, dessen oberstes Gericht er ist. Hat daher der Gerichtshof keine besondere Prozeßordnung, so kommen die überhaupt für die Landesgerichte bestehenden Prozeßgesetze und subsidiär das gemeinrechtliche Verfahren zur Anwendung¹⁰⁷). Jedoch ist nach den Landesprozeßgesetzen nicht die Statthaftigkeit der Prozeßhandlungen, die nach den besonderen Bundesgesetzen und subsidiär nach dem gemeinen Prozeßrechte entschieden werden muß, sondern nur das Verfahren bei statthafteu zu bestimmen, weil die Bestimmung der Statthaftigkeit einer Prozeßhandlung keine *I n s t r u c t i o n*, sondern eine *E n t s c h e i d u n g* ist; als *E n t s c h e i d u n g s n o r m* aber die Landesprozeßordnung nie befolgt werden darf. Die Sache muß natürlich bis zu ihrer völligen Beendigung bei demselben Austrägalgerichte verbleiben, welches daher, wie über alle Haupt- und Nebenpunkte zu entscheiden, so auch jede der Entscheidung vorgängige, beziehungsweise dem Zwischenerkenntnisse nachfolgende *I n s t r u c t i o n* vorzunehmen hat¹⁰⁸). Prozeßverfügungen sind zwar regelmäßig den Anwälten der Parteien zu insinuiren, wenn aber das Gericht dieß unmittelbar nicht bewirken kann, so soll es davon der eigenen Regierung Vorlage machen, damit diese in den Stand gesetzt werde, durch ihre Bundestagsgesandtschaft die geeignete Mittheilung an jene Regierung, die es angeht, zu bewirken¹⁰⁹). 3) Der ordentliche Prozeß bildet zwar auch bei dem Austrägalgerichte die Regel; dieses ist aber zweifellos befugt, ausnahmsweise ein summarisches Verfahren in den dazu geeigneten Fällen anzuordnen, da die Bestimmung der Prozeßart entschieden zum Umfange der richterlichen *C o g n i t i o n* gehört¹¹⁰). 4) Gegen die *C o m p e t e n z* des Gerichtes kann jetzt vor diesem nichts mehr vorgebracht werden, außer wenn das Vorbringen sich auf neue oder erst jetzt in Erfahrung gebrachte Thatsachen stützt. Denn Einwendungen dieser Art mußten während des Verfahrens über die Bestellung der Austrägalinstanz bei der *B. B.* selbst geltend gemacht werden, welcher auch die *C o g n i t i o n* hierüber zusteht¹¹¹). Zudem liegt in der unbedingt erfolgten Wahl des Gerichtes eine Verzichtleistung auf damals schon vorhanden gewesene

106) B.-Beschl. v. 1817. Art. III. Nr. 5.

107) Vgl. Rudhart S. 131 u. v. Dresch, Abh. S. 45 flg.

108) Vergl. B.-Beschl. v. 1817. Art. III. Nr. 5.

109) B.-Beschl. v. 7. Oct. 1830. (s. oben Note 3.)

110) Man s. Heffter S. 290.

111) Dieß folgt consequent daraus, daß die *B. B.* auch über die vom gewählten Gerichte selbst vorgebrachten Entschuldigungsgründe entscheidet (siehe oben Note 102).

und bekannte Recusationsgründe. Werden solche Gründe jetzt noch erlaubterweise vorgebracht, so hat, wenn nicht bloß einzelne Mitglieder des Gerichtes recusirt werden, worüber der Gerichtshof selbst erkennt, insofern noch eine genügende Anzahl nicht recusirter Glieder übrig bleibt, auch jetzt die B. W. darüber zu entscheiden, weil einmal über die Recusation überhaupt nicht das recusirte Gericht selbst entscheidet¹¹²⁾, und weil sodann die Entscheidung über die rechtliche Fähigkeit des Gerichtes, den Austrágalauftrag zu übernehmen, worauf sich die Recusation bezieht, der B. W. gebührt, wobei die Zeit des Vorbringens nichts zu verändern vermag, da die durch den Auftrag dem Gerichte eingeräumte Unabhängigkeit sich lediglich auf die Verhandlung und Entscheidung der Sache bezieht¹¹³⁾. 5) Die Theilnahme eines dritten Bundesgliedes an dem anhängigen Rechtsstreite ist nur statthaft, wenn das Gericht eine wesentliche Verbindung der Rechtsverhältnisse des intervenirenden Dritten mit dem anhängigen Rechtsstreite, also das Vorhandensein einer Sachconnerität anerkennt¹¹⁴⁾; nur darf die Theilnahme nicht durch Abdication bewirkt werden¹¹⁵⁾. 6) Die Zulässigkeit der Wiederklage ist durch eine gleiche Sachconnerität bedingt, sie muß aber sogleich bei der Einlassung auf die Klage angebracht werden¹¹⁶⁾. 7) Ein Austrágalgericht ist befugt, unbedingte Mandate (mandata sine clausula) zu erlassen, wenn über Neuerungen während der Rechtshängigkeit einer bei demselben in gerichtlicher Verhandlung stehenden Streitfache geklagt wird, und an den Erfordernissen zu einer Verfügung dieser Art in anderer Beziehung kein Mangel erscheint. Jedoch hat sich das Gericht hierbei der Androhung von Geldstrafen zu enthalten und die Veranlassung der Vollstreckung des auf das erlassene Mandat ergehenden, an die B. W. einzusendenden schließlichen Erkenntnisses, dieser lediglich zu überlassen¹¹⁷⁾. Die Rechtsbeständigkeit eines erlassenen Mandates dieser Art kann, da es keine höhere Instanz gibt, und die Austrágalinstanz in der Prozeßleitung wie im Beurtheilen der Sache unabhängig ist, natürlich nicht angefochten werden. Im Uebrigen hat das austrágalgerichtliche Verfahren keine besondere Eigenthümlichkeit. 8) Das Endurtheil muß längstens binnen Jahresfrist, vom Tage der Ueberreichung der Klage bei der Austrágalinstanz an gerechnet, erfolgen. Sollte es ausnahmsweise nicht thunlich sein, so hat der oberste Gerichtshof als Aus-

112) Vgl. Linde, Lehrb. des Civilproz. (5. Aufl.) §. 82.

113) Ueber die Statthaftigkeit der Recusation sind von einander abweichend Heffter S. 240, u. v. Dresch, Abh. S. 50. Note q.

114) B.-Beschl. v. 3. Aug. 1820 Art. III. Außer einer solchen Sachconnerität läßt sich freilich überhaupt keine Intervention als rechtlich möglich denken.

115) Wohl aber durch Litisdenunciation (s. überhaupt oben Note 90).

116) B.-Beschl. v. 3. Aug. 1820 Art. III. Heffter S. 245. Anmerk. 2.

117) B.-Beschl. v. 28. Febr. 1833. s. X. Müller, Archiv für die neueste Gesetzgeb. 2c. Bd. VI. S. 2. S. 35.

trágalinstanz einen Bericht an die B. V. zu erstatten, die Gründe eines nothwendig geglaubten längeren Verzuges anzuzeigen, und die Bewilligung oder Mißbilligung vom Bundestage zu empfangen¹¹⁸⁾. Diese, schon im Styl nicht ganz gut gerathene, Vorschrift wurde offenbar durch die oben berührte Bestimmung der Reichsgesetze¹¹⁹⁾, wornach Austráagsachen binnen Jahresfrist beendigt sein mußten, widrigenfalls man sie an das Reichskammergericht bringen konnte, veranlaßt; hat aber jetzt, wo ein ähnliches Präjudiz nicht mehr möglich ist, gar keinen Zweck, da einerseits auch die Beendigung eines Austráagalprozesses von Umständen abhängt, die außerhalb der Willkür des Gerichtes liegen, und andererseits die Streifsache immer — gleichviel, was die längere Dauer des Verfahrens veranlaßt haben mag — bei dem Austráalgerichte bis zur erfolgten völligen Beendigung verbleiben muß, wenn nicht ein neues Austráalgericht gewählt, vor diesem der Streit von Neuem wieder begonnen, und also eine noch größere Verzögerung herbeigeführt werden soll, wäre ein solches neues Verfahren auch gesetzlich angeordnet und somit statthaft, was jedoch der Fall nicht ist. Die fragliche Bestimmung steht überdies im Widerspruche mit der oben (s. Note 105) erwähnten gesetzlichen Vorschrift, wornach der Austráalinstanz die Leistung und Entscheidung des Streitcs uneingeschränkt und ohne alle weitere Einwirkung der B. V. zustehen und nur die betreffende Landesregierung befugt sein soll, wegen Verzögerung der Sache auf Ansuchen der B. V. oder der streitenden Theile die nöthigen Verfügungen zu erlassen, indem auch hier lediglich eine solche Verzögerung in Frage steht. Und wie wäre eine Mißbilligung ohne rechtliche Untersuchung und Würdigung aller obwaltenden That- und Rechtsverhältnisse, mithin ohne obergerichtliche Gewalt rechtlich möglich, und wie die Unabhängigkeit der Austráalinstanz, und die Stellung derselben als eines obersten Gerichtshofes eines souveränen Staates hiermit vereinbar¹²⁰⁾? Wir glauben daher, daß diese Vorschrift vom J. 1817 als durch die neuere grundgesetzliche Bundesbestimmung von 1820 indirect aufgehoben zu betrachten sei. 9) Die Entscheidungsnormen betreffend, so hat das Austráalgericht a) die Statthaftigkeit der Prozeßhandlungen nach dem Bundesrechte und den gemeinrechtlichen Prozeßvorschriften, wie schon oben bemerkt wurde, und insbesondere die Zulässigkeit und Wirkung der Beweismittel allein nach letzteren zu bestimmen¹²¹⁾; b) in der Hauptsache¹²²⁾ aber zunächst a) die besondern, auf die Streifsache bezüglichen Normen, als: Verträge der streitenden Theile; Particularrechte der einschlägigen Bundesstaaten; beide Theile verbindende Normen, z. B. Testamente, Erbeinigungen, Hausgesetze und völkerrechtliche Verträge,

118) B.-Beschl. v. 1817 Art. III. Nr. 8.

119) M. f. Heffter S. 243 flg.

120) M. vgl. Mohl S. 124 flg.

121) Heffter S. 142.

122) Bef. Mohl S. 164 flg.

die nicht von den Parteien abgeschlossen worden sind, z. B. Friedensschlüsse etc., und in deren Ermangelung β) die in Rechtsstreitigkeiten derselben Art vormals von den Reichsgerichten subsidiarisch befolgten Rechtsquellen, insofern solche auf die jetzigen Verhältnisse der Bundesglieder noch anwendbar sind, d. i. das noch anwendbare gemeine Recht¹²³⁾, zu befolgen; γ) in Ansehung des Kostenpunctes endlich stets nach den gemeinrechtlichen Grundsätzen zu erkennen, die Quantität der Kosten jedoch nach der dem Austrägalgerichte nach den Landesgesetzen vorgeschriebenen Taxordnung, ohne Anrechnung weiterer Gebühren, zu bestimmen¹²⁴⁾. 10) Da die Urtheilsfällung nach logischen und rechtlichen Principien geschehen muß, mithin das Urtheil als ein Product der logischen und rechtlichen Nothwendigkeit erscheint, so leuchtet von selbst ein, daß dem Austrägalgerichte auch keine Art von Erkenntniß, welche sich als ein solches Product in der anhängigen Streitsache ergeben kann, untersagt sein darf, und daß daher dasselbe auch ein bedingtes Definitivurtheil zu fällen hat, sobald die rechtlichen Bedingungen eines solchen vorhanden sind¹²⁵⁾. 11) Das Urtheil ist im Namen der B. V. abzufassen, und es sind demselben jederzeit die vollständigen Entscheidungsgründe beizufügen¹²⁶⁾. 12) Dasselbe wird sodann den Parteien von der Austrägalinstanz, und zwar ausdrücklich im Namen und Auftrag des Bundes eröffnet, und hierauf von derselben sammt den Acten dem Bundestage überschickt¹²⁷⁾.

γ) Rechtsmittelinstanz¹²⁸⁾. Alle, sowohl interlocutorische als definitive Austrägalerkennnisse sind sofort nach ihrer Eröffnung als rechtskräftig anzusehen und zu befolgen¹²⁹⁾. Sie können daher durch kein ordentliches Rechtsmittel angefochten werden. Jedoch ist das außerordentliche Rechtsmittel der Revision wegen neu aufgefunder Thatsachen und (oder) Be-

123) B. Schl. Act. Art. 23. B.-Beschl. vom 3. Aug. 1820 Art. IV. vergl. mit dem B.-Beschl. v. 1817 Art. III. Nr. 7. Ueber die Beachtung des gemeinen Rechtes von Seiten der Reichsgerichte s. m. R. G. D. v. 1495. §. 3. und v. 1555. Th. I. Tit. 57. R.-Hof-R.-D. Tit. I. §. 15. u. Tit. 7. §. 21 u. 24. J. R. A. §. 105. — Heffter S. 200 flg. Ob solche gemeinrechtliche Normen vorhanden und noch anwendbar seien, hat das Gericht zu entscheiden. Daß daher der Vorwand des Mangels oder der Anwendbarkeit solcher Normen kein Grund sein könne, eine Streitsache der austrägalgerichtlichen Entscheidung zu entziehen, wurde schon oben bemerkt. And. Mein. ist Eichhorn a. a. D. S. 46 flg. man s. aber dagegen Larck a. a. D. S. 115 flg.

124) B.-Beschl. v. 3. Aug. 1820 Art. V.

125) Dafür spricht auch die bisherige Praxis, s. Heffter S. 239.

126) B.-Beschl. v. 3. Aug. 1820 Art. V.

127) B.-Beschl. v. 1817 Art. III. Nr. 5.

128) M. f. Wohl S. 194 flg. Heffter S. 246 flg. Scheuerlen S. 23. u. v. Struve S. 46 flg.

129) B.-A. Art. 11. B.-Beschl. v. 3. Aug. 1820 Art. VI.

weismittel (*restitutio ex capite novorum*) zulässig¹³⁰). Ueber das Restitutionsverfahren ist Folgendes gesetzlich¹³¹) bestimmt. 1) Das Gesuch um Restitution, welches jedoch die Vollziehung des Austrägerkenntnisses nicht aufhalten kann, muß innerhalb vier Jahren, vom Tage der Auffindung der nova an gerechnet, bei der B. B. angebracht werden. 2) Diese übersendet sodann das Gesuch an denselben Gerichtshof, welcher die Entscheidung in der Sache gefaßt, und nun über die Zulässigkeit der Restitution und über die Erheblichkeit der neu aufgefundenen Thatfachen und (oder) Beweismittel zu erkennen hat. 3) Hält das Gericht die nova für erheblich, so muß es diese neu zu verhandelnde Rechtsangelegenheit wieder instruiren, nach Beendigung des Verfahrens über die rechtliche Wirkung der nova erkennen, und hiernach das frühere Urtheil bestätigen oder ganz oder theilweise abändern. 4) Die Ableistung des Restitutionsseides insbesondere geschieht bei dem Austrägergerichte und zwar sowohl von dem Vorstande derjenigen Behörde, unter deren Aufsicht und Genehmigung um die Restitution nachgesucht wurde, als von demjenigen Beamten des implorantischen Theiles, welcher die Sache bearbeitet hat. Sind bei dieser Bearbeitung Mehrere verwendet worden, so hat der implorantische Theil denjenigen unter ihnen zu benennen, welcher den Restitutionsseid mit ableisten soll. Die Ableistung selbst kann sowohl in Person als durch Specialbevollmächtigte geschehen. — Das neue Erkenntniß geht, sowie die im Verlaufe des Verfahrens erlassenen Zwischenurtheile, sofort nach der Eröffnung in Rechtskraft über. Ueberhaupt ist das jetzige Verfahren, insofern nicht die Natur des Gegenstandes eine Modification begründet, von dem ersten nicht abweichend; weshalb auch jetzt die Instruction nach der Prozeßordnung des Gerichtshofes geschehen muß, und bei der Entscheidung der Sache und des Kostenpunctes dieselben Arten von Normen, wie bei der ersten Urtheilsfällung, zu befolgen sind. Dieses Rechtsmittel kann auch von einem dritten Bundesgliede gebraucht werden, welches an dem früheren Urtheile ein solches rechtliches Interesse hat, daß es befugt ist, nach den Grundsätzen des gemeinen Prozeßes ein ordentliches Rechtsmittel, wenn ein solches statthaft wäre, gegen jenes Urtheil zu ergreifen.

Der neue Entwurf vom 21. Dec. 1820¹³²) schlägt zwar auch noch die Nichtigkeitsklage vor; da und solange aber derselbe nicht gesetzlich angenommen ist, muß auch die Nichtigkeitsklage, die sich nicht, wie man behauptet hat¹³³), von selbst versteht, für unzulässig erklärt

— 130) B.-Befchl. v. 1817 Art. III. Nr. 9. u. v. 3. Aug. 1820 Art. VI. Bergl. die Note 224 angef. Schriften.

131) B.-Befchl. v. 1817 Art. III. Nr. 9 u. 10. und v. 3. Aug. 1820 Art. VI—VIII.

132) §. 26. f. Mohl S. 212 flg. u. Heffter S. 296 flg.

133) J. B. Rudhart S. 137. Heffter S. 252 flg. v. Struve S. 46 flg. u. 55.

werden¹³⁴). Auch ist die gesetzliche Einführung dieses Rechtsmittels nicht einmal zu empfehlen¹³⁵).

d) Vollstreckung der Urtheile¹³⁶). 1) Da die austrägalgerichtlichen Erkenntnisse sofort durch ihre Eröffnung Rechtskraft erlangen, welche selbst durch das Rechtsmittel der Restitution nicht suspendirt wird, so begründet schon die bloße Publication für die betreffenden Parteien sowohl die Verbindlichkeit, den Erkenntnissen vollständig Genüge zu leisten, als auch das Recht, eine solche Genügleistung, wenn sie nicht freiwillig oder nicht vollständig erfolgt, durch rechtlichen Zwang zu bewirken. 2) Dieser Zwang kann aber nur von der B. V. ausgehen, theils weil nur diese überhaupt ein Zwangsrecht gegen die einzelnen Bundesglieder hat, theils weil die Urtheile in ihrem Namen und Auftrage gefällt wurden, und deshalb als commissarische Bundesbeschlüsse zu betrachten sind, theils endlich weil in dem Rechte und der Pflicht, für die Ausgleichung der Streitigkeiten der Bundesglieder unter sich Sorge zu tragen, auch das Recht und die Pflicht zur factischen Realisirung der bewirkten Ausgleichung liegt. 3) Hieraus folgt von selbst, daß sich dieses Zwangsrecht nicht bloß auf die Urtheile der gesetzlichen Austrägalinstanz, sondern auf alle, durch bei der B. V. erhobene Klagen veranlaßte und von in der Bundesgesetzgebung anerkannten Austrägen, Compromissen oder Schiedsgerichten gefällte Entscheidungen, sowie auf die von der B. V. vermittelten oder sonst von dem Bunde garantirten Vergleiche erstreckt¹³⁷). 4) Die Vollstreckung der Urtheile, der commissarischen Entscheidungen etc. kann nur auf Anrufen der Parteien von der B. V. veranlaßt werden. 5) Die B. V. läßt sich über das Gesuch um Vollstreckung von der ständigen Executionscommission gutachtlichen Bericht erstatten, in Folge dessen sie sodann das Geeignete verfügt, das Gesuch entweder als zur Zeit noch unbegründet zurückweist, oder eine bessere Begründung desselben aufgibt, oder dem Gesuche stattgibt und das Executionsverfahren selbst einleitet. 6) Dieses Verfahren unterscheidet sich von dem in sonstigen Fällen eintretenden Executionsverfahren¹³⁸) im Wesentlichen nicht. Nur folgende Eigen-

134) Scheuerlen S. 23. Note *), bes. v. Dresch, Abh. S. 83 flg. Maurenbrecher, Grundr. §. 120. Note k. Des Verfassers Gründe gegen die Zulässigkeit der Nullitätsklage s. man in dessen Lehrbuch §. 221. Note 12.

135) M. f. Mohl S. 214 flg. u. v. Dresch, Abh. S. 114 flg.

136) Beschl. v. 3. Aug. 1820 Art. IX. Execut.-Dbn. v. 3. Aug. 1820 Art. XII. u. XIV. M. f. Mohl S. 176 flg. Heffter S. 251 u. 259. Scheuerlen S. 33. u. v. Struve S. 60 flg.

137) B. Schl. Art. 31. Execut.-Ordn. Art. 1. — Die Uebernahme der Garantie für die Vollziehung der von anderen als den gesetzlichen Austrägen oder Compromissen gefällten Entscheidungen liegt eben in der gesetzlichen Anerkennung dieser Entscheidungsweisen. (Vgl. oben Note 86.)

138) M. f. die Execut.-Ordn. v. 3. Aug. 1820. Jordan, Lehrbuch §. 226—230.

heiten greifen Platz¹³⁹⁾: a) das Erkenntniß selbst darf in keinem Falle Gegenstand einer Berathung und eines Beschlusses der B. W. werden, da dieser die juristische Technik fehlt; b) wenn daher in der Executionsinstanz Rechtsfragen zur Sprache kommen, so müssen dieselben durch richterliche Entscheidung beseitigt werden; c) diese Entscheidung erfolgt durch dasselbe Austrágalgericht, welches das zu vollstreckende Erkenntniß selbst erlassen hat, an welches daher die Sache zur Einleitung des erforderlichen Verfahrens unverzüglich zu verweisen ist; d) ergeben sich bei Compromissen oder gütlichen Vergleichen¹⁴⁰⁾ solche Rechtsanstände, so muß in gewöhnlicher Art, jedoch mit möglichster Beschleunigung, ein Austrágalgericht ernannt werden, welches über die gegen die Vollstreckung selbst noch vorkommenden Einreden und Zweifel rechtlich zu erkennen hat; e) die Rechtsstreitigkeiten in der Executionsinstanz können den Inhalt eines Urtheiles betreffen, in welchem Falle das betreffende Gericht eine bloße Erläuterung der bestrittenen oder zweifelhaften Punkte ohne besonderes Verfahren auf Begehren der B. W. abzugeben braucht, oder Einreden gegen die Vollziehung zum Gegenstande haben, oder wegen der Kosten der Execution entstehen; f) nach erfolgter Entscheidung der Rechtspunkte wird das Executionsverfahren mit Rücksicht auf dieselbe eingeleitet, oder, wenn dieß schon vorher geschehen, fortgesetzt, wenn es nicht in Folge jener Entscheidung oder auf sonstige Art ganz entbehrlich oder unzulässig geworden ist. 7) Das Executionsverfahren endigt, sobald der Zweck desselben vollständig erreicht ist.

c) Verfahren zur Entscheidung der Vorfrage über die Verpflichtung, Forderungen von Privatpersonen zu genügen¹⁴¹⁾. 1) Einleitung. 1) Das in Frage stehende Verfahren ist für den Fall angeordnet, wenn Forderungen von Privatpersonen deshalb nicht befriedigt werden können, weil die Verpflichtung, denselben Genüge zu leisten, zwischen mehreren Bundesgliedern zweifelhaft oder bestritten ist¹⁴²⁾. In diesem Falle soll nämlich die B. W. auf Anrufen der Beteiligten, wenn eine gütliche oder compromissarische Ausgleichung zwischen den in Anspruch genommenen Bundesgliedern nicht erfolgt, die rechtliche Entscheidung der streitigen Vorfrage durch eine Austrágalinstanz veranlassen. 2) Der Zweck dieser Bestimmung ist zwar zunächst, den Unterthanen zu ihrem Rechte dadurch zu

139) Exec.-D. Art. 12 u. 14.

140) Denn hier fehlt es an einem Gerichte, das früher in der Sache entschieden hat. In der unbedingten Erwähnung der Compromisse und Vergleiche liegt übrigens eine Bestätigung der oben (s. Note 86 u. 137) aufgestellten Ansicht.

141) Man s. Klüber, öffentl. R. §. 176. Jordan, Lehrb. §. 223. Mohl S. 137 fig. Heffter S. 191, 224 fig. u. 260 fig. v. Dresch, Abh. S. 59 fig. Scheuerlen S. 27 fig. u. v. Struve S. 63 fig.

142) B. Schf. Act. Art. 30.

verhelfen, daß durch rechtliche Ermittlung des Verpflichteten es dem berechtigten Privaten möglich gemacht werde, seine Forderung gegen denselben vor dem betreffenden Landesgerichte zu verfolgen; mittelbar aber bezweckt diese Norm die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe und Ordnung, zu deren Störung die Rechtlosigkeit der Unterthanen, den Regierungen gegenüber, leicht Veranlassung geben könnte¹⁴³⁾. 3) Was unter der genannten Vorfrage zu verstehen sei, darüber fanden ausführliche Erörterungen bei der B. W. statt¹⁴⁴⁾: ob nämlich dieselbe bloß die passive Sachlegitimation, oder auch eine materielle, provisorische oder gar definitive Entscheidung über das Recht des Privaten in sich fasse. Das Resultat dieser Erörterungen aber war¹⁴⁵⁾, daß die Vorfrage und sonach auch die richterliche Entscheidung nicht die Richtigkeit der Forderung selbst, sondern bloß die Verpflichtung der in Anspruch genommenen Bundesglieder zur Befriedigung des oder der Privaten zum Gegenstande habe; hierzu jedoch auch die Bestimmung des Antheiles eines jeden einzelnen Bundesgliedes an der fraglichen Forderung gehöre, wenn mehrere Verpflichtete vorhanden sein sollten. Ueber die Richtigkeit der Forderung sollen sodann die Landesgerichte nach vorgängigem Prozeßverfahren zwischen dem Gläubiger und dem verpflichteten Bundesgliede erkennen. 4) Die hier in Frage stehenden Fälle, welche Heffter¹⁴⁶⁾ Diadicasien im griechischen oder *praeiudicia* im römischen Sinne nennt, sind ganz eigenthümlicher Art, wofür sich im gemeinen Rechte durchaus keine Analogie auffinden läßt. Denn bei diesen Streitsachen tritt a) nicht ein Berechtigter gegen den Verpflichteten klagend auf, sondern es streiten Parteien einander gegenüber, wovon keine von der anderen etwas fordert, keine der anderen verbindlich ist, sondern eine jede nur eine Verpflichtung gegen einen nicht mitstreitenden Dritten von sich abzuwenden, eine jede also sich nur zu vertheidigen sucht und zwar b) gegen einen Anspruch, welcher nicht Gegenstand dieses Streites und der hierauf folgenden Entscheidung ist, sondern nur Veranlassung zu diesem Verfahren gab; c) es gibt also bei diesem Verfahren gar keinen wahren Kläger, sondern nur in Anspruch genommene Beklagte, wovon ein jeder die Eigenschaft, daß er, dem wahren Kläger gegenüber, der wahre oder doch der alleinige Beklagte sei, bestreitet, also im Grunde die Einrede der fehlenden passiven Sachlegitimation geltend zu machen

143) Vgl. oben Note 66.

144) Prot. der B. W. Bd. XI. S. 125 flg. 173 flg. 227 flg. Bd. XII. S. 15 flg. 222 flg. 252 flg. Pfeiffer S. 406.

145) Prot. der B. W. Bd. XI. S. 26, 125 flg. 162, 183 u. 231. Bd. XII. S. 224. vergl. auch Bd. XV. S. 573. u. Bd. XVIII. S. 14 u. 129. Pfeiffer S. 407.

146) X. a. D. S. 191 flg. Vgl. Heffter, athenische Gerichtsverf. S. 238 u. 272. und Platner, der Prozeß und die Klagen bei den Attik. Bd. II. S. 17 flg.

sucht, um sodann von dem Kläger nicht belangt werden zu können. Es wird daher in diesen Fällen bloß zwischen Beklagten gestritten, von denen ein jeder in Wahrheit nur Freisprechung, und bloß insofern die Verurtheilung des Anderen, eigentlich bloß eine Abweisung der genannten Einrede, zu erwirken strebt, als eine solche Verurtheilung die eigene Freisprechung zur Folge haben kann. Die Parteirollen — des Klägers und Beklagten — können also eigentlich bloß wegen der Ordnung des Verfahrens fingirt sein. Es soll sodann d) über die Verpflichtung, einer Forderung zu genügen, entschieden werden, ohne daß diese letzteren selbst rechtlich untersucht und als begründet ausgemittelt werden darf, da doch eine Verpflichtung nur die Folge einer Forderung, und somit ohne diese nicht wohl rechtlich auszumitteln ist. Der Natur der Sache, sowie der wahren Forderung des Rechtes zu Gunsten der Unterthanen würde es allerdings weit angemessener gewesen sein, wenn die richterliche Entscheidung auf das ganze Rechtsverhältniß ausgebehnt worden wäre, da doch, um die Entscheidung über die Vorfrage der Verpflichtung rechtlich möglich zu machen, die Richtigkeit der Forderung jedenfalls geprüft werden muß. Dadurch wären alle weiteren Prozesse abgeschnitten worden, denen der Private sich, zumal bei mehreren Verpflichteten, erst noch unterziehen muß, und bei denen erst noch die Forderung selbst in Zweifel gezogen werden kann und überdieß Chikanen aller Art — wer kennt nicht die Prozesse gegen den so vielfach privilegierten Fiscus? — noch möglich sind, des großen Kostenaufwandes nicht einmal zu gedenken. Allein das einmal festgestellte Princip, daß Privaten nicht als Parteien gegen die Regierungen vor den Bundesausstragalgerichten auftreten sollen, ließ es nicht zu, den teutschen Unterthanen auf kürzerem und sicherem Wege zu ihrem Rechte zu verhelfen und führte so zu diesem ganz anomalen Verfahren¹⁴⁷⁾. 5) Die hierher gehörigen Fälle setzen voraus¹⁴⁸⁾: a) daß eine Privatperson eine Forderung gerichtlich oder außergerichtlich geltend mache, bei welcher sich hinsichtlich der Befriedigung eine Concurrnz mehrerer Bundesglieder ergibt, von denen jedoch nicht jedes zu bestimmten Antheilen oder gar solidarisch verbunden ist (denn in diesen Fällen kann der Gläubiger auch sogleich bei den Landesgerichten wegen der bestimmten Antheile gegen die Einzelnen oder gegen eines der solidarisch Verpflichteten allein Klage erheben¹⁴⁹⁾); b) daß unter mehreren Bundesgliedern zweifelhaft oder streitig (von dem einem behauptet von dem anderen in Abrede gestellt) sei, entweder wer von ihnen überhaupt für die ganze Forderung allein, oder doch principaliter, und wer bloß subsidiarisch zu haften, oder welchen Antheil ein jedes von ihnen zu lei-

147) Vorschläge zu einem gebeihlicheren Verfahren z. B. im Prot. der B. B. Bd. XII. S. 225 flg. u. Bd. XIII. S. 255. Wohl S. 158 flg.

148) Man s. Heffter S. 225 flg.

149) Pfeiffer S. 208 flg.

sten habe, und c) daß von den Betheiligten, worunter sowohl Bundesglieder als Privatpersonen zu verstehen sind¹⁵⁰⁾, wenigstens von einem derselben auf die Entscheidung der Vorfrage angetragen werde. 6) Dagegen tritt dieses Verfahren nicht ein, wenn entweder ein Bundesglied oder eine auswärtige Macht an mehrere Bundesglieder eine Forderung geltend machen will, indem dort das ordentliche Austrägalverfahren und hier das zur Anwendung kommt, was zur Ausgleichung der Streitigkeiten mit auswärtigen Mächten bundesgesetzlich angeordnet ist. Dagegen sind auswärtige Unterthanen nach den Worten des Gesetzes, welches nur von Privatpersonen spricht, von diesem Rechtswege nicht ausgeschlossen. 7) Eine Vereinigung unter den betreffenden Bundesgliedern, mit welchen Raten ein jedes von ihnen zur Tilgung der Forderung einer Privatperson concurriren solle, wird zwar von dieser in der Regel gern angenommen werden, bindet sie aber nicht wie eine *res iudicata*, da auch eine Regierung eine privatrechtliche Verpflichtung nicht einseitig abändern, noch eine völkerrechtliche Stipulation die wohl erworbenen Rechte einer Privatperson verletzen darf¹⁵¹⁾. Nur die von der B. V. genehmigte Vereinigung ist für den Gläubiger verbindlich¹⁵²⁾.

II) Verfahren. 1) Das Verfahren beginnt auch in diesen Fällen vor der B. V., welche zur Einleitung desselben durch das Anrufen der Betheiligten veranlaßt werden muß; was in der Regel durch Reclamationen der Privatgläubiger geschehen wird, da die in Anspruch genommenen Bundesglieder gewöhnlich kein Interesse haben, dieses Verfahren herbei zu führen, es sei denn, daß der eine oder andere mitbetheiligte Bundesstaat es angemessen finden sollte, dadurch seinen Unterthanen zum Rechte zu verhelfen. 2) Die Anrufungsschrift muß a) das Dasein einer noch (ganz oder zum Theil) unbefriedigten Forderung, und b) den Causalzusammenhang zwischen der Nichtbefriedigung und dem Streite oder Zweifel unter mehreren Bundesgliedern über die Verpflichtung zur Bezahlung durch begründete Darstellung der einschlägigen Thatsachen und Rechtsnormen genügend nachweisen¹⁵³⁾. 3) Entnimmt die B. V. aus dem gutachtlichen Vortrage der betreffenden Commission (z. B. der Reclamations- u. Commission), daß das Gesuch gegründet sei, so hat sie die betheiligten Regierungen, und wenn eine unter diesen die B. V. angerufen hat, die übrigen aufzufordern, sich binnen zu bestimmender Frist über die Reclamation zu erklären, um zunächst den

150) Man s. Klüber §. 176. Note c.

151) Amd. Meinung ist Heffter S. 228.

152) Sonst würde auch eine von der B. V. bewirkte gütliche Vereinigung ohne Zweck sein. Man kann aber annehmen, daß die B. V. keine Vereinigung billigen werde, welche die Rechte der Privatgläubiger gefährden würde, da die Bundesvorschrift zu Gunsten der Letzteren gegeben ist, und die B. V. von Amtswegen für die Aufrechthaltung der Bundesnormen zu sorgen hat.

153) Man s. v. Struve S. 66 flg.

factischen und rechtlichen Bestand der Sache im Allgemeinen herzustellen. 4) Die eingegangenen Erklärungen der betreffenden Regierungen können sodann noch weitere Nachweisungen von Seiten des Reclamanten nöthig machen, welcher deshalb einen geeigneten Bevollmächtigten am Siege der B. W. zu bestellen hat, wenn er nicht selbst dort wohnhaft ist, und die aufgegebenen Nachweisungen bei der B. W. durch den Bevollmächtigten einreichen läßt, beziehungsweise selbst übergibt. 5) Hat nun die B. W. die Ueberzeugung gewonnen, daß alle Erfordernisse einer Diabacasse vorhanden sind, so leitet sie zuvörderst das Vermittlungsverfahren¹⁵⁴⁾ in der gesetzlichen Weise (s. oben) unter den beteiligten Bundesgliedern ein, um eine gütliche Uebereinkunft über die Erfüllungspflicht unter ihnen zu bewirken; wobei auch den Privatgläubigern nicht verwehrt ist¹⁵⁵⁾, ihr Interesse durch Einreichung von rechtlichen Ausführungen u. zu wahren. 6) Bleibt der Versuch der Vermittlung erfolglos, so bestimmt die B. W. dem in Anspruch genommenen Bundesglied eine angemessene Frist, mit der Auflage, sich binnen derselben über ein Compromiß zur Entscheidung des Streites zu vereinigen, widrigenfalls diese durch die gesetzliche Austrägalinstanz erfolgen werde. Die Frist kann zwar nach Umständen erstreckt werden, die B. W. hat aber auf die Einhaltung derselben von Amtswegen zu achten¹⁵⁶⁾. Ausdrücklich ist dieß zwar nicht vorgeschrieben, es folgt aber aus der Analogie, indem auch das Austrägalgericht in den hier fraglichen Fällen die Fristen von Amtswegen zu beachten hat, und daraus, daß die B. W. die Privatgläubiger, da diese nicht als Parteien auftreten und ihre Rechte vollständig wahren können, um so mehr zu vertreten hat, als einerseits die hier einschlägige Gesetzesvorschrift mittelbar die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe und Ordnung bezweckt und andererseits die beteiligten Bundesglieder — als in Anspruch genommene — kein sonderliches Interesse haben, die Sache zu betreiben, und daher diese in der Regel in Stillstand gerathen würde, wenn nicht die B. W. von Amtswegen für den Fortgang des Verfahrens Sorge trüge. 7) Kommt nun innerhalb dieser Frist kein Compromiß zu Stande, so tritt die austrägalgerichtliche Entscheidung der streitigen Vorfrage ein. 8) Zu diesem Zwecke ist zunächst das Austrägalgericht auf gesetzliche Weise (s. oben) zu bestellen. Die Schwierigkeit hierbei wird in der Regel darin bestehen, daß die Partierollen unbestimmt sind. Denn wendet man auch die Analogie der Theilungsklagen hier an, insofern es sich um die Vertheilung von Passivverpflichtungen nach dem zum Grunde liegenden gemeinschaftlichen Obligationsverhältnisse handelt, so sind bekanntlich gerade bei diesen Klagen die Partierollen wechselseitig: ist nämlich jeder Theilhaber Kläger und Beklagter zugleich, und

154) v. Struve S. 93 flg.

155) Wohl S. 142. ff. v. Struve a. a. D.

156) Vergl. Heffter S. 264. Nr. 3. u. v. Dresch, Abh. S. 73 flg.

wird es überdies nicht selten, ja wohl meistens der Fall sein, daß die einzelnen beanspruchten Bundesglieder sich von jeder Theilnahme lossagen wollen. Zudem kann bei der Vertheilung der Partierollen der Umstand, daß der zuerst das Gericht Angehende als Kläger zu betrachten sei¹⁵⁷), nicht in Betracht kommen, weil, wenn das Verfahren durch Privatreclamation veranlaßt worden, alle betheiligten Bundesglieder durch die B. B. zu gleicher Zeit aufgefordert werden, sich zu erklären, und mithin ein eigentliches provocare ad iudicium nur in den seltenern Fällen vorkommt, wo ein Bundesglied den ersten Antrag auf die Einleitung des Verfahrens gestellt hat. Es müßte also nach der Analogie der Theilungsklagen in den gewöhnlichen Fällen die Bestimmung der Partierollen durch das Loos erfolgen. Daher scheint der practisch schon befolgte¹⁵⁸) Weg am Zweckmäßigsten zu sein, daß nämlich die B. B. die betheiligten Bundesglieder, unter Festsetzung einer bestimmten Frist, auffordert, sich über ein Austrägalgericht zu vereinigen, widrigenfalls die B. B. selbst ein solches ernennen würde; was sie sodann, wenn jene Aufforderung ohne Erfolg bleibt, nach Ablauf der Frist auch von Amtswegen ausführt. 9) Das auf die eine oder andere Weise bestellte Austrägalgericht erhält in derselben Art, wie bei dem ordentlichen Verfahren, über Streitigkeiten der Bundesglieder gegeneinander Auftrag von der B. B. und hat auch nach denselben Prozeßgesetzen zu verfahren, sowie sich in ein Plenum zu vereinigen. 10) Diesem Gerichte werden zugleich mit dem Auftrage die bisher verhandelten Acten zugesendet. Die Bestimmung der Vorfrage geschah bisher bald durch gütliche Vereinigung der Parteien, bald durch das Austrägalgericht selbst (was dem Rechte am meisten entspricht¹⁵⁹)), bald endlich durch einen Bundesbeschluß¹⁶⁰). Daß übrigens das Gericht auch hier Entschuldigungsgründe gegen die Uebernahme des Auftrages geltend machen könne, versteht sich von selbst. 11) Das Prozeßverfahren vor dem Austrägalgerichte beginnt mit dem Klagantrage des oder der Bundesglieder, welches oder welche bei dem Streite als Kläger zu betrachten sind. Haben sich die Betheiligten nicht schon früher über die Partierollen vereinigt, so muß diese jetzt das Gericht definitiv bestimmen, wobei übrigens eine Benachtheiligung deshalb nicht zu beforgen ist, weil es sich blos um die formelle Partieregulirung handelt, da materiell ein jeder Kläger und Beklagter zugleich ist, wenn man auf die Analogie der Theilungsklagen sieht, oder vielmehr dem wahren Kläger gegenüber, der freilich hier als solcher gar nicht auftreten kann,

157) L. 13. u. 14. D. de iud. (5. 1.) (s. oben Note 92.)

158) Mohl S. 147 flg. Heffter S. 263 flg. v. Dresch, Abhbl. S. 76. B.-Beschl. v. 28. Febr. 1822. Prot. Bb. XIII, S. 168.

159) Mohl S. 158 flg. Scheuerlen S. 28. Note *).

160) Man s. z. B. Prot. der B. B. Bp. XVIII. S. 119 u. 157. Wgl. v. Dresch, Abh. S. 68 flg.

sämmtliche Litiganten als Beklagte erscheinen¹⁶¹). Aus den Acten wird sich übrigens nicht entnehmen lassen, welche unter den Betheiligten ein gemeinschaftliches Interesse verfolgen und daher als eine Partei (Kläger oder Beklagter) am Zweckmäßigsten gemeinschaftlich auftreten können. 12) Will sich die klägerische Partei nicht freiwillig zum Klagantrage verstehen, so hat ihr dieß das Gericht aufzutragen und die Befolgung dieses Auftrages, im Falle einer Contumaz, durch die B. B. bewirken zu lassen¹⁶²). 13) Bei dem Verfahren selbst treten folgende Eigenheiten ein: a) das Gericht muß alle Fristen von Amtswegen beachten; bei der Nichtbefolgung einer Verfügung, die peremptorische Eigenschaft hat, Verzichtleistung auf die unterlassene Handlung annehmen und eben das aussprechen, was sonst auf Antrag des andern Theiles als Folge der Unterlassung zum Behufe der endlichen Entscheidung auszusprechen sein würde¹⁶³). b) Eigentliche Reconventionen sind bei diesem Verfahren nicht denkbar, da es hier gar keine eigentliche Conventio n gibt¹⁶⁴). Dagegen sind c) Compensationsreden in gewisser Hinsicht zulässig¹⁶⁵); auch d) Litisdenunciationen, um den Regreß zu sichern und etwaige Assistenzen zu erhalten, statthaft¹⁶⁶), e) Adcitationen aber auch hier unzulässig¹⁶⁷). Kommt jedoch der Fall einer Adcitation vor, indem z. B. sich aus dem Acten ergibt, das ein oder mehrere am Streite noch nicht theilnehmende Bundesglieder für die fragliche Forderung mit zu haften haben, so bleibt, wenn sie sich nicht freiwillig den bisherigen Verhandlungen anschließen oder dem Urtheile unterwerfen wollen, nichts anderes übrig, als eine neue Austrägalinstanz mit Zuziehung aller Betheiligten zu bilden¹⁶⁸). f) Ob und in wiefern die betheiligten Privatpersonen an dem Verfahren Antheil nehmen dürfen, ist zwar gesetzlich nicht bestimmt; es kann aber, da sie bei der Sache unmittelbar betheilig sind, und das ganze Verfahren ihren Vortheil bezweckt, nicht verwehrt sein (ja es ist die Befugniß hierzu in einem Falle sogar ausdrücklich anerkannt worden¹⁶⁹), ihr Interesse durch

161) No 51 S. 148 fig. und dort ein Commissionsgutachten und Verhandlungen darüber.

162) Heffter S. 264. Nr. 2.

163) B.-Beschl. v. 19. Juni 1823 (s. oben Note 28). Ueber die Schwierigkeiten bei der Anwendung desselben s. Heffter S. 265.

164) Heffter S. 267. und dort Note 76, vergl. jedoch Prot. der B. B. Bb. XV. S. 55. Zeile 4 v. unten.

165) Vergl. Prot. der B. B. Bb. XIV. S. 28, 36, 67, 108 u. 154. Heffter S. 267. Nr. 6.

166) Heffter S. 268. Nr. 4.

167) Man s. Prot. der B. B. Bb. XIX. S. 28. (§. 160) und S. 36.

168) Man s. Prot. der B. B. Bb. XIV. S. 67—101.

169) Man s. Prot. der B. B. Bb. XI. S. 26. Nr. 5.

geeignete Schritte bei dem Austrágalgerichte zu wahren, obschon die Theorie sowohl als die bisherige Praxis in diesem Puncte noch schwankend ist¹⁷⁰⁾. Nur soviel ist ausgemacht, daß sie als Parteien, selbstständig oder accessorisch, bei diesem blos zwischen den Bundesgliedern anhängigen Rechtsstreite nicht auftreten können. g) Die Beweisführung endlich richtet sich nach den gewöhnlichen Rechtsgrundsätzen; nur kann es bei der Regulirung der Beweislast auf die Rolle des Klágers nicht ankommen, da hier eigentlich nur mehrere Beklagte ihr Verhältniß zum wahren Kläger unter sich bestimmen lassen wollen¹⁷¹⁾. 14) Bei der Urtheilsfällung hat sich das Gericht streng an die Grenzen der ihm angewiesenen Competenz zu halten, und sonach sich lediglich auf die Vorfrage zu beschränken. Auch bei provisorischen Verfügungen dürfen diese Grenzen nicht überschritten und daher nach streng rechtlicher Ansicht keine provisorischen Zinszahlungen verfügt werden. Jedoch ist auch über diesen Punct die Theorie und bisherige Praxis nicht einig¹⁷²⁾. 15) Das Urtheil, welches gleichfalls im Namen der B. B. abzufassen und mit den vollständigen Entscheidungsgründen zu versehen ist, wird den Parteien vom Gerichte im Namen und Auftrage der B. B. eröffnet, und sodann mit den Acten an diese eingesendet, welche dasselbe auch den Reclamanten in beglaubigten Abschriften mittheilt, damit sie auf den Grund dieses Urtheiles die darin als verpflichtet bezeichneten Bundesglieder vor den betreffenden Landesgerichten in Anspruch nehmen können. 16) Das Urtheil wird auch hier sofort nach der Publication rechtskräftig und es findet gegen dasselbe gleichfalls nur das Rechtsmittel der Revision in der oben dargestellten Weise statt. 17) Dafür endlich, daß die betreffenden Bundesglieder das Urtheil bei dem über die Forderungen selbst und deren Befriedigung vor den Landesgerichten von den Gläubigern veranlaßten Verfahren respectiren und befolgen, hat die B. B., auf Anrufen der Letzteren, mit allen ihr zu Gebote stehenden Mitteln Sorge zu tragen.

E. Jordan.

Auswanderung. Unter Auswanderung versteht man das Verlassen des Staates, dem man bisher angehörte, in der Absicht,

170) M. f. z. B. Klüber §. 176. Nr. 13. Mohl S. 134. Scheuerlen S. 32. — Prot. der B. B. Bd. XV. S. 55. §. 22. — Vergl. auch v. Struve S. 106 flg. und v. Dresch, Abh. S. 70 flg.

171) Heffter S. 267. Nr. 5.

172) Man f. Klüber §. 176. Note a. Mohl S. 153 flg. Heffter S. 269 flg. Scheuerlen S. 28 flg. v. Dresch, Abh. S. 66 flg. Versügt jedoch ein Austrágalgericht ein solches Provisorium, so ist dieses dennoch verbindlich, weil es bei der Unstatthaftigkeit der Richtigkeitsklage kein positiv zulässiges Rechtsmittel gegen dasselbe gibt. In der Theorie allein kann von der Richtigkeit eines solchen Provisoriums gesprochen werden. Anb. Mein. sind (wohl nicht consequent s. Note 135 u. 136) Mohl S. 158 flg. und Scheuerlen S. 29.

demselben fremd zu werden ¹⁾, unter Auswanderungsrecht die Befugniß, auszuwandern ²⁾.

Dem Alterthume war das Recht des Freien, auszuwandern, ein natürliches und anerkanntes ³⁾. Dem mittelalterlichen Feudalsysteme war es vorbehalten, diesem Rechte entgegenzutreten und das Auswandern von der Erlaubniß dazu und dem Erkaufen desselben durch Zurücklassung eines Theiles der Habe abhängig zu machen, ein Grundsatz, der nach und nach usurpatorisch als Hoheitsrecht in Anspruch genommen und geübt wurde. Diese Regel scheint durch die Reichsgesetzgebung anerkannt worden zu sein. So heißt es in §. 24 des Reichstagsabschiedes vom Jahre 1555: Wo aber unsere, auch der Churfürsten, Fürsten und Stände Unterthanen der alten Religion, oder augsburgischen Confession anhängig, von solcher ihrer Religion wegen aus unsern, auch der Churfürsten, Fürsten und Stände des h. Reichs, Lan-

1) Zu st. Darstellung der gesammten Polizeiwissenschaft, Band 1. Leipzig 1760. Buch 2. Hauptst. 9. Abschn. 2. Von den Maßregeln wider die Auswanderung und Ausführung der Unterthanen. — Benz el, politisch-statistische Meinung über die Auswanderungen der Deutschen, ihre Ursachen und Mittel, ihnen vorzubeugen, Dresden 1781. — Ueber die Auswanderung der Würtemberger, Tüb. 1796. — Journal von und für Teutschland, Jahrg. 1784. St. 4. S. 429. St. 6. S. 659. St. 7. S. 54. Jahrg. 1785. St. 6. S. 559. — v. W i s s i n g e r, über Auswanderung mit besonderer Hinsicht auf Bayern, Amberg und Salzburg. 1804. — Weber, systematisches Handbuch der Staatswirtschaft, Bd. 1. Berlin 1804. S. 48—55. — Berg, Handbuch des deutschen Polizeirechtes, 2. Aufl. Th. 2. Hann. 1804. S. 47—57. — Krü n i g, Encyclopädie unter Auswanderung. — Mohl, die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Staatsrechtes, Band 1. Tübingen 1832. S. 111, 112, 126—129. — Ar n d, die materiellen Grundlagen und sittlichen Forderungen der europäischen Cultur, Stuttgart 1835. (Der Verfasser bespricht auch die Sache der Auswanderung und empfiehlt deren Beförderung.) — C u n o w, Europas Auswanderungen zur Colonisirung Afrikas und Ostens am mittelländischen Meere, bestes Mittel zur Beruhigung Europas und gegen dessen Gefahr der Ueberbevölkerung und Verarmung. 2. Aufl. Leipzig 1834. Amerika und die Auswanderung dahin, Leipzig 1834. Das wahre Wohl der Auswanderer, Bremen 1834.

2) O e s t l e, de iure emigrationis. Marb. 1708. — Harprecht, de iure subditorum emigrandi restricto. Tüb. 1755. — Moeller, de iure subd. emigr. restr. Rint. 1769. — Heyd, de iure emigrandi in Germania. Tüb. 1775. — Hildebrand, Diss. de intempestivo civium discussu cohibendo. Halae 1786. — Hirsch, Dissertatio de iure emigrationem civium prohibendi et circumscribendi. Goett. 1787. — Schlegel, Diss. de eo, quod iustum est circa emigrationem civium. Goett. 1787. — Leth, Comment. de iure emigrandi ex uno territorio in aliud. Goett. 1788. — Seidenstaecker, Commentatio de iure emigrandi, ex moribus Germanorum, iure communi ac leg. imper. const. Goett. 1788. — Wiesand, Diss. de limitibus quibus facultas domicilii mutandi rescribitur. Vitomb. 1791. — K r e t s c h m a r, über das Auswanderungsrecht (in dessen kleinen Abhandlungen aus dem Staats- und Privatrechte, Baireuth 1793, Nr. 8). Staatslexikon, herausgegeben von Rotteck und Welcker, Band 2. Lit. 1835, (unter Auswanderung, Emigration, Wegzug, Auswanderungsrecht, Auswanderungsverbot).

3) Cicero's Rede für L. Cornelius Balbus. Cap. 27.

den, Fürstenthümern, Städten oder Flecken mit ihren Weib und Kindern an andere Orte ziehen und sich nieder thun wollen, denen soll solcher Ab- und Zug, auch Verkaufung ihrer Hab und Güter, gegen ziemlichen billigen Abtrag der Leibeigenschaft und Nachsteuer, wie es jeden Ortes von Alters anhero üblichen hergebracht und gehalten worden ist, unverbindert männiglich zugelassen und bewilligt sein. Doch soll den Oberkeiten an ihren Gerechtigkeiten und Herkommen der Leibeigenen halber, dieselbigen ledig zu zählen oder nicht, hierdurch nichts abgebrochen oder benommen sein ⁴⁾. — Der westphälische Friedensschluß gestattete denen, die nicht darthun konnten, daß in dem sogenannten Normaljahre (1624) an ihrem Wohnorte freie Religionsübung geherrscht habe, oder ihren Privatgottesdienst nicht frei ausüben durften, die Auswanderung ⁵⁾ gegen Entrichtung der Nachsteuer ⁶⁾.

Unsere angesehensten Publicisten nehmen, gestützt auf gemeines Recht, Geschichte und Praxis der Reichsgerichte, die Freiheit des Auswanderns in Schuß. So Strube, Nebenstunden, Theil 3. Abh. XVIII. §. 5 ⁷⁾. Quistorp, Beiträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien, Leipzig 1787. Abh. XXI. ob und inwiefern die willkürliche Veränderung des Aufenthaltes als ein Verbrechen anzusehen sei, und welche Strafe deshalb stattfindet? S. 335—348. — Häberlin, Handbuch des teutschen Staatsrechtes, Band 3, Berlin 1797. S. 160 flg. — Majer, teutsche Staatsconstitutionen, Band 2, Hamb. 1800. S. 672. — Runde, Grundsätze des gemeinen teutschen Privatrechtes, 6. Auflage, Göttingen 1821. §. 322. S. 300, 301. — Berg a. a. D. S. 51, 52 ⁸⁾.

Als Teutschland, durch Auflösung des Reichsverbandes zerfallen, durch eine Bundesacte seine neue Gestalt gewinnen sollte, wurde, außer anderen Rechten, welche allen Teutschen verbürgt werden sollten, auch die Freigebung des Wegzuges aus einem Bundesstaate in den anderen in Erwägung gezogen. Ein Entwurf einer Verfassung des zu

4) Siehe auch R. A. v. J. 1594. §. 82, 84.

5) Ein *stabile beneficium*, wie Pffeffinger (*corpus iuris publ. tum. IV. Francof. 1754. p. 31.* wo sich auch die ältere Literatur zusammengetragen findet) sich ausdrückt.

6) Pütter, *Instit. iur. publ. Germ. edit. VI. Goett. 1802. §. 431.*

7) Dieser Rechtslehrer gedenkt a. a. D. eines Reichshofrathserkenntnisses, worin ausgesprochen wurde: daß es wider die teutschen Freiheiten laufe, den Unterthanen das auch außer des westphälischen Friedensschlusses im römischen Reiche zugelassene *ius emigrandi* zu entziehen, und eines *Conclusum*s dieses Reichsgerichtes, das sich auf denselben Grundsatz stützt. Strube selbst äußert sich a. a. D. dahin: es ist nicht zu vermuthen, daß freie Leute sich dergestalt einer bürgerlichen Gesellschaft verbindlich gemacht haben, daß sie selbige nicht sollten verlassen können, und stützt sich dabei auf die Thatsache, daß Thurmainz das Recht, seine Unterthanen vom Auswandern abhalten zu dürfen, als *Privilegium* erworben habe, eine Ausnahme, welche die Regel anerkenne.

8) Die ältere Literatur findet sich bei Pffeffinger l. c. tom. III p. 1479.

errichtenden deutschen Staatenbundes von dem königlich preussischen Bevollmächtigten im Februar 1815 vorgelegt (siehe Klüber, Acten des wiener Congresses, Band 2, Erlangen 1815. S. 18 flg.) hatte §. 89 die Fassung: Alle Mitglieder des Bundes machen sich verbindlich, je dem ihrer Unterthanen folgende Rechte als solche, deren jeder Deutsche genießen muß, unverbrüchlich einzuräumen: a) die Freiheit, ungehindert und ohne Entrichtung irgend einer Abgabe in jeden anderen zum Bunde gehörigen Staat auszuwandern. Hiervon wird bloß der Austritt in aufrührerischen Absichten, wie bei Zusammenrottirungen von Handwerkern, der, um der Untersuchung eines Verbrechens zu entgehen, und der, um sich der Kriegspflicht zu entziehen, ausgenommen. In dieser letzteren Hinsicht ist jedoch jeder zum Kriegsdienste, sei es im stehenden Heere oder in der Landwehr, Verpflichtete nur von seinem 18. bis 25. Jahre, ohne erhaltenen Abschied, in seinem Vaterlande zu bleiben verbunden. Während eines Krieges hört alles Auswanderungsrecht für jeden zu irgend einer Art der Vaterlandsvertheidigung Verpflichteten auf. In Artikel 16 des am 23. Mai 1815 von Oesterreich vorgelegten Entwurfes (Klüber a. a. D. S. 314 flg.), hieß es: Den Unterthanen der deutschen Bundesstaaten wird von den Bundesgliedern gegenseitig zugesichert — c) das Recht des freien Wegzuges aus einem deutschen Bundesstaat in den anderen, insofern der Auswandernde seine Militärpflichtigkeit erfüllt hat, und ausweisen kann, daß er in dem anderen als Unterthan angenommen wird. Bayern schlug vor, bloß zuzusichern, die Souveräne des deutschen Bundes würden in Berathung treten, um namentlich die Erleichterung des freien Wegzuges ihren Unterthanen zu verschaffen. — Klüber a. a. D. S. 368. So wurde die Bundesacte vom 8. Juni 1815 vorbereitet, welche im Art. 18 sich dahin ausspricht: Die verbündeten Fürsten und freien Städte kommen überein, den Unterthanen der deutschen Bundesstaaten folgende Rechte zuzusichern: 1) die Befugniß des freien Wegziehens aus einem deutschen Bundesstaate in den anderen, der erweislich sie zu Unterthanen annehmen will, auch 2) in Civil- und Militärdienste desselben zu treten: Beides jedoch nur, insofern keine Verbindlichkeit zu Militärdiensten gegen das bisherige Vaterland im Wege steht, und damit, wegen der dormal vorwaltenden Verschiedenheit der gesetzlichen Vorschriften über Militärpflichtigkeit hierunter nicht ein ungleichartiges, für einzelne Bundesstaaten nachtheiliges Verhältniß entstehen möge, so wird bei der Bundesversammlung die Einführung möglichst gleichförmiger Grundsätze über diesen Gegenstand in Berathung genommen werden⁹⁾.

9) v. Jangen, die Verfassungsgesetze deutscher Staaten in systematischer Zusammenstellung, Band 1. Darmstadt 1828. S. 143. Klüber, öffentliches Recht des deutschen Bundes und der deutschen Bundesstaaten, Frankfurt 1831. §. 228. S. 282, 284. §. 467. S. 639. Jordan, Lehrbuch des allgemeinen und deutschen Staatsrechtes, Abth. 1. Cassel 1831. S. 408. Mittemaier, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechtes, 4. Ausgabe, Landshut 1830. §. 103.

Den Staatsgrundsätzen einzelner Bundesstaaten¹⁰⁾ blieb es vorbehalten, das Auswanderungsrecht überhaupt (unter Beifügung der durch die Umstände gebotenen Modificationen) zu emancipiren. Die zuerst zu Stande gekommenen Staatsgrundgesetze von Sachsen-Weimar, Waldeck u. s. w. schwiegen über diesen wichtigen Gegenstand. Die Verfassungsurkunde des Königreichs Bayern vom 26. Mai 1818 beschränkte sich darauf, im §. 14 zu bestimmen: Es ist den Bayern gestattet, in einen anderen Bundesstaat, welcher erweislich sie zu Unterthanen annehmen will, auszuwandern, auch in Civil- und Militärdienste desselben zu treten, wenn sie den gesetzlichen Verbindlichkeiten gegen ihr bisheriges Vaterland Genüge geleistet haben¹¹⁾. (Nach dem Edicte über das Indigenat vom 26. Mai 1818 geht dasselbe namentlich durch Auswanderung verloren¹²⁾). Das Staatsgrundgesetz des Großherzogthums Baden, vom 22. August 1818 bestimmte im §. 12: Das Gesetz vom 14. August 1817 über die Wegzugsfreiheit¹³⁾ wird als ein Bestandtheil der Verfassung angesehen. Voranleuchtend sprach sich die Verfassungsurkunde des Königreiches Württemberg im §. 32¹⁴⁾ dahin aus: Jedem Staatsbürger steht frei, aus dem Königreiche, ohne Bezahlung einer Nachsteuer, auszuwandern, sobald er dem ihm vorgesetzten Beamten von seinem Vorfahre die Anzeige gemacht, seine Schulden und andere Obliegenheiten berichtet und hinreichende Versicherung ausgestellt hat, daß er innerhalb Jahresfrist gegen König und Vaterland nicht dienen und eben so lange in Hinsicht auf die vor seinem Wegzuge erwachsenen Ansprüche vor den Gerichten des Königreiches Recht geben wolle¹⁵⁾. Als in der ersten Hälfte des Jahres

10) Die Ergänzungsacte der alten Verfassung der freien Stadt Frankfurt vom 18. Juli 1816 beschränkte sich darauf, die Zusicherung zu erteilen, daß das im Artikel 18 der deutschen Bundesacte bestimmte Recht des freien Wegziehens aus einem deutschen Bundesstaate in den anderen, mit der Freiheit von Nachsteuer, unter keinerlei Vorwand geschmälert auch den um ein dießfalliges obrigkeitliches Zeugniß Nachsuchenden damit ohne Anstand an Händen gegangen werden solle. v. Zangen a. a. D. S. 192. In dem Eingange zu dem Patent vom 2. September 1814 wegen Einführung einer landständischen Verfassung im Herzogthume Nassau heißt es u. A.: Wir haben in landesherrlichen Edicten Unsern Unterthanen und Staatsangehörigen den freien Abzug mit ihrem Vermögen nach erfüllter Militärpflicht in alle diejenigen Staaten zugestanden, wo gleiche Abzugsfreiheit in Unser Gebiet gestattet wird. (Edict vom 12. October 1810.)

11) Durch Staatsverträge mit Sachsen-Gotha und Weimar wurde bestimmt, daß in Bezug auf Auswanderungsfreiheit die Militärpflichtigkeit vom 18. bis 27. Jahre dauern solle. Klüber a. a. D. S. 283. Note.

12) Schönk., Staatsrecht des Königreichs Bayern, Band 1. Erlangen 1824. S. 266.

13) Im Wesentlichen übereinstimmend mit dem großherzoglich hessischen Gesetze vom 30. Mai 1821, dessen weiter unten gedacht ist.

14) Schon im §. 24 heißt es: Der Staat sichert jedem Bürger Freiheit der Person, Gewissens- und Denkfreiheit, Freiheit des Eigenthums und Auswanderungsfreiheit.

15) Im folgenden §. 33 heißt es noch: Durch den Wegzug verliert der Auswandernde sein Staatsbürgerrecht für sich und seine mit ihm wegziehenden

1820 die Stände des Großherzogthums Hessen sich versammelten, fanden sie in Bezug auf Auswanderungsbefugniß eine durch die geographischen Veränderungen herbeigeführte Verschiedenartigkeit der Gesetzgebung. Für die althessischen Lande galten Verordnungen, welche, zuerst von dem Jahre 1692 an, das Auswandern untersagten und von der Bewilligung des Landesherrn abhängig machten¹⁶⁾. Andere Landestheile entbehrten aller gesetzlichen Norm. Auf Rhein Hessen wendete sich der Art. 7 des pariser Staatsvertrages vom 20. November 1815 an, der die Auswanderung auf 6 Jahre freigab, nach welcher Zeit das kaiserliche Decret vom 26. August 1811, welches bekanntlich die Befugniß zum Auswandern an schwere und harte Bedingungen knüpfte, wieder in Kraft trat. Anlaß genug, den Ständen einen Gesetzentwurf vorzulegen. Während dieser von den Ständen berathen wurde, kam das Verfassungswerk vertragsweise zu Stande. Die Verfassungsurkunde vom 17. December 1820 sprach im Art. 24 den Grundsatz aus: Jedem Hessen steht das Recht der freien Auswanderung nach den Bestimmungen des Gesetzes zu¹⁷⁾. (Nach Art. 17 geht das Recht des Inländers namentlich durch Auswanderung verloren.) Dieses Gesetz vom 30. Mai 1831 ist im Wesentlichen des Inhaltes: Jeder Inländer darf auswandern, wenn Rücksicht auf Gläubiger und öffentlichen Dienst nicht im Wege steht, und er entweder selbstständig über seine persönlichen Verhältnisse verfügen oder die dazu erforderliche Einwilligung beibringen kann. Die unter väterlicher Gewalt stehenden Kinder können nur mit besonderer Erlaubniß der Staatsregierung zu-

Kinder. Das Vermögen derjenigen Kinder, welche nicht mit den Eltern auswandern, wird im Lande zurückbehalten. — Schon im tübinger Vertrag vom Jahre 1514 war das freie Recht der Auswanderung, ohne Rücklassung einer Nachsteuer (deren Erhebung im Jahre 1767 wegen des großen Kriegsschadens und der französischen Brandschakung auf 3 Jahre angeordnet wurde. — *M a j e r*, teutsche Staatsconstitution, Band 2. Hamburg 1800. S. 673), bedungen worden. *D a n z*, Handbuch des heutigen teutschen Privatrechtes, Bd. 3. Stuttgart 1797. S. 141. *P f e f f i n g e r* l. c. tom. III. p. 1491. *S p i t t l e r*, Geschichte Württembergs unter der Regierung der Grafen und Herzoge, Stöttingen 1783. S. 103 flg. *R o s e r*, Sammlung württemberger Urkunden, S. 267 flg.

16) *E i g e n b r o d t*, Handbuch der großherzoglich hessischen Verordnungen, Bd. 3. Darmstadt 1817. S. 165. Unter dem Großherzoge Ludwig dem Ersten (der von 1790 bis 1830 regierte und die Leibeigenschaft aufhob) wurde selten um diese Gestattung gebeten und diese nie versagt, nachdem Belehrung und Warnung fruchtlos geblieben war. Siehe Vortrag des geheimen Staatsrathes *S a u p* über den Gesetzentwurf, die Auswanderung betreffend, im ersten Bande der Verhandlungen der zweiten Kammer der Landstände des Großherzogthums Hessen im Jahre 1820, Heft 1. Weil. XV. S. 71.

17) Auf gleiche Art ist der §. 16 der Verfassungsurkunde des Herzogthums Sachsen-Coburg-Saalfeld (Sachsen-Coburg-Gotha) vom 8. August 1821 gefaßt: Jedem Einwohner steht das Recht der freien Auswanderung nach den Bestimmungen des Gesetzes zu, und ebenso heißt es im §. 41 des kurhessischen Staatsgrundgesetzes: Jedem Einwohner steht das Recht der freien Auswanderung unter Beobachtung der gesetzlichen Bestimmung zu.

rückbleiben. Die mit auswandernden Kinder werden ebenfalls Fremde. Wer auswandern will, hat diese seine Absicht der Administrativbehörde anzuzeigen, welche die gerichtliche Aufforderung etwaiger Gläubiger veranlaßt. Militärpersonen und Civilbeamte bedürfen der Dienstentlassung und müssen geeigneten Falles Rechenschaft ablegen. Ist dieses geschehen und hat sich in dem anberaumten Termine kein Gläubiger gemeldet, oder sind diese befriedigt oder sicher gestellt, erfordert auch keine peinliche oder polizeiliche Untersuchung die Anwesenheit, so wird die Erlaubniß zur Auswanderung ertheilt, insofern der Auswandernde nicht die Absicht hat, sich oder seinen Sohn der Kriegsdienstpflicht zu entziehen¹⁸⁾. Spätere Gesetze und Verordnungen enthalten nähere Vorschriften über das Auswandern der Bewohner der Provinz Rheinhessen (Verordnung vom 9. April 1823 und 8. Mai 1832, über die Behandlung der rückkehrenden Auswanderer, über das Auswandern der Soldaten mit ihren Familien u. s. w.¹⁹⁾). In Gemäßheit des Finanzgesetzes vom 26. Juni 1836 §. 7 ist jeder Auswanderer von der Entrichtung der Nachsteuer befreit²⁰⁾. Die Verfassungsurkunde des Herzogthums Sachsen = Meiningen und Hildburghausen spricht sich dahin aus: das allgemeine Unterthanrecht gehe verloren durch die Auswanderung, und zu dieser sei Jeder berechtigt, jedoch unter der Bedingung, daß er seine (bereits fällig gewordenen) Verbindlichkeiten gegen das Land und seine Mitbürger erfülle. Der §. 69 des Staatsgrundgesetzes von Sachsen = Altenburg vom 29. April 1831 ist des Inhaltes: Die Befugniß zum Auswandern in einen fremden Staat, der erweislich die Aufnahme zugestehet, setzt die Erfüllung der Obliegenheit als Landesunterthan und Staatsbürger voraus, und richtet sich beziehungsweise nach den mit einzelnen Staaten bestehenden Staatsverabredungen. Zur Auswanderung ist ein Erlaubnißschein der Landesregierung erforderlich. Unbeschadet der zum Bereiche der Richterbehörden gehörigen Arrestanlegungen auf Vermögenstheile der Auswandernden wegen Schulden an Inländer, darf unter jener Voraussetzung der zu suchende Auswanderungsschein niemals verweigert werden. Mit der Auswanderung wird der Unterthansverband nicht bloß für den Auswandernden selbst, sondern auch für dessen Frau und für die in väterlicher und (was die unehelich gebornen betrifft) in mütterlicher

18) Floret, historisch-kritische Darstellung der Verhandlungen der Ständeverversammlung des Großherzogthums Hessen im Jahre 1820 und 1821, Gießen 1822. S. 270—272. Gesetz über die Auswanderungen. Wagner, statistisch-topographisch-historische Beschreibung des Großherzogthums Hessen, Bb. 4. Darmstadt 1831. S. 117. Weiß, System des öffentlichen Rechtes des Großherzogthums Hessen, Darmstadt 1837. S. 239, 240.

19) Siehe Bopp, der hessische Rechtsfreund, ein gemeinnütziges Handbuch zur Kunde des Rechtes und der Verwaltung im Großherzogthume Hessen, Darmstadt 1837. unter Auswanderung, S. 62—72. Weiß a. a. D. S. 240—244. Beck, das hessische Staatsrecht, zweites Buch, 1. u. 2. Heft. Darmstadt 1832. S. 396—406.

20) Weiß a. a. D. S. 240.

Gewalt befindlichen Kinder aufgelöst. Kürzer spricht sich der §. 29 des Staatsgrundgesetzes des Königreiches Sachsen vom 4. September 1831²¹⁾ dahin aus: Jedem Unterthanen steht der Wegzug aus dem Lande ohne Erlegung einer Nachsteuer frei, so weit nicht die Verpflichtung zum Kriegsdienste oder sonst Verbindlichkeiten gegen den Staat oder Privatpersonen entgegenstehen²²⁾, und noch kürzer die (nun in Frage gestellte) Verfassungsurkunde des Königreiches Hannover dahin: Jedem Landeseinwohner steht das Recht zu, unter Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften über die Militärpflicht auszuwandern, während die Verfassungsurkunde des Fürstenthums Hohenzollern-Sigmaringen²³⁾ in §. 23 Folgendes festsetzt: Jedem Landeseingeborenen steht das Recht der freien Auswanderung ohne Bezahlung einer Nachsteuer unter Beobachtung der gesetzlichen Bestimmungen zu, sobald er seine Schulden und andere Obliegenheiten berichtigt und hinreichende Versicherung ausgestellt hat, daß er innerhalb Jahresfrist hinsichtlich der vor seinem Wegzuge erwachsenen Ansprüche vor den diesseitigen Gerichten Recht geben wolle. Durch den Wegzug verliert der Auswandernde das Staatsbürgerrecht für sich und seine mit ihm ziehende Gattin und Kinder.

Diesen Staaten gegenüber ist in anderen deutschen Staaten das Auswandern, wenigstens in bestimmten Fällen, an die Einwilligung der Staatsregierung gebunden, wie namentlich in Oesterreich²⁴⁾ und Preußen²⁵⁾. Indessen haben Staatsverträge vielfach modificirt.

21) Die Verhältnisse vor Verleihung dieser Verfassungsurkunde ergeben sich aus Berger, *oeconomia iuris*. Lipsiae 1771. p. 66. und Haubold, Lehrbuch des königlich sächsischen Privatrechts, Leipzig 1829. §. 219 u. flg. Das Recht auszuwandern war bloß durch Entrichtung der Nachsteuer bedingt.

22) Siehe noch Müller, *Kritische Bemerkungen zum sächsischen Verfassungsgesetze vom 4. September 1831* im ersten Bande v. A. Müller's Archiv für die neueste Gesetzgebung aller deutschen Bundesstaaten, Mainz 1832. (S. 147—192.) S. 161. Ganz übereinstimmend ist der betreffende Artikel der neuen Landschaftsordnung für das Herzogthum Braunschweig gefaßt, der Theorie eines Rechtslehrers (Friedersdorf) entgegen, der diesem Staate in der zweiten Hälfte des philosophischen Jahrhunderts als Justizbeamter angehörte, und S. 6 des ersten Bandes seiner Anweisung für angehende Justizbeamte, Lemgo 1776, lehrte: vor allen Dingen muß ein Justizbeamter dahin sehen, daß es in den ihm anvertrauten Amte nicht an Unterthanen fehlt, daß es nicht entvölkert, sondern, so viel es die Umstände leiden, bevölkert werde. Deshalb muß vornehmlich das schädliche, wider die Reichsgesetze laufende Auswandern nicht gestattet werden.

23) Abgedruckt im fünften Bande des A. Müller'schen Archivs für die neueste Gesetzgebung aller deutschen Staaten, Offenbach 1834. S. 141—201.

24) Siehe die Wagner'sche Zeitschrift für österröische Rechtsgelehrsamkeit und politische Gesetzkunde, Jahrgang 1833. Band 2. S. 66 flg. — Schopf, das gesetzliche Verfahren in Auswanderungsfällen, aus dem allerhöchsten Patente vom 24. März 1832 und den früher erlassenen Verordnungen, auch den Paßvorschriften, dargestellt zum Gebrauche für politische und Justizbeamte, Wien 1834. — Zeitschrift: der Nationalöconom, Jahrg. 1836. Mannh. Band 2. S. 437 u. Nachträge zu Deutschlands Agraria.

25) Allg. Landrecht für die preußischen Staaten Th. 2. Tit. 17. Abfch. 2.

Auch von einem Zwange zur Auswanderung weiß die Geschichte zu erzählen. Um nur der neueren Zeit zu gedenken, so gestattete der ausgebürgert Religionsfrieden und der westphälische Friedensschluß den Landesherrn, ihre einem anderen Religionsbekenntnisse zugethanen Unterthanen in bestimmten Fällen zum Auswandern zu zwingen²⁶⁾. Unseren Publicisten ist der Grundsatz nicht fremd, daß das Gemeinwesen, zur Abwendung der Gefahren und Nachtheile einer Uebersvölkerung, wenn diese durch freiwillige Auswanderung nicht entfernt würden, das Recht habe, die Auswanderung zu erzwingen. Dieses lehrt namentlich Mohl a. a. D. S. 130, 131²⁷⁾, indem er in der Note hinzufügt: Solche erzwungene Auswanderungen sind allerdings dem neueren Europa unbekannt; allein was die alten griechischen Staaten, die alten Deutschen u. s. w. zu diesem, freilich äußersten und tausend Interessen verletzenden Schritte brachte, nämlich Uebersvölkerung, kann auch leicht wieder in demselben Maaße eintreten, so daß das gleiche Mittel nöthig wird. Zur Entfernung aller Willkür verlangt er ein Gesetz. Auch sieht er es als in der Pflicht des Staates begründet an, daß er Alles aufbieten müsse, um den so Verbannten ein neues Vaterland zu bereiten und ihre Lage möglichst zu erleichtern. — Eine Lehre der Zukunft. Was die Gegenwart und ihre Angelegenheit betrifft, so findet noch immer das Anwendung, was einst ein freimüthiger Publicist, Häberlin (S. 160 ff. seines gedachten Handbuchs, Th. 3) sagte: Milde und gute Regierung überhaupt, prompte und unparteiische Justizverwaltung, Verhütung des Wildschadens, Abschaffung der ungeheuren Steuern und Abgaben ic. geben das beste Rezept zum Mittel wieder die häufigen Auswanderungen der Unterthanen. Wenn dieser Staatsrechtslehrer hinzufügt: Doch zuweilen finden sich auch fremde Werber in einem Lande ein, welche den Unterthanen allerhand vorspiegeln, durch Abmalung der goldenen Berge, die in einem anderen Lande auf sie warteten, ja wohl gar durch gehässige Schilderung der vaterländischen Verfassung die Unterthanen zur Auswanderung verleiten, und die Regierungen für befugt erklärt, gegen solche Emiffarien einzuschreiten²⁸⁾, — so ist dieser Grundsatz in neuerer Zeit, bei

Von Auswanderungen, Abfahrts- und Abschloßgeldern. Wer ohne Anzeige und resp. Erlaubniß auszuwandern unternimmt, hat willkürliche Geld- oder Leibesstrafe verwirkt.

26) Pütter l. c.

27) Ueber das Verbot der Auswanderung von Handwerkern und Fabrikarbeitern in's Ausland, damit sie daselbst nicht als Lehrer und Musterarbeiter benützt werden können, und die Gründe dagegen s. den zweiten Band desselben Wertes, Tab. 1833. S. 317, 318.

28) Schon ein kaiserliches Mandat vom 7. Juli 1768 — Emminghaus. corpus iuris Germanici, tom. II. p. 496 — bedrohte solche Werber, indem es zugleich heimliche Auswanderungen über die Grenzen des Reiches verpönte. Siehe über dessen Giltigkeit als Reichsgesetz und Anwendbarkeit: Gdner, teutsches Staatsrecht, Landshut 1802. §. 333. S. 556, 557, und Heffter, Lehrbuch des gemeinen teutschen Criminalrechtes, Halle 1833. §. 535. S. 555.

der Zunahme des Auswanderens und der Verleitung dazu, in die Gesetzgebung übergegangen. So gibt z. B. eine herzoglich nassauische Verordnung vom 2. Semptember 1826 den Bezirks- und Ortsbeamten auf, ihre Aufmerksamkeit auf solche Werber zu richten, inländischen bei Gefängnißstrafe das Werben zu untersagen und Ausländer auszuweisen, auch der Landesregierung zur etwaigen weiteren Einschreitung Anzeige zu machen. Siehe v. Marx, Handbuch zur näheren Kenntniß der Verfassung und Verwaltung des Herzogthums Nassau, Band 1. Wiesbaden 1827. S. 124. unter Auswanderung, verbotene Werbung²⁹⁾; siehe auch noch Mohl, System der Prävocativjustiz oder Rechtspolizei, Tüb. 1834. S. 309, 310. Dopp.

Auszug (reservatum) in rechtlicher Beziehung ist 1) im Allgemeinen alles das, was Jemand, der ihm gehörige, einen gewissen Complex ausmachende Gegenstände einem Dritten als Eigenthum oder auch nur zur Benutzung überläßt, zu seiner eigenen Disposition zurückbehält¹⁾. In diesem Sinne werden so z. B. die Naturalien genannt, welche ein Pächter dem Verpächter aus dem verpachteten Gute während der Dauer seines Pachtcs zu gewissen Zeiten leisten muß²⁾. Insbesondere aber bedeutet dieses Wort 2) nach teutschem Rechte im eigentlichen Sinne den Inbegriff derjenigen fortdauernden Leistungen, zu welchen der Gutsübernehmer, Behufs der lebenslänglichen Erhaltung, Versorgung und Verpflegung seines Erblassers (des Gutsübergebers) sich anheischig macht³⁾. In einem uneigentlichen Sinne wird dieser Ausdruck auch auf dergleichen Leistungen für Angehörige des Gutsübergebers, z. B. für gebrechliche oder noch unerzogene Kinder desselben, für dessen Ehefrau u. s. w., und auf die Fälle ausgedehnt, wo die Leistungen auf eine bestimmte Dauer, wenn gleich nicht auf Lebenszeit, jährlich wiederkehrend und nicht von einem Anerben des Auszüglers zu gewähren sind. Während im eigentlichen Sinne der Auszug in der Regel Gegenstand eines Contracts, bei Colonen häufiger Folge eines richterlichen Ausspruchs ist, wird er in der uneigentlichen Bedeutung auch durch letzte Willensdisposition bedungen. In dem unter Nummer 2. so eben angegebenen Sinne werden für diesen Ausdruck auch folgende Worte gebraucht: Ab-

29) Sonst handelt der Verfasser noch (S. 123, 124) ab; 1) Auswanderer (fremde), 2) Auswanderung, Wirkung auf Militärpflicht, 3) Auswanderungen, jährliche Tabellen.

1) Denotat: rem, quam, reliquis rebus nostris eiusdem generis sepositis et alienatis, in nostra potestate manere et nostro arbitrio subditam esse volumus, Mirus, Diss. de reservato rustico, Lipsiae 1828, §. 1.

2) Pierer, encyclopädisches Wörterbuch, 2. Band 2. Abth. S. 480, Krausii, Diss. circa iura et mores reservatorum rusticorum, Viterbergae 1729. Cap. II. §. 1.

3) Pfeiffer, practische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft, 4. Bd. Nr. VIII. S. 131. (S. B. Runde, von der Leibzucht oder dem Altentheile, 1. Th. §. 1. S. 3. Mittermaier, Grundsätze des aem. teutschen Privatrechtes, 4. Ausg. §. 199. Biener, opusc. acad. Vol. II. qu. XXVIII. cap. XXIII,

nahme, Abschied, Altenrecht, Altersheil, Altzig, Alttheil, Altvaterrecht, Altvatertheil, Ansaß, Ausbehalt, Ausding, Ausgedinge, Ausnahme, Ausfaß, Austrag, Beisig, Bröbung, Einleibung, Großvaterrecht, Herberge, Insig, Leibesnahrung, Leibgeding, Leibthum, Leibzeit, Leibzucht, Lohn, Nahrung, Pfründe, Schließ, Tagzeitgelde (Tatzen), Tucht, Verpfründung, Vorbehalt, Winkel; im Lateinischen aber am häufigsten *reservatum rusticum*⁴⁾; im Französischen *la reserve*⁵⁾). Häufig wird bei den zuerst erwähnten teutschen Ausdrücken das Wort, welches bloß einen Theil des Auszuges bedeutet, für das Ganze (*pars pro toto*, nach dem Grundsatz: *a potiori fit denominatio*) angewendet, so z. B. in den Worten Beisig (eigentlich bloß Benutzung eines besondern Auszugehauses), Insig (Mitbenutzung der Wohnstube), Herberge (eigentlich bloß Wohnung), Winkel (bloß Benutzung eines Winkels in der Stube zur Wohnung), Tagzeitgelde (gewisse an bestimmten Tagen zu entrichtende Gelde, gewöhnlich abschlägliche Zahlungen auf die Kaufsumme des Gutes) u. s. w.⁶⁾ Am häufigsten findet man, selbst bei den ausgezeichnetsten Schriftstellern, das Wort Leibzucht gleichbedeutend mit Auszug gebraucht, obgleich der Letztere eigentlich bloß eine Art der Leibzucht, der Leibrente, des Leibgedinges (*contractus vitalitius*, eines *contractus innominatus do ut facias*)⁷⁾ — Alles gedenkbar auch ohne Leistung aus einem teutschen Bauergute — ausmacht⁸⁾).

4) Es ist sehr komisch, wie sich die Romanisten geplagt haben, für das echt teutsche Institut der Gutsabtretung einen römischen Ausdruck zu finden, und auf welche sonderbare Uebersetzungen sie gefallen sind, z. B. *cessio bonorum liberis a parentibus adhuc vivis facta et reservatum, emtio venditio et donatio sub modo, assignat, bonor. parent. et reserv. etc. etc.*

5) Wenn Rittermaier a. a. D. Note 1 S. 478 dafür das Wort *démision des biens* anführt, so ist dies nicht sowohl vom Auszuge, als von der oft den Auszug einschließenden Gutsabtretung zu verstehen, wovon w. u.

6) Eine umständliche Aufzählung und Erklärung der meisten vorstehenden Benennungen ist enthalten in G. S. Kunde a. a. D. §. 49. S. 268 flg.

7) Eichhorn, Einleitung in das teutsche Privatrecht, 4. Ausg. Göttingen 1836. §. 117. S. 331. Curtius, Handbuch des Civilrechtes §. 280. Hänsel, die Lehre von dem Auszuge oder der Leibzucht, Leipzig 1834. §. 1. Note 1. J. F. Kunde, Grundsätze des teutschen Privatrechtes, §. 521. Danz zu Kunde 5. Bd. §. 521. Daher unterscheidet auch G. S. Kunde a. a. D. 1. Th. §. 1. zwei Arten der vertragmäßigen Leibzucht: die vorbehaltene (Auszug, *reservatum*) bei Uebergabe des eigenen Hofes — und die aufgelegte (*ius vitalitium constitutum*), erworben durch Verwenbung der Kräfte oder des Vermögens zum Besten eines fremden Hofes.

8) Rücksichtlich der älteren Literatur, den Auszug betreffend, verweisen wir auf G. S. Kunde a. a. D. §. 50, und Pagemann, Landwirtschaftsrecht §. 57, im Allgemeinen aber auf Rittermaier a. a. D. Note 2. S. 474, und besonders auf Hänsel a. a. D. in der Vorrede S. VII u. IX flg. Wir fügen nur hinzu die oben (Note 3) angeführte pfeifferische Abhandlung: Von den durch die teutsch-rechtliche Gutsabtretung (Güteransaß) begründeten Rechten und Verbindlichkeiten, insonderheit von dem elterlichen Auszuge oder der Leibzucht, welcher Abhandlung wir in diesem Artikel vorzüglich gefolgt

Der Auszug in der oben beschriebenen zweiten Bedeutung, von welchem allein dieser Artikel handeln wird, ist ein rein deutsches Institut. Wenn gleich auch den Römern der Gebrauch, sich bei Verkauf eines Gutes Wohnung und Nießbrauch vorzubehalten, nicht unbekannt war;⁹⁾ so war dieß doch ein von dem teutschrechtlichen Institute des Auszuges ganz verschiedenes Geschäft.¹⁰⁾ Schon früh kam jener als Vorbehalt bei Gutsübergaben, am meisten in Colonatsverhältnissen vor;¹¹⁾ es war das Geschäft ein deutscher Erbvertrag, bei welchem der Erbe in das Gesamteigenthum aufgenommen wurde, wodurch sich die neuere Behandlung des Institutes, als einer anticipirten Erbschaft, eben sowohl erzeugt hat, als die Ansicht, daß die übernommene Verpflichtung eine auf dem Gute haftende Reallast sei¹²⁾, wie wir nachher näher zeigen werden. In Teutschland entsprang bekanntlich in den frühesten Zeiten alle Erbfolge aus Vertrag oder Rechtsgewohnheit und

sind. Wir beklagen, daß sie die schon 1834 herausgekommene hänsel'sche Monographie (Note 7) nicht berücksichtigt, nicht einmal genannt hat. Diese geht freilich im Gegensatze von jener in der Hauptsache von römisch-rechtlichen Principien aus, während die ründische Schrift in der Hauptsache das Colonatverhältniß vor Augen hat, so daß die drei Hauptschriften in dieser Materie ganz verschiedene Wege eingeschlagen haben. Man vergl. über die hänsel'sche Schrift die Anzeige davon in Gersdorf, Repertorium der gesammten teutschen Literatur, 1. Bd. 1. Heft S. 6. Nicht unerwähnt können wir auch die von Pfeiffer angezogene Behandlung dieser Sache von Kenney, in der Schrift: von der Leihe zu Landsiedelrecht, Lit. IX. §. 12. lassen, da wir sie nirgends sonst in der Materie erwähnt finden. Ganz im Jahre 1836 herausgekommene Abhandlung: H. W. Rechtsfreund, der Guts- oder Hauswirth und sein Auszügler, ein Fingerzeug für dieselben etc., zur Vermeidung von Zwietracht und Prozessen (Weissen, Klincksicht und Sohn) stellt sich auf den populären Gesichtspunct und hat besonders die königlich sächsische Gesetzgebung vor Augen. Wir beklagen, daß wir die neueste und sehr wichtige Schrift über diesen Gegenstand vom Landrichter D. Puchta in Erlangen, über die rechtliche Natur der bäuerlichen Gutsabtretung überhaupt und mit Authentizitätsbestellung besonders (Gießen, B. G. Ferber 1837) erst zu Gesichte bekamen, nachdem dieses Manuscript schon abgeliefert war, so daß wir nur ergänzend in einigen Stellen darauf verweisen, sie aber bei der Arbeit selbst nicht nutzen konnten. Noch erwähnen wir die particularrechtliche Schrift: Thierfeld, der Leibzuchtscontract oder die Rechte und Pflichten der Auszügler im Königreiche Sachsen, ingleichen das Interusurium etc. Leipzig, Neclam, 1827, und Zachariae liber quaestionum, Vitemb. 1805. quaest. XXI. p. 138.

9) L. 32. D. de usufr. et quemadm. (7. 1.) L. 21. §. 6. D. de actionib. emti et vend. (19. 1.) Biener l. c.

10) Noch weniger kann man rücksichtlich der Entstehung des Auszuges auf noch frühere Ereignisse zurückgehen, oder gar mit der Geschmacklosigkeit des vorigen Jahrhunderts selbst in religiösen Dingen Gott als Auszugsvater rücksichtlich des Baumes des Erkenntnisses des Guten und Bösen im Paradiese annehmen, wie Kraus l. c. cap. I. §. 3.

11) Mittermaier a. a. D. §. 199.

12) Eichhorn a. a. D. §. 365. Sowohl die Ansicht, daß der Gutsabtretung eine anticipirte Erbfolge zum Grunde liege, als die, daß der Auszug eine Reallast sei, bestritten, wiewohl mit manchen Modificationen, Puchta a. a. D. §§. XVI. XVII. XVIII. XIX. S. 101 flg. und §. XXI. S. 132 flg.

Gesetz. Erst mit dem römischen Rechte wurde der Gebrauch der Testamente eingeführt. Bei dem Erbvertrag erfolgte die sofortige Uebergabe des Eigenthums am Nachlasse; des Erblassers Existenz für seine Lebenszeit mußte daher durch Vorbehalt des dazu erforderlichen Abwurfes seines Vermögens gesichert werden. Hiernächst erhielt der junge Deutsche nicht eher Güter in den Besitz, als bis er weiffähig war; er konnte sie aber auch nicht behalten, wenn er weiffenunfähig wurde. In diesem Falle mußte abermals für seine Existenz gesorgt werden. So entstand die contractmäßige und da, wo sie üblich ist, die gesetzliche Bestimmung des Auszuges¹³⁾, ohne daß man dabei die noch unentschiedene Thatfache, daß die alten Deutschen, wie manche andere rohe Völker, ihre schwachen Greise todt geschlagen hätten¹⁴⁾, als wahr anzunehmen und der noch viel unerwiefeneren Hypothese, durch Einführung der christlichen Religion sei an die Stelle des Todtschlagens das Altenheil, der Auszug getreten¹⁵⁾, beizupflichten braucht¹⁶⁾. Der Greis hatte am Gute Eigenthumsrecht; dieß zu übertragen, an wen er wollte, stand ihm frei; davon machte er Gebrauch, sicherte aber seinen Lebensunterhalt. Da, wo ganz freies Eigenthum statt fand, konnte und kann, der Natur der Sache nach, von der durch Gesetz oder Rechtsgebrauch gezwungenen Gutsabtretung und Auszugsbestellung nicht die Rede sein. Anders ist dieß aber im entgegengesetzten Falle, namentlich beim teutschen Colonate. Wenn der nicht mehr weiffähige Ritter sein Gut einem Weiffähigen überlassen mußte, damit der Lehnherr seine Vasallen vollständig hatte, so muß der nicht mehr der Wirthschaft gewachsene Colon sein Gut an einen tüchtigen Wirth abtreten, damit der Grundherr der guten Bewirthschaftung des Gutes sicher ist. So wie aber das Colonat selbst rückfichtlich der Nothwendigkeit der Ueberlassung des Gutes an den Auerben, im Fall eintretender Schwäche des Gutsbesizers, dem Beispiele der Rittergüter rückfichtlich der Weiffähigkeit gefolgt ist, obgleich in neuern Zeiten und mit dem Aufhören der Ritterdienste durch gebungene Miliz und Volksbewaffung bei den Rittergütern das Institut des Auszuges sehr ungewöhnlich geworden: eben so haben sich manche Gewohnheiten des Colonat = Auszuges auf den Auszug bei freien Bauergütern übertragen¹⁷⁾, ja sie sind sogar in die Bürgerwirthschaften übergegangen¹⁸⁾. Obgleich bei diesen Weiden ohne Zweifel, wenn nicht die Untheilbarkeit des Gutes auf Gesetz oder Herkommen beruht, das Gut unter Meh-

13) Mirus l. c. §. 2.

14) Andr. Flor. Rivinus, *Diss. de senectute non honorata*.

15) Fischer, *Lehrbegriff sämmtlicher Cameral- und Polizeirechte*, 1. Bd. §. 62. S. 61.

16) Hagemann, *Handbuch des Landwirthschaftsrechtes* §. 56.

17) Dennoch darf von dem, was bei dem Colonat rückfichtlich des Auszuges gilt, nicht auf freie Bauergüter geschlossen werden. *Rittermaier a. a. O. §. 199. S. 479.*

18) Man vgl. über alles dieß *C. L. Kunde a. a. O. §. 2 flg.*

re gere getheilt und nichts desto weniger dem Gutsabtreter ein Auszug vorbehalten werden kann, so liegt es doch in der Natur der Sache, daß da, wo Untheilbarkeit der Güter stattfindet, durch diese das Institut des Auszuges sehr befördert worden ist¹⁹⁾, während sich hier der Einfluß des Lehnrechtes auf die Erbfolge in Bauergüter deutlich zeigt, bei welchen doch in der Regel *successio ex pacto et providentia majorum* nicht stattfindet²⁰⁾. Wird so objectiv unser Institut durch die Untheilbarkeit der Bauergüter genährt, so giebt der eigene Vortheil des Gutsübernehmers die subjectiven Beweggründe dafür an die Hand, so daß man sich in mehreren Ländern genöthigt gesehen hat, ein gewisses Lebensalter zu bestimmen, vor welchem ein Gutsbesitzer sich nicht „auf den Auszug setzen,“ d. h. das Gut unter Bedingung eines Auszuges an einen Andern abtreten, der Auerbe aber das Gut nicht annehmen kann. Denn die zu frühe Gutsabtretung führt mehrfache Nachtheile mit sich. Bester ist für Ersteren 50 — 60 Jahre, für Letzteren nicht unter 25 Jahren festgesetzt²¹⁾. Eine merkwürdige Eigenheit dieses Institutes ist, daß nicht nur der Vater, und zwar, wenn die Mutter Miteigenthümerin des Gutes ist, unter deren Zustimmung, sondern auch die Mutter, und zwar nicht blos, wenn sie alleinige Eigenthümerin des Gutes, sondern auch nach dem Tode ihres Gatten, wenn sie nur Miteigenthümerin des Gutes oder auch blos Vormünderin der Kinder ist, das Gut einem der Kinder nach ihrer Wahl mittelst eines angemessenen Werthanschlages übergeben kann²²⁾.

Nach allem diesem fällt der Schluß auf die Natur gegenwärtigen Institutes nicht schwer. Ganz nach den Regeln des deutschen Rechtes ist der eigentliche Auszug zu beurtheilen, welchen sich der Gutsbesitzer bei Abtretung des Gutes an seine Erben vorbehält, oder welchen die Ehefrau nach dem Ableben ihres Ehemannes oder der Interimswirthe nach Beendigung der Interimswirthe (s. d. Art.) bekommen muß²³⁾. Er hat in mehrerer Hinsicht die Natur einer Leibrente und richtet sich, wenn er, wie gewöhnlich, auf Vertrag beruht, nach den Bedingungen desselben²⁴⁾. Indes kömmt er doch, selbst wenn er nicht, wie bei dem Colonat, *ex dispositione legis* errichtet ist, darin mit den Grundsätzen des Colonatauszuges überein, daß er, richtig bestellt, ein *onus reale* des Gutes bildet²⁵⁾, und daß die Leistungen des Auszuges nicht den Character der Zinsen eines Capitals haben, sondern vielmehr selbst Hauptstämme sind, die so im Concurse, namentlich auch mit

19) Man vgl. hierüber den Art. Altenburg S. 193 u. 195.

20) Pfeiffer a. a. D. §. 4 flg.

21) Pfeiffer a. a. D. §. 5. Darg a. a. D. 5. Band §. 521. Nr. VI.

22) Pfeiffer a. a. D. S. 130.

23) Eichhorn a. a. D. §. 117.

24) So stets in Sachsen. Curtius a. a. D. §. 280. Hensel, Bemerkungen und Excurse über das in dem Königreiche Sachsen gültige Civilrecht, 3. Abth. §. 280. S. 167.

25) Siehe ebendas. und oben Note 14.

Vorzugszinsen gefordert werden können²⁶). Uebrigens entspringt nach allem diesem der deutsch-rechtliche Auszug hauptsächlich aus der deutsch-rechtlichen Gutsabtretung. Diese ist aber von gemischter Natur, theils auf onerosen, theils auf lucrativem Titel beruhend, ein Geschäft theils unter den Lebendigen, theils auf den Todesfall. Darin eben characterisirt sich die deutsch-rechtliche Natur des Institutes, daß dabei eine Anticipation der Erbfolge und eine Veranschlagung des Gutes unter dem wahren Werth²⁷) stattfindet²⁸). Die Anticipation der Erbschaft liegt dann klar vor, wenn der Gutsannehmer der nächste Erbe, der Anerbe ist. Denn wenn schon darum der Character eines nach dem römischen Rechte²⁹) unerlaubten Erbvertrages nicht zu verkennen ist, weil der Gutsbesitzer sich dabei mit seinem Erben in der Maasse vereinigt, daß dieser das Gut um einen gewissen Preis, Werthanschlag, annimmt, so viel davon inne behält, als sein Erbtheil beträgt, jedem der Miterben aber dessen Erbtheil an dem angenommenen Gutswerthe herauszahlt³⁰), und dem Gutsübergeber den lebenslänglichen Auszug gewährt, so ist es noch eine ausgezeichnete Sonderbarkeit, daß die Erbschaftstheilung schon bei Lebzeiten des Erblassers erfolgt, ganz gegen den römisch-rechtlichen Grundsatz: *viventis non est haereditas*³¹). Und so sind darüber die meisten Rechtsgelehrten einverstanden, daß die Gutsabtretung gegen Verwilligung eines Auszuges (der *Ansatzcontract*) ganz unter dem Gesichtspuncte einer anticipirten Erbfolge aufzufassen ist³²). Allein das Geschäft beruht offenbar zwar insofern auf einem lucrativen Titel für den Gutsübernehmer und dessen Miterben, als sie alle ihre Erbtheil sofort erhalten, jedoch hinsichtlich des Gutsübernehmers insofern auch auf einem onerosen Titel, als er die Erbtheile seiner Miterben herauszahlen muß. Der Gegenstand der anticipirten Erbschaft aber ist nicht das Gut, sondern der Anschlagspreis des Gutes und bei dem Gutsannehmer der Minderbetrag des Gutspreises im Vergleich mit dem wahren Gutswerthe. Denn der Umstand, daß der Anerbe das Gut ungetheilt behalten und die Erbtheile aller seiner Miterben herauszahlen muß, macht es nöthig, daß, soll der Anerbe nicht ruiniert werden, der Anschlag nur ein sogenannter „leidlicher“ und „in geschwisterlichen Werthe“ sei³³). Irrig ist es jedoch, wenn man die Auszugsbedingung mit der Gutsabtretung an den Nachfolger

26) Ebenbas. S. 172.

27) Man vergl. den Art. Altenburg S. 193.

28) Pfeiffer a. a. D. §. 1 u. 2.

29) C. 19. et 30, C. de pactis, (2, 3.)

30) Pfeiffer a. a. D. §. 12. S. 142.

31) Gerade entgegengesetzt stellt die Sache der Puchta a. a. D. §. XXII. Nr. 16. S. 144.

32) Hänsel, Excursus a. a. D. S. 177.

33) Pfeiffer a. a. D. S. 145. Nur Puchta in den oben (Note 12) angezogenen Stellen sucht neuerlich das Gegentheil, und zwar allerdings mit sehr beachtenswerthen Gründen darzuthun.

für ein einziges unzertrennliches Rechtsgeschäft gehalten hat. Letztere besteht vielmehr ganz für sich, und es kann ihr Erstere nur als Nebenvertrag angehängt werden, ohne die Natur jener zu verändern³⁴). Es giebt nun Geschäfte, die zwar mit der vorliegenden deutsch-rechtlichen Gutsabtretung nahe verwandt, aber nicht mit derselben identisch sind. Dahin gehört die Gutsabtretung an den Erben ohne Werthanschlag oder gegen so geringe Gegenleistungen, daß sie mit dem wahren Werthe in gar keinem Verhältnisse stehen. Denn dann fehlt das charakteristische Merkmal der Herauszahlung an die Miterben. Immer gehört dahin die Abtretung des Gutes an einen Nichterben des Auszüglers, gegen eine Anschlagssumme unter Bedingung eines Auszuges für den Gutsabtreter und der Bezahlung des Anschlagswerthes an des Letzteren Erben. Denn hier fehlt das charakteristische Merkmal des Gutsannehmers als Erben³⁵). Noch verschiedener davon und ganz unter die Dispositionen des römischen Rechtes gehörig sind die Schenkung unter Vorbehalt gewisser lebenslänglicher Leistungen (*donatio sub modo*) der Kaufcontract unter Nebenbedingung gewisser Leibrenten oder des Nießbrauches (*venditio sub reservato usufructu*), und die Uebertragung des Eigenthums bloß gegen Leibrenten, wenn diese auch nicht in baaren Geldzahlungen, sondern in andern Leistungen bestehen³⁶). Doch keineswegs kann der deutschrechtliche Auszug ganz auf die Principien vom Alimenten- oder Leibrenten-Vertrag, oder gar von den römisch-rechtlichen persönlichen Servituten des *ususfructus*, *usus* und der *habitatio*, ingleichen auf die Principien vom simplen Kaufcontract, von der Schenkung, von dem Testamente und der Erbtheilung der Eltern unter ihren Kindern verwiesen werden³⁷). Und selbst eine analoge Anwendung jener Grundsätze³⁸) kann bei der gänzlichen Verschiedenheit des Grundprincipes nur mit großer Vorsicht geschehen.

Wenn wir vom Colonat abgehen, dessen Natur zu ganz eigenen, in dem Art. Colonat näher zu entwickelnden Grundsätzen dadurch führt, daß der Grundherr den Abgang des Gutsbesizers, wenn er dem Gute nicht mehr vorstehen kann, gegen eine Auszugsverwilligung, und der Colon dagegen im gleichen Falle, eben so der Interimswirth für sich und seine Gattin³⁹), die Verwilligung eines Auszuges, gegen

34) Pfeiffer a. a. D. §. 7. S. 132.

35) Man sehe über alles dieß Pfeiffer a. a. D. §. 1 u. 2.

36) Eichhorn a. a. D. §. 117. Pfeiffer a. a. D. §. 3. S. 124. Ganz entgegengesetzter Meinung ist Puchta a. a. D. §. IV. u. V. S. 22 flg., welcher im Gegentheile den Satz aufstellt: das Gutsabtretungsgeschäft ist ordentlichweise ein Kauf. Er sucht dieß auch durch particularrechtliche Autoritäten §. XII. S. 72 flg. darzuthun.

37) Mirus l. c. cap. II. §. 3. Pfeiffer a. a. D. §. 3. Danz a. a. D. §. 521 u. 522a. gegen Hänsel in der angeführten Monographie §. 8, 9, 10, und in den Excursen zum Curtius a. a. D. S. 169, wo er übrigens die Anwendung der Principien über Alimente selbst auf das Colonat beschränkt.

38) Mittermaier a. a. D.

39) Pagemann a. a. D. §. 57. S. 89.

Abtretung des Gutes, verlangen⁴⁰⁾, dieß Geschäft also im Streitfall auch durch richterliches Decret verfügt werden kann; so geschieht die Bestellung des Auszuges (constitutio reservati)⁴¹⁾ in der Regel durch Vertrag. Hier ist es, wo die Grundsätze des teutschrechtlichen Auszuges am reinsten zur Anwendung kommen. Gewöhnlich geschieht dieß in Form eines Kaufes, der aber häufig nichts weiter als ein teutschrechtlicher Gutsabtretungsvertrag mit Auszugsklausulation, jedoch in der Maasse ist, daß letztere als ein Nebenvertrag (pactum adjectum) da steht. Ob dazu die Einwilligung des Guts Herrn und gerichtliche Confirmation erforderlich sei, dieß ist sehr streitig. Daß in denjenigen Landen, namentlich in den Landen sächsischen Rechtes, wo zur Erwerbung jedes Realrechtes richterliche Bestätigung gehört, dieß auch zu gültiger Bestellung eines Auszuges nöthig ist, liegt auf der Hand⁴²⁾; doch reicht die Bestätigung des Gutsüberlassungsvertrages im Allgemeinen dazu hin, um dem darin enthaltenen Nebenvertrage des Auszuges volle Gültigkeit und Wirksamkeit zu geben⁴³⁾. Indes ist in manchen Landen, wo dieß Verhältnis auch nicht eintritt, doch ausnahmsweise für die Auszugsbestellung richterliche Confirmation vorgeschrieben⁴⁴⁾. Besondere Hypothekbestellung ist, wenn die Confirmation erfolgte, gemeinrechtlich gar nicht erforderlich, ob sie gleich nach Partikularrechten, z. B. dem l. sächsischen, nützlich ist⁴⁵⁾. Es ist aber auch gemeinrechtlich die Confirmation nicht nöthig, außer da, wo die Gutsabtretung ex legis dispositione geschieht. Hier ist der Hauptgegenstand der richterlichen Untersuchung die Qualität des alten und die des neuen Gutsbesizers, und die Größe des Auszuges im Verhältnis zum Gute, damit einerseits der Auszügler sich nicht zu früh der Thätigkeit entziehe, aber auch leben könne, andererseits der Gutsübernehmer nicht ruinirt werde⁴⁶⁾. In der Regel sind jedoch

40) H ä n s e l, Excursus §. 280. S. 167.

41) Mirus l. c. cap. III. Kraus l. c. cap. III. H ä n s e l, Auszug §. 3, 4, 5, 6. H ä n s e l, Excursus §. 280. S. 176. Pfeiffer a. a. D. §. 2. S. 121.

42) Nur so ist Curtius a. a. D. §. 280 zu verstehen, wenn er sich für die allgemeine Nothwendigkeit richterlicher Bestätigung ausspricht, womit er unstreitig nur auf das Königreich Sachsen deutet. Man vergleiche auch Kraus l. c. cap. III. §. V. Haubold, Lehrbuch des königlich sächsischen Privatrechtes von Günther §. 462.

43) Curtius a. a. D. H ä n s e l, angef. Auszug §. 5. S. 37. Ob das Realrecht erlangt wird, wenn die Confirmation zwar erfolgt, der Handel aber nicht in die Gerichtsbücher eingetragen ist, hängt von der Entscheidung dieser Frage in Bezug auf alle Rechtsgeschäfte im Allgemeinen ab. Man vergl. die, wohl nicht in den Buchhandel gekommene, Ronneburg den 21. Januar 1815. L. . . . s (Amtmann Rössius) unterzeichnete Brochüre: Eine mit gericht- und lehensherrlicher Gunst verfehene, aber nicht in das Consensbuch eingetragene Hypothek hat keine Gültigkeit.

44) Pfeiffer a. a. D. §. 6. S. 130.

45) H ä n s e l, angef. Excursus §. 280. S. 176.

46) J. F. R u n d e, t. Privatrecht §. 511. C. F. R u n d e a. a. D. §. 73 u. 74. S. 531 fig. Pfeiffer a. a. D. §. 6 u. 10. S. 130, 131,

hierbei nicht sowohl das Bedürfnis des Auszüglers, als vielmehr die Kräfte des Gutes zu berücksichtigen. Hingegen möchte da, wo bloß freier Wille das Auszugsgeschäft errichtet, eine Minderung des Auszuges ohne Weiteres und ohne Zustimmung des Auszüglers sehr bedenklich sein⁴⁷⁾. Sie kann höchstens in der Folge dann gerechtfertigt werden, wenn durch unvorhergesehene Umstände das Gut in eine solche Lage kömmt, daß es den Auszug in seinem vollen Betrage nicht ferner ohne wesentlichen Nachtheil zu leisten vermag⁴⁸⁾. Bei der Contracterrichtung aber wird sich die richterliche Wirksamkeit in der Hauptsache auf größtmögliche Vorsicht und ängstliche Genauigkeit in Bestimmung aller vertragsmäßigen Verabredungen beschränken, diese aber auch dringend erforderlich sein. Denn eines Theils ist jede Last, also auch der Auszug, auf das Strengste zu erklären, daher die mit einem lateinischen Wortspiel ausgedrückte Regel: *quidquid reservans nomine reservati vult recipere, nominatim debet excipere*. Von selbst versteht sich höchstens nur dasjenige, ohne welches der Auszug gar nicht oder nur mit großer Beschwerde exercirt werden kann, z. B. im Vorbehalt gewisser Viehstücken liegt zugleich das Recht des Mitgebrauchs der Stallung für den Auszügler⁴⁹⁾. Andern Theils giebt es selten ein Verhältniß, das so viele, so chicanöse und so erbitterte, dem Familienwohle nachtheilige Streitigkeiten erregte, als wegen der nahen Berührung der Interessenten dieses⁵⁰⁾. Die Einwilligung des Grundherrn ist eigentlich nur dann erforderlich, wenn er bei der Erhaltung des Bauergutes in gutem Stande, so wie dabei, daß das Gut nicht mit übermäßigen Hypotheken beschwert werde, wesentlich interessirt ist, also ganz vorzüglich im Colonatverhältnisse⁵¹⁾, und namentlich in dem Falle, wenn das Gut an einen Anderen, als den gesetzlichen Auerben übergeben werden soll⁵²⁾. Auch nur bei Colonatgütern ist die Einwilligung des Grundherrn in Bezug auf unverhältnißmäßige Größe des Auszuges erforderlich, bei anderen Gütern hängt, häufig wenigstens, die Gültigkeit des Contracts nicht davon

138 u. 140. de Selchow *elementa iur. germanici priv.* §. 245. (366.) Hänsel, *Excursus* §. 280. S. 175 a. G. In der Hauptsache stimmt damit Puchta a. a. D. §. XXII. Nr. 7. S. 141 überein.

47) Hänsel, *Excursus* zc. a. a. D. S. 163. Juristische Zeitung für die Königl. preuß. Staaten II. Jahrg. Berlin 1833. S. 828. Ueber Regulirung der Auszüge und Altentheile. Böhmmer, Bopp und Jäger, *Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege* Bd. I. Darmstadt 1833. S. 3. S. 304. Ueber Verminderung oder Vermehrung elterlicher Auszüge nach §. 11 des hessencassellischen Pufenebictes v. 21. April 1780. v. Duve, *Zeitschrift für Gesetzgebung* zc. im Königreiche Hannover zc. I. Bd. Lüneburg 1821. S. 2. S. 108. Obgleichliche Herabsetzung eines Altentheiles zc. den der Richter nicht den Kräften des Hofes gemäß hielt.

48) Pfeiffer a. a. D. §. 9. S. 138.

49) Mirus l. c. §. 2. Hänsel, *Excursus* §. 280. S. 170.

50) Danz a. a. D. §. 521. Nr. V.

51) Danz a. a. D. §. 521. Nr. IV.

52) Eichhorn a. a. D. §. 365. S. 884.

ab, und der Grundherr kann höchstens auf dessen Rescission wegen übermäßiger Gutsbelastung klagen⁵³). Oft beschränken Particulargesetze den Einfluß des Grundherrn dahin, daß er nicht auf der Anticipation der Erbschaft bestehen und nichts in die Wahl des Nachfolgers, wenn dieser nur zur Landwirthschaft tüchtig ist, reden darf⁵⁴). Alle diese Rücksichten treten auch bei den übrigen Arten, den Auszug zu errichten, ein, da die Art der Errichtung die Rechte Dritter nicht benachtheiligen kann, also auch in den Fällen, wenn der Auszug durch den letzten Willen oder unter den oben erwähnten Verhältnissen durch richterlichen Ausspruch errichtet wird⁵⁵). Im ersten Falle kann nur von den dritten Personen, nicht dem Gutsübergeber zu gewährenden Auszuge (in uneigentlicher Bedeutung) die Rede sein. Der letzte Fall tritt, außer dem Colonate, dann vorzüglich ein, wenn ein allgemeines Versprechen des Auszuges ohne nähere Specificirung desselben vorhanden ist, wo dann der Richter nach Landesgebrauch Umfang des Gutes, Bedürfniß des Auszüglers und frühere Vorgänge bet dem Gute, den Umfang des Auszuges, allenfalls unter Benutzung des arbitrii boni viri ermisset⁵⁶). Die Frage, in wiefern auch acquisitive Verjährung eintreten könne, ist wegen des menschlichen Lebensalters wohl mehr eine juristische Spitzfindigkeit als eine practische Rechtsfrage⁵⁷).

Die bei dem Auszuge theilhaftigen Subjecte sind vor Allem der Gutsabtreter, Auszügler, Auszugsvater, Auszüger, Auszüger, Altvater, Leibzuchter, die gewesene Gutswirthin, Auszüglerin, Auszugsmutter, Altmutter, Weibe zusammen Altentheiler, Altentheils-, Ausdings- oder Auszugsteute, und ihnen gegenüber der Gutsbesitzer. Der Auszug wird in der Regel für den Altvater und die Altmutter bestimmt, häufig auch für deren Kinder, besonders wenn diese kränklich, oder auch bis nach erfolgter Erziehung, wenn sie noch unerzogen sind⁵⁸). Ein eigentlicher Altentheil ist dieß Legtere freilich nicht, allein es ist doch eine auf ähnlichen Verhältnissen beruhende Leibzucht⁵⁹). Uebrigens können freie Bauern, Colonen und Leibeigene, Rittergutsbesitzer und städtische

53) Pfeiffer a. a. D. §. 9. S. 138. Puchta a. a. D. §. XXII. Nr. 6. S. 141, gesteht dieß nur in dem Falle zu, wenn des Grundherrn Ansprüche auf die herkömmlichen Prästationen durch den Auszug eine Veränderung erleiden.

54) Pfeiffer a. a. D. §. 6. S. 131. Danz a. a. D. §. 521. Nr. IV. Hagemann a. a. D. §. 57.

55) Puchta a. a. D. §. II. S. 12, stellt dagegen den Satz auf: es gibt keinen Altentheil oder eine bauerliche Leibzucht, außer auf dem Grunde der Abtretung eines Besitzthumes, wovon sich die Altentheilempfänger bisher ernährt haben.

56) Hänfel, Excursus §. 280. S. 175. Der selbe im angef. Auszuge §. 13. S. 126. Man vgl. auch obige Note 47.

57) Mirus l. c. cap. III. §. 4.

58) Man vergl. den Art. Altenburg S. 4 u. 6.

59) C. L. Runde a. a. D. 1. Th. §. 1. S. 5.

Bürger sich oder den Ihrigen Auszüge bedingen⁶⁰). Wenn Eltern und Kindern ein Auszug stipulirt ist, so ist ein mehrfacher Auszug vorhanden, der gleichzeitig oder successiv in Wirksamkeit tritt. Es ist aber gleich, ob die Auszügler selbst Mitcontrahenten waren, oder Andere für sie den Auszug bedangen⁶¹). Für die Ehefrau kann der Auszug mit bedungen werden, wenn auch dieselbe nicht Miteigenthümerin des Gutes war⁶²). Beim Colonat hat die Ehefrau volles Recht auf einen Auszug, wenn sie in Ersteren Vermögen verwendet hat⁶³). Den Eheleuten steht aber der Auszug nicht solidarisch zu und er fällt daher, so weit er theilbar ist, mit dem Tode des einen der Auszugsgleute zur Hälfte weg; nur die untheilbaren Leistungen erhält der Ueberlebende auch ferner ganz⁶⁴). Von einem jus accrescendi ist daher hier nicht die Rede, da eine analoge Anwendung der römischen Gesetze vom *ususfructus*⁶⁵) bei diesem rein teutschen Institute nach der ganzen Natur und Bestimmung des Letzteren um so weniger stattfindet, als es sich hier um ein Geschäft *inter vivos* handelt, bei dem auch nach römischem Rechte kein jus accrescendi eintritt⁶⁶). Schwieriger ist die Frage, ob durch Bestellung eines Auszuges die Ehefrau ihr Recht auf Rückforderung der Aussteuer nach getrennter Ehe verliere, ob sonach das Sprichwort: Leibgut schwindet Hauptgut, auf sie Anwendung findet? Da jedoch dieß Sprichwort keinesweges vom Auszuge, sondern vom *Dotalitium* spricht, die Bestellung des Auszuges für die Ehefrau an sich gar nicht mit der Aussteuer zusammenhängt, vielmehr rein ein Ausfluß der Liberalität des Ehemannes ist; so wird die Ehefrau durch Annahme des Auszuges nur dann der *dos* verlustig sein, wenn jener ausdrücklich als *Witthum* bestimmt ist. Außerdem wird sie die *dos* stets neben dem Auszuge zurückfordern, nicht aber die *portio statutaria* wählen, oder überhaupt außer dem Auszuge dem Manne succediren können, ohne Erstern einzuwerfen, da dieser ein Theil der Güter des Mannes ist⁶⁷). Hat übrigens die Ehefrau einen Auszug, so kann sie ihren Ehemann nicht vom Mitgenusse desselben ausschließen, so weit nicht durch die Theilnahme des Mannes die Lage des Gutsbesizers verschlimmert wird.

60) Puchta a. a. D. §. XXII. Nr. 9. S. 142.

61) Hänsel, Excursus §. 280. S. 176.

62) Pfeiffer a. a. D. §. 8.

63) Hänsel a. a. D. §. 283. S. 183.

64) Haubold a. a. D. §. 463a. S. 502. Gottschalk, *selecta disceptationum forensium capita*, Dresdae 1826—1830. P. II. disc. 31. *reservatum rusticum utriusque conjugum pacto constitutum num integrum debetur superstiti, alterutro eorum defuncto?*

65) L. 1. u. 8. D. de usufr. adreac. (7. 2.) welchem in dieser Beziehung auch L. 57. §. 1. D. de usufr. et quomodm. (7. 1.) entgegenstehen möchte.

66) Mirus l. c. cap. IV. §. 5. Pfeiffer a. a. D. §. 8.

67) Mirus l. c. cap. IV. §. 6. Pfeiffer a. a. D. §. 8. S. 136. Haubold a. a. D. §. 463b.

Nach der richtigern Meinung muß aber dieser Auszug nicht als Nutzung der dos, sondern als dos selbst angesehen und also vom Ehemanne, nach Trennung der Ehe, restituirt werden⁶⁸). Wenn der Ehemann für sich und seine Ehefrau einen Auszug bestellt, zur Zeit dieser Auszugsbestellung verheurathet war und nachmals seine Ehefrau starb; so wird, ob seine zweite Ehefrau den früher stipulirten Auszug erhalten muß, nur davon abhängen, ob, dem Sinn und der Tendenz des Vertrags nach, der Auszug auf die Person der ersten Ehefrau beschränkt, oder ob er dem Manne zu Ernährung einer Frau, oder ob für eine Ehefrau des Mannes (unbestimmt welche?) stipulirt ist, und nur in beiden letztern Fällen kann die zweite Frau auf den Auszug der ersten Anspruch machen⁶⁹). Ueberhaupt verlieren die Auszugsleute durch eine zweite Verheurathung ihr Auszugsrecht keineswegs; sie können und müssen vielmehr den zweiten Ehegatten bezüglich der aus der zweiten Ehe erzeugten Kinder zu dem Mitgenusse des Auszugs lassen, so weit nicht dadurch die Last des Auszugspflichtigen vermehrt wird. Hat also der Auszügler eine besondere Auszugsnahrung und bezieht gewisse Naturalien, so kann er den zweiten Gatten an Weidem Theil nehmen lassen; nicht so wenn er z. B. blos den Mitgebrauch der Wohnung im Hauptgute und die Befugniß hat, am Tische des Gutsbesizers mitzuzessen⁷⁰). Man hat in diesem letzten Falle unstreitig in favorem matrimonii, wenigstens in Ansehung des jus cohabitandi die Beschränkung gemacht, daß sich der Verpflichtete dies rücksichtlich des Ehemannes dann gefallen lassen müsse, wenn Letzterer bisher mit der Ehefrau zusammen das belastete Gut bewohnte⁷¹), während ältere Rechtslehrer unbedingt die Verbindlichkeit behaupten, den neuen Ehegatten mit aufzunehmen⁷²). Indes steht diesem wohl schon das allgemeine Prinzip entgegen, daß durch die Wiederverheurathung eines verwittweten Auszüglers kein Anspruch auf verhältnißmäßige Erhöhung der Leibzucht begründet wird⁷³). Nach allem diesem kann der Auszügler das Recht des Auszugs nicht an einen Andern abtreten, da dieses ein rein persönliches ist, dessen größere oder geringere Beschwerlichkeit für den Verpflichteten von der Persönlichkeit des Auszüglers abhängt; über die empfangenen Leistungen aber und über diejenigen Auszugsstücke, bei welchen es dem Verpflichteten gleich ist, an wen er sie abliefern, kann der Auszügler frei disponiren, doch z. B. nicht Leistung der Naturalien in Geld verlangen, wenn ihm nur Erstere

68) Mirus l. c. §. 8.

69) Hånfel, Excursu zc. ebendaf. S. 186.

70) Mirus l. c. §. 7. Pfeiffer a. a. D. §. 8. S. 137. Haubold a. a. D. §. 463b. in gewisser Weise gegen Hagemann a. a. D. §. 57.

71) Hånfel, Excursu zc. §. 283. S. 185.

72) Hommel, rhaps. obs. 2. Berger oec. iur. II. 3. 24. not. 5. Curtius a. a. D. §. 283.

73) Pfeiffer a. a. D. §. 137.

stipulirt sind⁷⁴⁾. Danach kann auch, wenn über das Vermögen des Auszüglers Concurſus entſteht, die Concurſusmaſſe nur die nicht rein perſönlichen Leiſtungen und, wenn beiden Eheleuten der Auszug ſtipulirt iſt, nur den des in Concurſus verfallenen Ehegatten in Beſchlag nehmen⁷⁵⁾. Wenn aber auch gleich der Rechtstitel, aus welchem der Auszug gefordert werden kann, ein höchſt perſönlicher iſt, ſchon weil Leſterer vom Leben, von der Geſundheit und ſo vielen perſönlichen Eigenſchaften abhängt, die ihn erleichtern oder erſchweren können⁷⁶⁾; ſo iſt er doch in Beziehung auf das Gut und auf die Verpflichtung ein dinglicher, der gegen jeden Beſitzer des Gutes geltend gemacht werden kann⁷⁷⁾, der vielmehr auf dieſen übergeht, und als eine Reallast auf dem Gute haftet, ohne welche daſſelbe nicht veräußert, ſelbſt nicht ſubhaftirt werden kann⁷⁸⁾. Dabei verſteht es ſich jedoch von ſelbſt, daß die landesherrlichen Abgaben und ſolche Hypotheken, welche vor Beſtellung des Auszuges ſchon beſtanden, dieſem vorgehen⁷⁹⁾, wogegen es eine irrige Anſicht iſt, wenn man gemeint hat, der Auszügler müſſe ſich wegen ſeiner Auszugspräſtationen mehr an die Kaufgelder als an das Gut ſelbſt halten⁸⁰⁾. Eben wegen dieſer realrechtlichen Qualität kann der Auszügler nicht die Veräußerung des Gutes hindern⁸¹⁾. Es liegt dieſes Realrecht in der Natur der Sache, da ſchon urſprünglich die Aufnahme des Verpflichteten in das Miteigenthum es mit ſich bringt, daß der Gutsübergeber das im Eigenthum (alſo ein dingliches Recht davon) behält, was er dem Verpflichteten nicht mit übergibt, was er ſich vorbehält (reſervat)⁸²⁾. Es iſt dieſes daher auch gemeinrechtlicher Gebrauch, wozu freilich in allen den Ländern, wo kein ius reale ohne gerichtliche Confirmation conſtituirt werden kann, wie in Sachſen, dieſe nothwendig hinzutreten muß, wenn das Realrecht be-

74) Curtius a. a. D. §. 283. Mirus l. c. §. 9. Hänſel, Excurſe 2c. a. a. D. §. 283. S. 188. Rittermaier a. a. D. §. 199. S. 478.

75) Mirus l. c. cap. IV. §. 14. Haubold a. a. D. §. 463a. a. G. und 463b. a. G. Pfeiffer a. a. D. §. 8.

76) Pfeiffer a. a. D. §. 7. Mirus l. c. §. 1. p. 13. Hänſel, Auszug §. 5. S. 37.

77) Während man darüber noch ſtreitet, ob der Beſitzer auch für das haften müſſe, was vor ſeinem Beſitze noch verfallen iſt, und dieſes wohl nur in ſubſidium dann anzunehmen ſein möchte, wenn der Vorbeſitzer zur Entſcheidung unvermögend iſt, waltet darüber kein Streit ob, daß der Verpflichtete für das während ſeiner Beſitzzeit Verfallene auch nach derſelben noch verbindlich bleibt. Hänſel, angeführte Excurſe §. 280. S. 173.

78) Haubold a. a. D. §. 462. S. 501.

79) Gegen Hommel rhapsod. Vol. V. obs. 674. ſiehe Biener l. c. cap. XXVI. Gottſchalk, selecta diſceptationum forenſium capita, Tom. II. edit. II. cap. XXII. Pfeiffer a. a. D. §. 10. S. 141. Hänſel, alleg. Auszug §. 14. S. 131. Derſelbe in den Excurſen a. a. D. §. 282. S. 179 flg.

80) Pfeiffer a. a. D.

81) Hänſel a. a. D.

82) Eichhorn a. a. D. §. 365.

gründet sein soll. Ist dem Auszügler ein gewisses Grundstück zum Genusse vorbehalten, so hat der Gutsbesitzer nicht dafür zu haften, wenn durch irgend einen Zufall der Auszügler um diesen Genuß kommt; dagegen mindert es auch den Auszug nicht, wenn dem Auszügler gewisse Quantitäten von Gutserzeugnissen zugesichert sind, das Gut diese aber nicht erträgt⁸³). Also ist er namentlich nicht verbunden, in diesem Falle einen Remiß wegen Mißwachses zu geben. Ist ihm aber z. B. von einem gewissen Baum, einem gewissen Stück Vieh der Ertrag zugesichert und dieß giebt keinen Ertrag, so hat er auch keinen zu fordern⁸⁴). Ist dem Auszügler ein bestimmtes Grundstück zur Benutzung überlassen, so kann er dasselbe eben so wenig mit Hypotheken belasten, als das Hauptgut, da das Eigenthum daran ihm nicht zusteht⁸⁵). Es ist aber dieses Realrecht von mehr Wirksamkeit und Ausdehnung, daß es selbst nicht durch Subhastation, noch weniger durch Verkauf oder durch Deterioration des Gutes erlischt. Vielmehr kann im letzten Falle der Auszügler verlangen, daß das Gut in einen ihm den Genuß des Auszuges gewährenden Zustand hergestellt werde. Daher muß auch jedes damit behaftete Grundstück, wenn es zum gerichtlichen Anschlag kömmt, damit subhastirt werden. Sollte indeß der auf einem Grundstücke haftende Auszug dem Käufer verschwiegen worden sein, so halten Einige, wiewohl mit Unrecht, dafür, daß, wenn dieß bei einer Subhastation geschah, diese nichtig sei⁸⁶). Jedenfalls aber hat der Käufer das Recht, Minderung des Kaufpreises um den Werth des Auszuges zu verlangen⁸⁷). Eine solche Taxation ist nun freilich in mehrfacher Hinsicht schwierig. Mit Recht werden die Gegenstände des Auszuges res incertae aestimationis genannt, die eine obligatio incerti hervorbringen, daher sich der dießfallige Vertrag sogar den f. g. aleatorischen Verträgen nähert. Denn nicht nur die Ungewißheit des Lebensalters der Auszügler⁸⁸), sondern auch der abwechselnde Preis der zu Befriedigung

83) Danz a. a. D. §. 522a. Nr. IV.

84) Mirus l. c. §. 11. Rittermaier a. a. D. §. 199. §. 478. Hånfel, Excuse u. a. a. D. §. 280. §. 173.

85) Danz a. a. D. Nr. III.

86) Hånfel, Auszug a. a. D. §. 1. §. 2, und Note 8. §. 12.

87) Wernher, Diss. de reservato, vulgo Auszug, Viteb. 1727. cap. III. §. 1. Kraus l. c. cap. II. §. II. Curtius a. a. D. §. 282. Rittermaier a. a. D. §. 199. Hånfel, angez. Auszug §. 5. Eichhorn a. a. D. §. 365. Pfeiffer a. a. D. §. 10. Bienerl. c. II. 29. p. 160. de usu L. 2. Cod. de resc. vend. in praediis cum onere reservati venditis.

88) Hånfel, angez. Auszug a. a. D. §. 1. Note 8. §. 12 und §. 5. §. 37.

89) Ob die L. 68. D. ad leg. Falcid. (35. 2.) noch anwendbar sei, ist vielfach, besonders von Hommel l. c. obs. 741. bestritten worden. Die neuesten Ansichten darüber siehe in Langenn und Kori, Erörterungen practischer Rechtsfragen u. 3. Th. Dresden und Leipzig 1833. Nr. XII. §. 89 u. 101. Man vergl. Curtius a. a. D. §. 282. Note b.

der Lebensbedürfnisse erforderlichen Consumtibilien, selbst der abwechselnde Betrag des nach der größeren oder geringeren Concurrenz sich richtenden Miethzinses lassen oft sogar die Abhibirung gewöhnlicher Sachverständiger nicht zu, vielmehr ist die Taxation weit richtiger nach wissenschaftlichen Principien, Durchschnittsberechnungen, Markt Tabellen, Sterblichkeitslisten u. s. w. zu bewirken. Sehr gut ist es daher, wenn sich über die Taxation des Auszuges, namentlich Behufs der Verlehenwaarung, eine gewisse Observanz gebildet hat⁹⁰⁾, weil durch den Auszug der Werth des Gutes sich mindert⁹¹⁾, und es so ein Kunstgriff eigennütziger Contrahenten da zu sein pflegt, wo das Gut ohne Weiteres nach dem Kaufpreise verlehenwaaret wird, daß sie einen möglichst niedrigen Kaufpreis annehmen und dagegen einen sehr bedeutenden Auszug stipuliren. Mehrere Particulargesetzgebungen haben dagegen gearbeitet⁹²⁾. Der Auszügler seinerseits hat, wenn er sich nicht speciell verpflichtet (welches jedoch häufiger durch das Versprechen geschieht, dem Gutsbesitzer in der Wirthschaft nach Kräften an die Hand gehen zu wollen), keine Dienste dem Gutsübernehmer zu leisten, überhaupt nach der Gutsübergabe keine Verbindlichkeiten gegen den Gutsbesitzer⁹³⁾, nicht einmal die der Bestellung einer nicht bedungenen *cautio usufructuaria*, außer wenn er Mißbrauch rückfichtlich der zu benutzenden Gegenstände sich hat zu Schulden kommen lassen⁹⁴⁾. Er hat auch in der Regel keinen Aufwand wegen der Auszugleistungen zu tragen, so daß die ihm zustehenden Gegenstände ohne Weiteres übergeben werden müssen, und er, wenn er den Mitgebrauch einer Wohnung hat, in derselben ohne Beitrag zu den Reparaturkosten u. s. w. gebuldet werden muß. Hat er aber ein ihm zur Benutzung überlassenes eigenes Auszugsfeld, so hat er den Aufwand auf Cultur und Ernte desselben eben sowohl zu bestreiten, als er, wenn er eine eigene abgefonderte Auszugswohnung hat, denjenigen Aufwand auf Reinlichhaltung u. s. w. tragen muß, der einem Miethmanne obliegt⁹⁵⁾. Zu den Lasten des Gutes, worauf der Auszug haftet, hat er in der Regel nichts beizutragen, außer, wenn ihm zum Auszuge der Nutzen lebiger Grundstücke und eine mit besondern Lasten beschwerte Auszugskote (s. w. u.) überlassen sind, wovon ihm dann die Lasten abliegen⁹⁶⁾.

90) Wie z. B. im Kreisamtsbezirke Altenburg.

91) H ä n s e l, angez. Auszug §. 1. S. 2.

92) Man vergl. Curtius a. a. D. §. 283. Note a. Ein umständliches Gutachten darüber ist enthalten in den Landtagsacten des Königreichs Sachsen vom Jahre 1830. 1. Bd. Nr. 68. S. 449.

93) Rittermaier a. a. D. §. 199. H ä n s e l, angez. Auszug §. 7. S. 56.

94) G. E. Kunde a. a. D. 2. Th. §. 51. H ä n s e l, angez. Excursus §. 280. S. 168.

95) Miras l. c. §. 15. H ä n s e l, alleg. Excursus §. 280. S. 170 und 171.

96) Rittermaier a. a. D. Kunde, t. Privatr. §. 522a. Danz a. a. D. ebendas. Miras l. c. §. 16.

Er wird auch überhaupt zwar ferner als Staatsbürger und Unterthan, jedoch in der Regel nicht mehr als stimmfähiges Gemeindeglied angesehen, es wäre denn, daß er eine eigene, mit Gemeindericht versehene Auszugskote bewohnte. Jedenfalls verändert sich sein status, und er tritt dann in die Klasse der Häusler, während, wenn er im Hause des Gutsbesizers oder eines Dritten mitwohnt, er in die Klasse der Hausgenossen zurücktritt und also bezüglich die den Mitgliebern dieser zwei Classen von Staatsbürgern obliegenden persönlichen Lasten übernehmen muß, falls nicht nach besonderer Landesverfassung Auszügler sich einer gänzlichen, oder doch auf ein gewisses Lebensalter beschränkten Befreiung von Lasten erfreuen⁹⁷⁾. Anders ist das ganze Verhältniß, so lange sich der Auszügler die Herrschaft und das Regieren, oder, wie es richtiger ausgedrückt wird, die *Wirthschaft*⁹⁸⁾ vorbehält. Denn dann geht zwar das Guts-eigenthum auf den Gutsübernehmer über, der Auszügler aber bewirthschaftet und benutzt das ganze Gut auf die bedungene Zeit, z. B. auf Lebenszeit, auf bestimmte Jahre, so lange es ihm gut dünkt u. nach wie vor, hat daher, da er allen Nutzen zieht, auch alle Lasten zu tragen⁹⁹⁾. So wenig übrigens der Auszügler, wenn er sich dies nicht vorbehalten hat, oder nicht ohnehin Nothherbe des Gutsbesizers ist, durch den Auszugsvertrag ein Erbrecht auf den Nachlaß des Gutsbesizers, namentlich nicht auf das Auszugsgut selbst, erhält, selbst wenn er sich die *Wirthschaft* vorbehalten hat¹⁰⁰⁾; so wenig wird durch den Auszugsvertrag der Gutsübernehmer Erbe des Auszüglers; Nur der Auszug fällt *jure singulari* an das Gut zurück, wird mit demselben consolidirt, alle übrige Habe des Auszüglers kömmt an dessen Intestaterben und also, wenn der Gutsbesizer auch ein Intestaterbe desselben ist, an diesen mit¹⁰¹⁾. Darum hat dieser, als Gutsbesizer, da die anticipirte Erbschaft dies bloß *jure singulari* war, auch nicht alle Schulden des Auszüglers zu bezahlen, sondern nur die zur Zeit der Gutsübernahme auf dem Gute haftenden und mit demselben übernommenen. Die bei der Gutsübergabe verschwiegenen Schulden bezahlt er, wenn er Miterbe und wenn der Auszügler zu deren Bezahlung aus eigenen Mitteln nicht vermögend ist, mit seinen Miterben zugleich nach Verhältniß der Antheile eines jeden an der Anschlagssumme. Für spätere Schulden hat er gar keine Verpflichtung¹⁰²⁾.

97) Hånfel, alleg. Auszug §. 18. S. 168. Curtius und Hånfel dazu a. a. D. §. 281. Kunde, t. Privatr. §. 522a. Eichhorn a. a. D. §. 365. S. 885. Haubold a. a. D. §. 463a. Hagemann a. a. D. §. 56. S. 88.

98) Man vergl. den Art. Altenburg.

99) Pfeiffer a. a. D. §. 11.

100) Danz a. a. D. §. 521. Nr. II. Pfeiffer a. a. D. §. 14 S. 147.

101) Pfeiffer a. a. D. §. 16.

102) Hagemann a. a. D. §. 57. Eichhorn a. a. D. §. 365. Pfeiffer a. a. D. §. 15. S. 148. Puchta a. a. D. §. 20. S. 128.

Die Gegenstände des Auszugs sind sehr verschieden und werden durch den errichteten Contract oder die sonstige Stiftung darüber bestimmt. Sie tragen im Allgemeinen den Character solcher Leistungen, welche zum Lebensunterhalt erforderlich sind; doch beschränken sie sich nicht auf das unentbehrlichste Lebensbedürfniß (alimenta naturalia), sondern richten sich nach der Bedeutendheit des Gutes und den Vermögensumständen, in denen der Auszügler bei der Gutsabtretung ist. Sie bestehen erstlich in solchen Rechten, welche der Auszügler an einer Sache unmittelbar ausübt. Dahin gehört vor allen Dingen die in der Regel ausbedungene freie Herberge (mansio, von den Romaniſten lieber habitatio genannt), entweder in der Wohnstube und den sonstigen Gemächern, welche der Gutsbesitzer selbst mitbenutzt, wobei in der Regel dem Auszügler eine Kammer zu seinem alleinigen Gebrauche ausbedungen wird (Insiz), oder in einem kleinen abgesonderten Logis in diesem Hause, oder in einem eigenen Auszugshause, Ausdingshause, Auszugskote, Auszugskathe (Beisiz), welche zuweilen der Gutsbesitzer erst bauen lassen muß. Im ersten Falle wird gewöhnlich das Recht ausbedungen, sich der warmen Stube jederzeit mit bedienen zu dürfen, in Krankheitsfällen das Bette hineinzuschlagen, häufig ein Platz bei dem Ofen für den Großvaterstuhl des Auszüglers, oder die Hölle oder ein Theil derselben hinter dem Ofen. In den zwei letzten obenerwähnten Fällen muß oft der Verpflichtete für das Holz sorgen, oder ein gewisses jährliches Holzgeld geben. In dem ersten und zweiten Falle aber muß er, wenn sich beide Theile nicht mit einander vertragen können, ein gewisses vorausbedungenes Miethgeld entrichten. Ob, wenn es nicht vorausbedungen ist, der Richter wegen Unverträglichkeit das Wohnungsrecht ohne Weiteres in ein Miethgeld verwandeln dürfe, möchte sehr bedenklich sein. Geht die ausbedungene Wohnung ohne des Auszüglers Schuld zu Grunde, so muß der Verpflichtete, nach der richtigern Meinung, eine andere Wohnung errichten, der Auszügler aber bis zu deren Herstellung sich eben sowohl mit einem jus cohabitandi begnügen, als in dem Falle, wenn bloß im Allgemeinen Wohnung ohne nähere Bestimmung bedungen ist. Das eigene Auszugshaus darf der Auszügler nach der richtigern Meinung auch vermietthen¹⁰³). Streitigkeiten sehr kleinlicher Art sind in Bezug auf diesen Auszugsgegenstand von den Juristen entschieden worden, z. B. daß wenn dem Auszügler auch das Recht, bei des Gutsbesitzers Feuer mit zu kochen, zu waschen und zu backen bedungen ist, er doch sich weder des Wassers in der Ofenblase, noch der aufgehängten Handquele bedienen darf¹⁰⁴), daß der Dünger des Auszüglers und seines Auszugsviehes in so weit dem Gutsbesitzer gehört, als Ersterer ihn nicht zu seinen, ihm vorbe-

leugnet jedoch jede Verbindlichkeit des Gutsübernehmers und seiner Miterben zur Bezahlung der Schulden des Gutsübergebers.

103) H ä n ſ e l, alleg. Auszug §. 9. Note 7. C. 91, und Wernher l. c. I. 2. II. 2.

104) Kraus l. c. cap. IV. §. 3.

haltenen Grundstücken oder etwaigen eigenen Wirtschaft bedarf¹⁰⁵), ob dem Auszügler, der bloßes jus cohabitandi hat, das Recht auf einen Haus Schlüssel zustehe¹⁰⁶) u. s. w.¹⁰⁷). Unmittelbar übt der Auszügler auch sein Recht aus an solchen Grundstücken (Ausdingsgütern), Leichen, Wäudern, gewissen Haus- und Hofinventarien-, auch Viehstücken u. s. w., welche ihm zur eigenen Benutzung vorbehalten sind. Bei besonderen Ausdingsgütern hat häufig der Gutsbesitzer das Bestellen zu besorgen und muß die Früchte in seine Scheuern u. mit aufnehmen. Das Futter für das Auszugsvieh muß nach richtigern teutschrechtlichen Principien der Gutsbesitzer geben¹⁰⁸), wenn der Auszügler bloß den Nutzen, nicht das Eigenthum davon sich vorbehalten hat¹⁰⁹); auch im letztern Falle, wenn ausdrücklich das Ausfüttern, z. B. einer Kuh reservirt ist¹¹⁰). Zweitens aber sind die Auszugsmolumente gewisse persönliche Leistungen, auf die der Auszügler gar keinen Aufwand zu machen hat. Man theilt sie gewöhnlich so ein, daß sie entweder in dando oder in faciundo, zuweilen in Beidem zugleich bestehen. Dahin gehört das Recht des Auszüglers, mit an des Gutsbesitzers Tische zu essen, worunter jedoch bloß der Mitgenuß der zu den verschiedenen Mahlzeiten auf den allgemeinen Tisch des Gutsbesitzers kommenden Essens und Trinkens, nicht der Einem oder dem Andern aus der Familie geeigneten Delicatessen und Luxusartikel, oder überhaupt ungewöhnlicher, auf besondere Veranlassung bereiteter Speisen und Getränke gehört¹¹¹). Andererseits kann der Auszügler nicht an den Gesindetisch verwiesen, ihm auch in Krankheitsfällen, zumal wenn ihm Wartung und Pflege mitbedungen ist, ein leichteres, zuträglicheres Krankenessen nicht versagt werden. Oft ist für den Fall, daß es dem Auszügler nicht am Tische des Gutsbesitzers gefallen sollte, eine gewisse Quantität einzelner, jährlich zu entrichtender Naturalien an Getreide, Mehl, Butter, Eiern, Käse, Milch, Fleisch (z. B. ein Fastenschwein, eine Kirmesgans, zu den drei hohen Festtagen und zur Landkirmes jedes Mal ein Stein Fleisch u. oder Fleischgeld), Getränke, besonders Bier (oder ein Biergeld),

105) Hånfel, alleg. Auszug §. 9. Note 4. S. 79, und Desselben Excurse §. 280. S. 170.

106) Ebendaf. Note 11. S. 97.

107) Ueber alle die freie Herberge betreffenden Gegenstände vgl. Kraus l. c. cap. IV. §. 1. 2. 3. Danz a. a. D. §. 521. Nr. III. S. 2. Kunde a. a. D. §. 522a. Klingner's Sammlungen zum Dorf- und Bauernrechte, Leipzig 1749. Cap. XX. S. 186. Hånfel, Excurse §. 280. S. 171. §. 283. S. 189.

108) Streitig ist dies, je nachdem man die Sache nach den römischen Grundsätzen vom ususfructus oder nach den teutschrechtlichen vom Auszuge ansieht. Kraus l. c. §. 3.

109) Mirus l. c. cap. IV §. 2. p. 15. Dagegen Hånfel, angef. Excurse §. 280. S. 170.

110) Hagemann a. a. D. §. 57. S. 88.

111) Hånfel, Excurse u. §. 280. S. 175.

Obst u. s. w. bedungen, welche Naturalien aber gewöhnlich theurer, als die bloße Verköstigung, zumal sie häufig mit der Verpflichtung verbunden sind, dieselben an den jedesmaligen Aufenthaltsort des Auszüglers (zuweilen nur auf eine bestimmte Entfernung vom Gute), auch das Getreide in die Mühle und zurück zu schaffen. Endlich pflegt ein Kleidergeld an solchen Orten, wo Flachsbau ist, eine Quantität Leinwand oder Flachs, und sogar ein Begräbnißgeld oder eine Trauermahlzeit bei dem bereinstigen Tode des Auszüglers, bis dahin freie Wartung und Pflege in Krankheitsfällen (mit Ausnahme der Arzt- und Medicinkosten), auch freies Waschen und Baden bedungen zu werden. Hiernach ergibt sich, daß die Geldprästationen bald pure, bald alternative zu gewähren sind¹¹²). Die erwähnten Auszugsprästationen, in soweit sie der Natur der Sache nach im Hause des Verpflichteten zu percipiren sind, kann der Auszügler nicht in ein anderes Haus geliefert verlangen, wenn er freiwillig die Auszugswohnung aufgibt¹¹³); ob er gleich dadurch nicht, wie Einige glauben, sein Auszugsrecht überhaupt verliert. Im Allgemeinen und in der Regel ist der Ablieferungsort für den Auszug das Gut, auf welchem Letzterer haftet, wenn nicht der Auszügler ein besonderes Auszugsgut bewohnt, oder ein Anderes ausdrücklich bedungen, welches Letztere jedoch dann noch nicht anzunehmen, wenn nur bedungen ist, daß der Gutsbesitzer den Auszug an jeden beliebigen Ort folgen lassen wolle¹¹⁴). Auch zur rechten Zeit muß der Auszug geliefert werden. Ist diese nicht im Contracte bestimmt, so wird, wenn der Auszügler ganz in der Familie des Gutsbesitzers lebt, die nach Landesgebrauch übliche verschiedene Zeit für die einzelnen Prästationen angenommen; einzelne Naturalien erhält der Auszügler, wenn der Gutsbesitzer sie geerntet, im Gute gewonnen u. hat, oder doch die Zeit dazu vorhanden ist, Geldprästationen aber, die nicht auf bestimmte Tage gewiesen sind (dies interpellat pro homine), zu Anfang jeden Jahres. Das Jahr beginnt mit der Zeit, wo der Contract perfect, die Erbschaft angetreten ist u. ¹¹⁵). Es ist wohl irrig, daß der Auszügler, wenn er die

112) Nach der richtigern Meinung gehört der Nothpfennig, d. i. dasjenige Geld, dessen Erhebung sich der Auszügler nach seinem Bedürfnisse bei dem Gutsbesitzer vorbehält, so weit den Erben des Auszüglers, als dieser ihn nicht erhebt. Pfeiffer a. a. D. §. 16. S. 163.

113) Ueber dieß Letztere s. Mirus l. c. §. 4. p. 17. Im Allgemeinen aber über die Auszugsgegenstände siehe Pfeiffer a. a. D. §. 7. S. 134. Curtius a. a. D. §. 280. Hänfel, alleg. Auszug §. 8. S. 58. §. 9. S. 75. §. 10. S. 82. §. 10. S. 98. §. 12. 116. Derselbe, Excursus u. §. 280. S. 168 fig. bef. 174. Klingner a. a. D. Cap. XX. §. 184 und 188. S. 2. Kunde a. a. D. Cap. 1. §. 1. Danz a. a. D. §. 521. Nr. III.

114) Kraus l. c. §. 10. et 11. Mirus l. c. cap. IV. §. 4. Hänfel, Excursus u. §. 280. S. 172 u. 174.

115) Kraus l. c. §. 10. Mirus l. c. §. 3. Hänfel, angef. Auszug §. 11. S. 101. Derselben Excursus §. 280. S. 172 u. 173. Siehe auch die folgende Note.

Auszugsprästationen nicht fordert, keine Entschädigung dafür erhalte. So viel aber ist gewiß, daß er, wenn der Verpflichtete den Auszug nicht geleistet hat, und wenn der Auszug von der Art ist, daß er dem Auszügler nach Verfluß der Verfallzeit nichts mehr nützt, *praestatio ejus quod interest* fordern kann¹¹⁶). Wegen nicht gehöriger Leistung der Auszugsprästationen, so wie wegen Undankes des Gutsübernehmers, findet aber nicht *Revocation* des *Contractes* statt, wenn dieß nicht ausdrücklich ausbedungen, oder das Geschäft nicht eine römische *donatio sub modo*, also eine Schenkung des Gutes war, welche nur durch den angehängten Auszug modificirt ist¹¹⁷). Schwieriger ist die Frage, ob *Rescission* des Auszugsvertrages wegen Verletzung über die Hälfte stattfindet? Nach der richtigern Meinung haben der Auszügler und seine Erben eine Klage darauf, wenn der *Contract* ein richtiger Kauf- oder Tauschcontract mit angehängtem Auszugsvertrag, hingegen nicht, wenn es ein Schenkungsvertrag oder, wie eigentlich, eine anticipirte Erbschaft war. Unbedingt steht die *Rescissionsklage* aus L. 2. *Cod. de resc. vendit.* dem Gutsübernehmer zu; nur muß in allen Fällen dieser Klage die *Lexation* des Auszuges nach demjenigen geschehen, was zur Zeit des geschlossenen Vertrages als wahrscheinlich angenommen werden konnte, nicht nach demjenigen, was nachher wirklich eingetroffen ist¹¹⁸). Wegen Verletzung des Pflichttheiles kann jeden Falles gegen einen Ankaufcontract von Seiten der Notherden geklagt werden¹¹⁹), doch nicht eher als nach dem Tode des Erblassers¹²⁰). Den Contractanten steht aus dem Auszugsvertrage eine persönliche Klage auf Erfüllung, wie gedacht, bezüglich *ad id quod interest* und auf Zinsen zu; sie wird eine *actio in rem scripta*, wenn sie nicht gegen den ursprünglich Verpflichteten geht. Ist der Auszugsvertrag dem Kaufvertrag angehängt, so kann dieß *actio venditi utilis* sein. Ist ein

116) H ä n s e l, *Excursus a. a. D. S.* 174 u. 175, und H ä n s e l, *Auszug S.* 12. *S.* 116. Ueber die Verfallzeit der auf Bauergütern haftenden Auszugsleistungen und die Wirkungen des dießfalls begangenen Verzuges sind die neuesten Ansichten enthalten in K o r i *a. a. D. Nr.* XI.

117) *Mirus l. c. §.* 10. p. 29. *Pfeiffer a. a. D. §.* 14. *S.* 146. und *S.* 17. *S.* 164. H ä n s e l, *Excursus* *ic. §.* 280. *S.* 176 u. 177.

118) *G. F. Kunde a. a. D. §.* 78. *S.* 551, und *Pfeiffer a. a. D. §.* 18. *S.* 165 *fig.* gegen *Hommel, rhaph. quaest. Vol. I. obs.* 114. *Grube's* rechtl. Bedenken von *Spangenberg* 1. *Bd. Web.* CLXVII. (4. 126.) *Biener l. c. qu. XXXI. cap. XXIX.* *Curtius a. a. D. §.* 283, und H ä n s e l dazu *S.* 182. *Haubold a. a. D. §.* 463a. *Mirus l. c. §.* 12. p. 33.

119) Zwar anscheinend gegen *J. F. Kunde a. a. D. §.* 520b, *Danz* dazu, besonders 5. *Bd. §.* 530. *S.* 393 *fig.* und *Rittermayer a. a. D. §.* 446, doch nur anscheinend, da diese bloß vom *Colonate* reden und übrigens bei Abweichungen von der gemeinrechtlichen Erbfolge doch das Notherdenrecht nicht verletzt werden darf, *Rittermayer a. a. D. §.* 403. *Nr. IX.* *Eichhorn a. a. D. §.* 365. *S.* 885. *Puchta a. a. D. §.* 22. *Nr. 12. S.* 143.

120) *Pfeiffer a. a. D. §.* 12. *S.* 143. u. *§.* 18. *S.* 169 u. 170.

Realrecht erlangt, so concurrirt *actio hypothecaria*, auch bei Verweigerung des Rechts des Auszüglers im Allgemeinen, mit *actio confessoria et negatoria utilis*. Je nach Beschaffenheit der Beweismittel kann *executive* geklagt, auch können die *Interdicte* und *possessorischen* Rechtsmittel angewendet werden¹²¹). Im Concurse wird der Auszug unter Berücksichtigung der oben¹²²) über seine Realqualität angegebenen Grundsätze locirt; nach königl. sächsischem Rechte vor den Reallasten, wenn er anstatt eines Theiles der Kaufgelder und mit Hypothek bestellt ist, außerdem rücksichtlich der seit fünf Jahren rückständigen Prästationen unter den Reallasten in der ersten Classe. Die während des Concursprozesses fälligen Auszugsstücke werden aus der Masse bezahlt¹²³). — Der Auszug hört auf¹²⁴) aus denselben Gründen, weßhalb andere Forderungsrechte aufhören, also: wegen Unterganges des Gutes, worauf er versichert ist (ein fast undenkbarer Fall), auch der Sache, worauf er gewiesen ist (lebt daher mit dieser Sache wieder auf), dann wegen Consolidation und Confusion in der Person des Auszüglers, wegen Ablaufs der Zeit, wann er nur auf eine solche bestellt ist; wegen Verlassung des Gutes, so weit er nur auf diesem zu leisten ist; wegen Erlasses und Verjährung (Letztere streitig, ob sie bloß auf die einzelnen Prästationen oder das ganze Recht nach den Grundsätzen über *praescriptio annuarum praestationum* zu beziehen sei) und wegen Eintritts einer resolutiven Bedingung. Eigenthümliche Beendigungsarten des Auszuges sind: der Tod¹²⁵) des Auszüglers (doch so, daß die verfallenen Prästationen noch den Erben gehören), Trennung der Ehe in denselben Fällen, wo ein zweiter Ehegatte auf Fortdauer des Auszuges für ihn Anspruch hat¹²⁶) (nicht aber Verbrechen der Auszügler¹²⁷), mit Ausnahme des Ehebruchs, wenn er eine Ehetrennung unter den oben angegebenen Umständen herbeiführt¹²⁸), endlich Concursprozeß und nothwendige Subhastation, wenn andere Gläubiger vorgehen¹²⁹).

121) Hånfel, Auszug ic. §. 15. S. 138. Kraus l. c. cap. X. Mirus l. c. §. 10. p. 39. et cap. V. p. 42 sq.

122) Siehe 526 u. 527 flg.

123) Curtius a. a. D. §. 282, bes. auch Note d. Hånfel dazu S. 172. Haubold a. a. D. §. 463a. Hånfel, angef. Auszug §. 11. S. 101. Mirus l. c. §. 13. p. 36.

124) Mirus l. c. cap. VI. Kraus l. c. cap. ult. Hånfel, angef. Auszug §. 19. S. 172.

125) Eichhorn a. a. D. §. 365. S. 885. J. F. Runde a. a. D. §. 522a. Danz dazu S. 316. Nr. V.

126) Siehe oben S. 529.

127) Wittermaier a. a. D. §. 199. S. 478. Curtius a. a. D. §. 283. Hagemann §. 57. S. 89, gegen Kraus l. c. §. IV.

128) Hagemann a. a. D. v. Glück, Pandectencommentar Th. 27. §. 1272a. S. 94. Bülow und Hagemann, practische Erörterungen Th. I. S. 262.

129) Siehe oben S. 530. Hånfel, Excurse §. 283. S. 190.

Nach allem diesen werden sich leicht von selbst erklären die gewöhnlichen Eintheilungen des Auszuges in: *reservatum proprium v. improprium sive alienum*, je nachdem er für den Stipulirenden oder einen Dritten bedungen wurde, *gratuitum v. onerosum*, nach Verschiedenheit des Titels, *conventionale seu pactitium vel testamentarium*, nach Verschiedenheit des Geschäfts, *regulare vel irregulare*, je nachdem er lebenslänglich oder auf gewisse Jahre bestimmt ist, *simplex seu individuum vel dividuum s. dividuale*, je nachdem er für Ein oder mehrere Subjecte zugleich stipulirt ist, *puram v. impuram s. conditionale*, ohne oder mit Bedingung, *voluntarium v. necessarium*, auf freier Ueberkunft oder gesetzlicher Disposition, *judiciale v. extrajudiciale*, auf einem gerichtlichen oder außergerichtlichen Geschäfte beruhend, so wie der testamentarische Auszug wieder entweder *reservatum* oder *constitutum* ist, je nachdem er auf der eigenen Sache des Disponirenden oder der eines Dritten bestellt wurde¹³⁰⁾.

Höchst verschiedenartig hat in dieser Materie die Particulargesetzgebung gewirkt¹³¹⁾.

Huberus.

Autonomie 1). *Αὐτονομία* ist bei den Griechen eigentlich ein völkerrechtlicher Begriff²⁾. Sie bezeichneten damit die Staatenselbstständigkeit, deren Begriff sie vorzüglich in die Freiheit setzten, das Innere des Staates unabhängig von einer anderen Macht nach eigener Willkür zu ordnen. Durch eine gewisse Abhängigkeit in äußeren Angelegenheiten, durch Bundes- und Colonatverhältnisse hielten sie diese Autonomie nicht für beeinträchtigt, selbst dann nicht, wenn mit jenen Verhältnissen eine gewisse Zinspflicht, oder die Unterordnung unter die Hegemonie eines mächtigeren Bundesgenossen verknüpft war. Es liegt am Tage, daß dieses der Punct war, wo die Autonomie gefährdet erscheinen und oft illusorisch werden mußte. — Bei uns ist Autonomie mehr zu einem staatsrechtlichen Begriffe geworden. Von der Autonomie der Staaten ist nicht mehr die Rede; Souveränität ist das, was bei uns, so weit die veränderten Verhältnisse eine Gleichstellung zulassen, an die Stelle der griechischen Autonomie getreten ist. Auch der Souveränität widerspricht, wie die gegenwärtige Gestaltung unseres eigenen Vaterlandes zeigt, ein Bundesverhältniß nicht, welches gar manche selbst auf das Innere mächtig zurückwirkenden Beschränkungen

130) Mirus l. c. cap. II. §. 2. Kraus l. c. cap. II. §. 6. Hän-
sel, angef. Auszug §. 6. S. 30.

131) Eine sehr vollständige Nachweisung darüber ist enthalten in G. L.
Kunde a. a. D. 1. Th. §. 9. S. 38 flg. Was das Königreich Sachsen
anlangt §. 28. S. 152 flg. vergl. m. Mirus l. c. cap. I. §. 2. p. 3 u. z.
Hauhold a. a. D. §. 462, besonders Note c. und §. 463a. S. 500 flg.

1) J. G. Maier, von der Autonomie, vornehmlich des Fürsten- und
unmittelbaren Adelsstandes, Tübingen 1782. 8.

2) W. Bachsmuth, hellenische Alterthumskunde, Halle 1826 flg. 1.
Bb. 2. Abtheil. S. 447. Gleichbedeutend ist bei den Griechen, wie Bach-
smuth bemerkt, *ἄετονομία*.

auflegt. — Nach einer genaueren Bestimmung des Begriffes Autonomie sucht man in den meisten Lehrbüchern des Privat- wie des Staatsrechtes vergeblich, da sie sich fast alle begnügen, ihn vorauszusetzen. In manchen muß die Uebersetzung Selbstgesetzgebung oder die Erklärung: das Recht nach eigenen Gesetzen zu leben u. dgl. eine genauere Begriffsbestimmung ersetzen, die um so mehr erforderlich ist, da man in der That nicht immer dasselbe darunter zu verstehen scheint. Ausführliche Erklärungen sind oftmals unglücklich genug ausgefallen. So z. B. sagt ein neuerer Autor³⁾: Autonomie drückt das Recht der Selbstgesetzgebung aus, vermöge dessen Einer (?) seine eigene Verfassung (!) unabhängig von den Befehlen eines Anderen einzurichten befugt ist. Im Staatsbegriffe (!) bezeichnet sie einen Gegenstand (!), welcher die Staatsgesetzgebung der Privatdisposition überläßt, wo dann die auf solche Art gefertigten Dispositionen so lange als verbindliches Gesetz anzuerkennen sind, als nicht auf eine gültige Weise eine Aenderung darin geschieht⁴⁾. Mit mehr Bestimmtheit und Schärfe sagt Puchta⁵⁾: Autonomie ist das, gewissen der Staatsgewalt unterworfenen Personen, also ihnen als Einzelnen, zustehende Recht, durch Privatdispositionen wirkliche Rechtsätze hervorzubringen, sei es auch, daß die Wirkung derselben im Vergleiche mit dem Producte der eigentlichen Rechtsquellen in mancher Hinsicht beschränkt wäre. — Puchta weist damit zugleich jeden anderen Gebrauch des Wortes als Mißbrauch ab. Wollten wir ihm darin folgen, so würden wir unsere Aufgabe vereinfachen, und damit manche Schwierigkeiten umgehen. Es soll aber hier vielmehr untersucht werden, für welche Verhältnisse man das Wort Autonomie gebraucht hat, und wie sich ein allgemeiner Begriff, dem es sich in seinen verschiedenen Bedeutungen unterordnet, dafür finden läßt. Puchta⁶⁾ hält die Autonomie für einen aus der geschichtlichen Entwicklung des deutschen Rechtes hervorgegangenen, nur ihm angehörigen Begriff. Dem glauben wir entgegneten zu müssen. Beides muß hier geschehen auf die Gefahr hin, daß uns der Vorwurf treffe, den Begriff der Autonomie so lax gefaßt zu haben, daß dieses der germanischen Welt eigenthümliche Institut nun auf alle Völker passe. — Wie bei den Griechen Autonomie die Unabhängigkeit der Staaten bezeichnet, so scheint es auch den Neueren geläufig geworden zu sein, um die Unabhängigkeit, aber nicht der Staaten, sondern im Staate zu bezeichnen. Es haben schon ältere Schriftsteller bemerkt, daß man Autonomie in einem so weiten Sinne nehme, daß es mit Freiheit fast

3) Kohler, Handbuch des deutschen Privatrechts, Sulzbach 1832. S. 119.

4) Spangenberg in der Encyclopädie von Ersch und Gruber erklärt Autonomie durch Nichtschnuren, welche u. s. w.

5) G. F. Puchta, das Gewohnheitsrecht, Band 1. Erlangen 1828. S. 159.

6) Puchta a. a. D. S. 207.

gleichbedeutend werde⁷⁾. Willkür, welches in der alten Rechtsprache eine Art Kunstausdruck geworden ist, würde der Autonomie am besten entsprechen; und dieses nicht nur wegen des allgemeinen Wortsinnes, sondern weil jenes Wort ebenfalls verschiedene Bedeutungen erhalten hat, die einem höheren Begriff sich unterordnen: Willkür bricht Stadtrecht, weist auf das Gebiet des individuellen Willens hin; Willkür ist aber auch Stadtrecht selbst, oder vielmehr jedes Gemeinderrecht, welches nicht von der eigentlichen Staatsgewalt der Gemeinde gegeben, sondern von ihr selbst ausgegangen ist⁸⁾. Es scheint mir aber durchaus irrig, wenn man glaubt, ein solches *ius electum* (Willkür) sei deshalb mit diesem Namen belegt worden, weil es nur durch den Willen aller Einzelnen, der Individuen also, auf dem Wege des Vertrages zu Stande gekommen sei. Puchta huldigt jener Meinung, und schließt sich der Ansicht an⁹⁾, daß die Germanen nicht durch eine öffentliche Gewalt, sondern durch den Willen der Einzelnen zusammengehalten worden seien, als willkürliche Verbindungen, in welchen keines seine natürliche Freiheit aufgab¹⁰⁾. Bei dem Mangel einer wohlgeordneten Verfassung und da vielmehr die natürliche Freiheit der Einzelnen das überwiegende Princip bildete, kann dieses (d. i. das durch ausdrückliche Uebereinstimmung gesetzte Recht, welches man später mit dem Namen Willkür bezeichnete) nicht als der Ausfluß einer eigentlich gesellschaftlichen Gewalt angesehen werden. Es galt für den Germanen kein Recht, was er nicht gesetzt hätte (?); nun ist freilich ein von einer gesetzgebenden Gewalt gegebenes Recht als allgemeiner Wille auch der Wille der Einzelnen, gewiß aber hätte sich damals der vielleicht von der Majorität überstimmte Freie, wo es nicht etwa einer einzelnen Unternehmung (also doch da? und warum?), sondern einer fortwirkenden Vorschrift galt, mit diesem Gedanken nicht zufrieden gestellt (?). Wir können daher in Erwägung der damaligen Zustände das gewillkürte Recht nur ein vertragmäßiges nennen, so aber, daß die Wirkung jener Willküren über die Wirkungen gewöhnlicher Verträge weit hinausginge, und wirkliches Recht so gut wie gesetzliches dadurch hervorgebracht würde. Der Autor, dessen Worte hier mitgetheilt sind, hat sich durch Rogge, dessen geistreiches Buch (über das Gerichtswesen der Germanen) die Quelle vieler stehend gewordenen Irrthümer geworden ist, verleiten lassen, obgleich er selbst das Irrthümliche in Rogge's Auffassung geahndet und angedeutet hat¹¹⁾. Man denkt sich fast allgemein die indivi-

7) Maier, Einleitung in das Privatfürstenrecht, Lübingen 1783. Vorrede S. VII.

8) J. B. die 17 Kuren der Friesen, die Willküren der Brokmänner.

9) Puchta a. a. D. S. 126.

10) Puchta a. a. D. S. 156.

11) Puchta a. a. D. S. 125: So gewiß aber in diesen Sätzen die Grundseite unseres ältesten gesellschaftlichen Zustandes ausgesprochen ist (?), so wäre doch, wenn sie ohne Beschränkung wahr wären, damit die Existenz eines germanischen Volkes geleugnet, welches sich vielmehr in lauter einzelne für sich stehende oder in ganz zufälligen Verbindungen lebende Individuen auflösen würde.

druckte Freiheit der Germanen zu maßlos, das Zusammenleben zu staatslos, wie der Verfasser bald anderweitig darthun zu können hofft. Wir müssen hier auch, um uns nicht zu weit zu verirren, die Betrachtung der ältesten Zeiten zur Seite legen lassen. In den Zeiten, in welchen die unter dem Namen Willküren erhaltenen Rechte vorkommen, hatten die Gemeinden ihre fest geordneten Verfassungen, nach welchen den Mitgliedern ein bestimmter Antheil an der Ausübung der Gemeinderechte zustand, und alle bindenden Beschlüsse nicht blos durch vertragsmäßige Einigung aller Gemeindeglieder, sondern in der Regel durch Beschluß der Mehrheit zu Stande kamen. Willküren waren jene gesetzten Gemeinderechte, insofern sie durch den Willen der Gemeinde, die sich durch ihr verfassungsmäßiges Organ in verfassungsmäßiger Weise aussprach, gekürt waren, nicht insofern sie das Resultat einer Einigung aller Individuen, — die sich gleichsam in völkerverrechtlicher Unabhängigkeit behauptet hätten — gewesen wären¹³⁾. Die Willkür der Gemeinden, die Autonomie derselben (im Verhältniß zu einer höheren Autorität) hob die Willkür der Einzelnen (die Autonomie) in den betreffenden Punkten auf, so weit diese mit jener unverträglich erschien. Unabhängigkeit im Staate ist aber vorhanden, so weit der individuelle Wille nicht durch einen höher stehenden beschränkt wird. Ein individueller Wille kann der Staatsgewalt gegenüber einer einzelnen Person oder einer Gesamtheit zukommen. Man kann diesen höheren Willen als einen bereits thätig gewordenen fassen — der dann in dem bestehenden Rechte vorhanden ist, — oder als einen noch in ähnlicher Weise fortwirkenden, der seine Lebenskraft dem individuellen Willen gegenüber durch neue Lebenszeichen, d. i. durch das Hervorbringen neuer Rechtsfälle offenbart. Sehr oft hat man bei der Autonomie nur an dieses Letztere gedacht. So nimmt Eichhorn¹⁴⁾ für die Zeit des Mittelalters zwei Rechtsquellen an: gesetzgebende Gewalt und Autonomie. Von der gesetzgebenden Gewalt sind nur die Reichsgesetze ausgegangen, alles Uebrige beruhte auf Autonomie. Eichhorn scheint das Wesen der Autonomie darein zu setzen: 1) daß sie die Befugniß enthielt, Recht zu setzen, unabhängig von der höheren Gewalt, deren Dasein den Staat als Gan-

12) Sächs. Landrecht II. 55. Svat so die Burmester schein des Dorpes vromen mit Willkore der meeren menie der Bure, dat ne mach die minre deil nicht wederreden.

13) Urk. v. 1292. bei Lambecius Orig. Hamburg. II. Nr. 238: Concedimus etiam et donamus eisdem (civibus Hamburg.) ius tale, quod vulgo Koehre dicitur: statuta mandare et edicta promulgare secundum placidum eorum pro utilitate et necessitate civitatis — — Donamus etiam praeterea plenam et perfectam potestatem super causis emergentibus, de quibus non est sententiatum in libro praedicto, novum ius creandi et statuendi de communi consensu consulum et potestate pro suo libito et voluntate.

14) Eichhorn; deutsche Staats- und Rechtsgeschichte (4. Aufl.) Bb. 2. S. 258—261.

zes gleichsam zusammenhielt: der Reichsgewalt; 2) daß solches Recht in der Regel auf einem Vertrage (ausdrücklichem oder stillschweigendem Consens) beruhte. — Nach der Darstellung Puchta's wird aber das Vertragsmäßige der Entstehung autonomischer Bestimmungen zum ersten und wesentlichen Merkmale derselben; das Andere, wovon wir einzig das Wesen der Autonomie setzen zu müssen glauben, (daß sie gleichsam eine Offenbarung der Unabhängigkeit von einer das Staatsganze verbindenden Gewalt war), zum secundären Momente gemacht. Diese Autonomie erscheint dem genannten Gelehrten darum auch als etwas um so mehr Singuläres, als eine Art Abnormität, die eigentlich gegen die gefunden Rechtsbegriffe streitet, weil, wie er darzutun sucht, und unten noch weiter begründet werden soll, durch Vertrag eigentlich kein Recht entstehen könne¹⁵⁾. In Deutschland nur haben die Verträge ihre Grenzen überschritten, indem man ihnen unter gewissen Umständen Wirkungen beilegte, welche der Natur des Vertrages eigentlich widersprechen. Der Grund dieser Ausdehnung war aber in jener alten Zeit das Bedürfniß einer ausdrücklichen Festsetzung von Rechtskräften. Da nun keine gesetzgebende Gewalt neben jener sich überwiegend geltend machenden natürlichen Freiheit des Einzelnen bestehen konnte, so blieb nur die Form des Vertrages und die Nothwendigkeit, auf diesen die Kraft der Gesetzgebung zu übertragen.

Ohne uns hier weiter auf die Frage einzulassen, die man wohl an den Verfasser richten könnte: in welcher Weise und durch wen diese Uebertragung der Kraft der Gesetzgebung auf die Verträge geschehen sei? ob etwa selbst durch einen Vertrag? (der dann schon die Kraft eines Gesetzes anticipirt hätte) ob es einer solchen Uebertragung bedurft hätte, wenn die Einsicht eines sie nothwendig machenden Mangels vorhanden gewesen wäre? — soll nur versucht werden, das Wesen der Autonomie durch einige weitere Bemerkungen näher festzustellen.

1) Die Autonomie ist kein singulärer Begriff, welcher den eigenthümlichen Verhältnissen, wie sie sich bei den teutschen Völkern im M.-A. entwickelten, angehört; er muß den Rechten jedes Volkes zu jeder Zeit vindicirt werden. Mit den Begriffen Staat, Recht, Gesetz, ist auch der der Autonomie gegeben. Sie ist gleichsam das Gepräge, welches wir auf der Rückseite finden, wenn wir den currenten Begriff des Staates, dessen Vorderseite uns das Bild der Staatsgewalt zeigt, umkehren.

2) Autonomie kommt nicht bloß zu den einzelnen Individuen als solchen, gleichsam den Atomen der Staatsgesellschaft, sondern mehr noch als diesen den Lebenskreisen zu, welche im Staate in einer staatenartigen, wenn auch beschränkten Selbstständigkeit sich darstellen, und die wir mit den Namen Congregationen, Gemeinden, ja mit dem Worte Staaten selbst bezeichnen. Wenn wir die Selbstständigkeit bezeichnen wollten, welche in einem Bundesstaate den

15) Puchta a. a. D. S. 156.

einzelnen Staaten (denen die Souveränität nicht zugeschrieben werden kann, wie den Gliedern eines Staatenbundes) zukommt, — wir wüßten in der That nicht, welches andere Wort die Rechtsprache uns darböte, als Autonomie. Die Grenze der Autonomie einzelner Glieder eines Bundesstaates wird sich nur aus dem Umfange der Central- oder Bundesgewalt bestimmen lassen. Auch das Verhältniß der Territorien des ehemaligen deutschen Reiches, das Gebiet der freien Bewegung, welches ihnen die Reichsgewalt ließ, würde mit dem Namen Autonomie bezeichnet werden können, obgleich dieser Ausdruck hier weniger geläufig ist¹⁶⁾, und gegen dessen Anwendbarkeit weniger Bedenken erhoben werden könnten, weil in der That das deutsche Reich fast mehr ein Staatenbund, in welchem die Territorialherren die Souveränität immer mehr zu vindiciren strebten, darstellte, und weil dadurch eine Verwechslung zwischen der Autonomie der Territorien und der Territorialherren in Bezug auf ihre persönlichen Verhältnisse, wofür das Wort Autonomie fast am geläufigsten geworden ist, veranlaßt werden könnte. Autonomie wird namentlich allen Gemeinden da zugeschrieben werden müssen, wo es eine wahre Gemeindeverfassung gibt. Gemeinden unterscheiden sich aber von Corporationen dadurch, daß sie nicht einen einzelnen bestimmten Gesellschaftszweck haben, wie etwa eine Zunft, die Betreibung des Gewerbes, sondern daß ihr Zweck der Staatszweck ist, und da dieser kein einzelner bestimmter ist, so ist es auch der der Gemeinden nicht. Die Gemeinde ist ein Staat im Kleinen; eine Corporation ist nur eine Vereinigung von Individuen. Ein jedes Individuum kann, — und dieses verdeutlicht mehr noch den Unterschied zwischen Gemeinden und Corporationen — wohl Mitglied mehrerer der Letzteren, aber eigentlich nur einer Gemeinde, wie eines Staates sein, da dort eine Seite seines Lebens, hier gewissermaßen das Ganze in Anspruch genommen wird. Ein Staat, in welchem die Gemeinden einen eminenten Grad von Selbstständigkeit haben, kommt einem Bundesstaate nahe; doch pflegen wir uns eine Staatsgewalt in einem einzigen Staate mit größeren Befugnissen, größerer Macht bekleidet zu denken, als eine Centralgewalt. Es liegt dieses in der Natur der Verhältnisse. Die Gemeinde ist local beschränkt, daher ihre Macht geringer, die Gemeinde fällt auch mit der ständischen Gliederung zusammen (Stadt-, Landgemeinde), und auch dieses bringt mit sich, daß ihre Selbstständigkeit nicht gleich fest und gleichmäßig sich der Staatsgewalt gegenüber darstellt. Die Gemeinde kann fast zu einer Corporation herab-

16) Die Reichsgesetze kennen den der neueren Wissenschaft angehörenden Ausdruck Autonomie zwar nicht, aber mit dem Worte Statuten, was gewissermaßen an die Stelle der älteren Willküren getreten ist, werden die Gesetze vorzüglich bezeichnet, insofern sie aus der Autonomie hervorgegangen sind. Wenn es nun im jüngsten R.-A. von 1654 §. 105 heißt, daß das Kammergericht bei Administration der Justiz sowohl die Statuta und Gewohnheiten, als die Reichsabschiede und gemeinen Rechte vor Augen haben sollte, so sind unter Statuten auch die Territorialrechte mit begriffen.

gesetzt werden; unsere Gemeinden sind da, wo man in neuerer Zeit Städteverfassungen wieder erweckt hat, oft kaum etwas Anderes.

3) Die Autonomie, insofern sie Gesammtheiten oder Gemeinheiten zukommt, ist von der der Individuen (der Privatautonomie) ihrem Wesen nach verschieden. Daß man Beide nicht gehörig gesondert hat, scheint bei Vielen die herrschende Unklarheit hervorgerufen zu haben. Die Autonomie zeigt sich in dem Sezen eines eigenen Willens. Das Individuum, insofern ihm nicht eine Herrschaft über Andere zukommt, sondern indem es nur anderen Individuen als solchen gegenübersteht, kann nur einen Willen für sich sezen. Die Gesammtheit sezt aber nothwendig auch einen Willen für Andere, d. h. denen, die zur Gesammtheit gehören und ihr unterworfen sind. Das Wesen der Gesammtheit besteht eben darin, daß ein Gemeinwille vorhanden ist, der nicht bloß allgemeiner Wille, Wille der Einzelnen ist. Dieses gilt gleich von jeder Gesammtheit, jeder Gesellschaft. Je höher die Gesammtheit steht (d. h. je mehr ihr Zweck nicht ein beschränkter, einzelner ist, sondern mit den Zwecken des menschlichen Zusammenlebens überhaupt zusammenfällt, und sie realisiren soll), und je weniger die Gesammtheit daher sich als eine bloß zufällige, für eine bestimmt beschränkte Zeit begründete darstellen kann, um so weniger kann der Gemeinwille der Form und dem Wesen nach allgemeiner, d. h. als eine nur zufällige Einigung aller individuellen Willen sein. Denn wo diese die Grundlage ist, wird gleichsam das Moment der Auflösung sanctionirt, da ja ein Veto jeden Augenblick möglich ist. Der Staat mit seinen Einrichtungen, wiewohl in concreto den Gesetzen der Endlichkeit unterworfen, muß als ewig, unabhängig von wechselnden Willen der wechselnden Individuen, der Unterthanen wie der Regenten, gedacht werden. Es kann daher auch gewissermaßen a priori geläugnet werden, wenn auch die Geschichte nicht widerspräche, daß es jemals ein Staatswesen gegeben, welches auf einer individuellen Freiheit gebaut war, wie man sich die der Germanen oft gedacht hat, wo ein Jeder nur die Schranke kannte, die er sich selbst durch freie Zustimmung und Vertrag gesetzt hatte. Nur eine untergeordnete Gesellschaft in obigem Sinne, kann, als der Zufälligkeit angehörend, gewissermaßen die Nähe des Gedankens der Auflösbarkeit vertragen, und auch diese nur unter Beschränkungen. In jeder Gesellschaft gibt der Mensch nothwendig einen Theil seiner Individualität dahin. Es tritt für ihn ein neues Sein hervor, das nicht mehr bloß sein individuelles ist, nämlich der Gesellschaftswille. Seine Sonderinteressen hören auf bloß als solche zu bestehen, weil die Gesellschaft an deren Stelle das Gemeininteresse sezt, dem jenes sich unterordnen muß. Die Gemeinsamkeit ist das Princip aller Gesellschaften; die Gegenseitigkeit das des Vertrages; im Vertrage hören die Einzelnen gar nicht auf Einzelne zu sein, er ist nur ein Austausch gesonderter Willen und Interessen. Auch Gesellschaften können zwar durch Verträge begründet werden; aber der Vertrag, indem er die Grundlage von Verhältnissen wird, die an sich nicht bloß mehr Vertragsverhältnisse sind,

geht hier gewissermaßen über seine Sphäre hinaus. Die Gesellschaft wird um so mehr erst Gesellschaft, als sie ihren vertragmäßigen Ursprung hinter sich und ihn gleichsam in Vergessenheit gebracht hat, gerade sowie bei der Legitimität, die wir jetzt nur auf Alleinherrschaften zu beziehen gewohnt sind. Das unterscheidende Princip der Gesellschaft tritt auch eigentlich erst da hervor, wo die Gesellschaft aus einer Mehrheit von Personen besteht: tres faciunt collegium. — Es ist mehr oder minder nur eine Täuschung, wenn es auf dem ersten Anblick erscheint, als müsse ein Individuum in einer Gesellschaft nicht einen Theil seines Sonderwillen dahin geben, nämlich da wo Stimmeneinheit zur Beschlußnahme gehört, die der Einzelne als Norm anerkennen muß. Wir wollen nicht weiter darauf eingehen zu zeigen, wie eine sogenannte Stimmenmehrheit bei näherer Betrachtung sich nur als die Uebereinstimmung einer bestimmten Zahl von Stimmbfähigen ausweist; abgesehen davon, wird sich aber zeigen, wie ein Gesellschaftsbeschluß, auf Stimmeneinheit begründet, sich vielfach anders darstellt als ein bloßer Vertrag. So z. B. hängt es rein von der Willkür ab, einen Vertrag einzugehen oder nicht, die Abgabe der Stimme aber kann dieser nicht immer überlassen werden; bei einer Abstimmung werden die Nichtstimmenden, die Abwesenden, ohne Rücksicht auf das, was sich als ihre stillschweigende Ansicht herausstellen möchte, als für- oder gegenstimmend angenommen; Anfechtung eines Beschlusses, Rücktritt wird nicht in dem Umfange und in der Weise möglich sein, wie beim Vertrage. Es wird sich dieses auch da hervorstellen, wo das Princip der entschiedensten Gleichheit zur Grundlage der Gesellschaft gemacht ist, wie z. B. bei unserem deutschen Bunde. Man denke nur daran, daß Stimmenmehrheit darüber entscheidet, ob zur Fassung eines Beschlusses Stimmeneinhelligkeit erforderlich ist.

Die Autonomie, insofern sie Gesamtheiten zukommt, wird nicht mit Unrecht das Recht der Selbstgesetzgebung genannt, denn das Wesen der Gesamtheit besteht darin, daß in ihr ein Wille sich geltend macht, der nicht bloß Wille der Individuen ist, dessen Ausprüchen diese vielmehr, so lange sie in Kraft sind, sich fügen, sie als fortwährend zu befolgende Normen alles ihres darunter zu subsumirenden Handelns, als Rechtsätze anerkennen müssen. Es gilt gleich, ob diese Rechtsätze durch ausdrückliche Satzungen, oder in anderer Weise hervorgebracht werden. Es kann daher sowohl ein auf Autonomie beruhendes geschriebenes, als ungeschriebenes Recht geben. Unsere Juristen freilich, die als geschriebenes Recht nur das ansahen, was von dem Regenten ausgegangen war, stellten alles auf Autonomie beruhende Recht zu dem ungeschriebenen, also z. B. auch die von dem Magistrate oder Magistrat und Bürgerschaft einer Stadt gegebenen Gesetze. So kann man bei Thibaut¹⁷⁾ die Statuten der Gemeinheiten unter das ungeschriebene Recht gestellt finden, und dazu die Bemerkung, daß man die ungeschriebenen

17) Thibaut, Pandecten, 6. Aufl. S. 22.

Gesetze, welche die Bürger sich selbst oder Anderen geben, Autonomiegesetze zu nennen pflegte. Autonomie der Gemeinde besteht in der mehr oder minder unbeschränkten Befugniß, solche verpflichtende Willensbestimmungen hervorzubringen. Die Beschränkungen können dabei sehr mannigfaltige sein; sie können sich zunächst beziehen auf den Gegenstand, je nachdem es den Gemeinden überlassen ist, für die Realisation des Staatszweckes, der selbst ein in concreto engerer oder weiterer ist, in einem größeren oder geringeren Umfange selbst Sorge zu tragen, denn bei jeder anderen Gesellschaft wird der Umfang der Autonomie durch den Zweck derselben bestimmt; die Beschränkungen können sich beziehen auf die Art der Entstehung der autonomischen Bestimmungen, z. B. ob sie einer Bestätigung bedürfen, ferner auf den Umfang, in welchem sie verbinden. Von den dieser Autonomie gesetzten Grenzen hängt es auch ab, inwiefern die Gesamtheit, nun auch selbstständig für die Aufrechterhaltung und Befolgung der von ihr hervorgebrachten Normen sorgen, Anstalten zu diesem Zwecke begründen kann u. s. w.

4) Die Privatautonomie würde man aber sehr mit Unrecht als ein Recht der Selbstgesetzgebung bezeichnen. Rechtsfälle können nur von einer Gesamtheit als solcher ausgehen¹⁸⁾. Die Entstehung eines eigentlichen Rechtsfalles setzt ein geistiges und ein äußeres Verbundensein der Individuen — worin die Individualität gewissermaßen aufgegangen ist — voraus. Sofern die Individuen, auch die im Staate mit einander lebenden, sich als Einzelne gegenüberstehen, also namentlich in Verkehrsverhältnissen, geht von ihnen kein Recht aus. Den Einzelnen als solchen, den Privaten, steht das Recht zu, Rechtsverhältnisse durch Verträge zu ordnen; im Vertrage wird freilich der Wille des Einen auch Wille des Anderen, so daß er ihm unterworfen wird, allein diese Unterwerfung geht nur daraus hervor, daß er den fremden Willen zu dem seinigen macht, und insofern ist es kein fremder Wille mehr, sondern sein eigener, dem er im Vertrage unterthan wird. Den Privaten steht es aber auch in gewissen Fällen zu, durch einseitige Dispositionen Rechtsverhältnisse zu ordnen. Man konnte hierin eine Art von Gesetzgebung um so mehr finden wollen, als andere Personen ohne ihre Zustimmungen durch dergleichen verpflichtet werden könnten. Allein

18) So bemerkt Maier in seiner Einleitung zum Privatfürstenrechte (Tübingen 1783) S. 218: Eben so unrichtig ist es, daß Autonomie sei: das Recht sich selbst Gesetze vorzuschreiben — oder die Befugniß, sowohl in Ansehung seiner selbst, als auch seiner Familie und Güter verbindliche Vorschriften zu entwerfen. Wie ist es denn in aller Welt möglich, daß eine und dieselbe Person sich selbst und in Ansehung ihrer selbst verbindliche Vorschriften, Gesetze im juristischen Verstande geben kann? Aber bei Türken, Vorlesungen über deutsches Privatrecht (Kostock 1832) S. 380, findet man noch die Erklärung: Autonomie ist das Recht, unabhängig von den öffentlichen Gesetzen, sich selbst und dritten Personen vertragsmäßig in Privatverhältnissen Vorschriften zu geben.

durch das Eingehen von Verträgen, durch das Treffen von Privatdispositionen wird kein Rechtsatz erst hervor, sondern ein bestehender zur Anwendung gebracht. Inwiefern durch einseitige Dispositionen sowohl, als durch Verträge dritte Personen — als durch *res inter alios actae* — verbunden werden sollen, d. h. ihnen die Pflicht auferlegt wird, sie in ihrer Rückwirkung auf sich anzuerkennen, hängt von dem Wesen des besonderen Rechtes ab. Während das römische Recht den einseitigen Dispositionen durch Testament eine Kraft beigelegt hat, die dem teutschen Rechte ursprünglich fremd war, hat dieses die Wirksamkeit der Verträge (ohne sie darum zur Rechtsquelle zu machen) in einer Weise ausgedehnt, die mit den Grundsätzen des römischen Rechtes unvereinbar ist, z. B. bei den Erbverträgen¹⁹⁾, bei der Begründung der Reallasten. Ich glaube nicht, daß man Ursache hat, dem einen oder dem anderen dieser Rechte deshalb eine Inconsequenz, eine Verwirrung der Begriffe zur Last zu legen. Den Privatpersonen, indem sie Rechtsverhältnisse ordnen, steht es auch frei, dieses größtentheils gegen den Inhalt der im Staate geltenden Gesetze zu thun. Es ist dieses überall da der Fall, wo die Gesetze nicht unbedingt gebietender oder verbietender Natur sind, und dieß wird überall eintreten, wo mehr das Bedürfniß hervortritt, daß eine feste Norm der Beurtheilung überhaupt vorliege, als daß eine Norm bestimmten Inhaltes zur Anwendung komme. Ein großer Theil des Privatrechtes ist daher subsidiärer Natur, d. h. er kommt erst zur Anwendung, wenn nicht durch gültige einseitige Dispositionen oder durch vertragsmäßige Vereinbarung etwas Bestimmtes festgesetzt ist. Wo die Willkür bei Rechtsdispositionen sich geltend machen darf, ist daher zunächst immer die Absicht des Disponenten zu ermitteln, und darnach, so weit dieses möglich, die Willensäußerung auszulegen und die Sache zu beurtheilen²⁰⁾. Es wird dadurch die Anwendung dessen, was das Recht des Landes oder Ortes über die Natur eines Rechtsgeschäftes enthält, ausgeschlossen und kommt erst zur Anwendung, wenn die Disponenten weder ausdrücklich noch stillschweigend etwas Anderes zu bestimmen die Absicht hatten²¹⁾. So weit man sich der Anwendung des Rechtes, welches die Norm der Beurtheilung abgeben würde, wenn man nicht seinen Willen kund gegeben hätte, entziehen kann, so weit kann auch die Anwendbarkeit eines anderen Rechtes, z. B. eines anderen Ortes durch ausdrückliche oder stillschweigende Unterwerfung begründet werden, was besonders bei

19) Eichhorn, teutsches Privatrecht, §. 343 fig. — Mittermayer, teutsches Privatrecht, §. 188. Nr. 5. (4. Aufl.)

20) Ludolf de iure feminar. illustr. p. 74. Quod de interpretatione iuris statutorum (sive factorum) dictum, ita intelligo, ut si ex negotii natura possit desumi interpretatio facienda sit posthabito iure communi. Idque maxime rationi convenit. Nam si permissum est pacta facere, si ex consensu nascitur obligatio, volunt etiam iura, ut interpretatio ex intentione paciscentium verosimili fiat.

21) Voet comment. ad Pand. lib. I. t. 4. §. 2. 18—21.

der Lehre von der Collision der Gesetze in Betracht kommt²²⁾. Da durch das Institut der Testamente, der Erbverträge u. s. w. den Individuen die rechtliche Fähigkeit beigelegt ist, ihren Willen über die Zeit ihres Lebens hinaus geltend zu machen, so folgt daraus, daß die rechtlichen Vorschriften über das Erbrecht erst dann zur Anwendung kommen, wenn eine Person von dieser ihr zustehenden Befugniß keinen Gebrauch gemacht oder die Bedingungen, woran das Recht die Ausübung dieser Willkür knüpft, nicht beobachtet hat. Als ein Ausfluß der Privatautonomie ist auch die Befugniß anzusehen, Rechtsfachen der Beurtheilung des zuständigen Gerichtes zu entziehen oder sie einer scheidrichterlichen Entscheidung zu unterwerfen.

Nicht ganz richtig sagt man aber wohl oftmals, daß der Privatwille den allgemein gesetzlichen Bestimmungen derogire, und für noch weniger richtig kann es wohl angesehen werden, wenn man hier nun sagt, daß die Privatwillkür Rechtsätze hervorbringe oder selbstgewählte Gesetze an die Stelle der Landesgesetze treten. Ein Gesetz, ein Rechtsatz wird nämlich durch solche auf Willkür beruhende Bestimmungen, wie schon bemerkt worden, gar nicht hervorgebracht, und dieses auch nicht aus dem Grunde, weil einer solchen Disposition die Allgemeinheit fehlt, die einem Rechtsätze zukommen muß. Es gehört zum Wesen eines Rechtsatzes, daß er die Regel bildet für die Beurtheilung aller ihm unterzuordnenden Verhältnisse, und zwar insbesondere für die erst existent werdenden, noch nicht in concreto wirklich vorhandenen derartigen Rechtsverhältnisse; die Privatdisposition bezieht sich aber nur auf ein einzelnes Rechtsverhältniß, welches mit ihr auch erst in's Leben tritt, daher auf bestimmte einzelne Individuen, und einzelne Objecte.

Die Autonomie der Individuen besteht daher nicht in der Macht, Rechtsätze aufzustellen, sondern in der denselben zustehenden Befugniß ihre Rechtsverhältnisse zu ordnen, d. h. solche zu begründen, näher zu bestimmen, und selbst abweichend von dem Inhalte der sonst als allgemein verbindlich geltenden Normen, so weit diese nur eine subsidiäre Anwendbarkeit in Anspruch nehmen, zu gestalten. Indem man die Autonomie als die Begründung von Rechtsgesetzen durch Verträge erklärt, behauptet man 1) etwas Widersprechendes, da durch Vertrag kein Rechtsatz entstehen kann; beengt man 2) den Begriff der Autonomie auf ungehörige Weise, weil sie nicht überall in Hervorbringung von Rechtsätzen besteht; und kommt auch 3) in Verlegenheit mit den übrigen Privatdispositionen, die keine Verträge sind, und doch dieselbe Wirkung haben sollen. Diese werden denn in den meisten Erklärungen durch eine Art *coup de main* unbemerkt mit eingeschwärzt. Die Autonomie der Gesamtheiten kann daher auch nicht, wie gewöhnlich geschieht, aus der der Individuen abgeleitet werden; eine Gesamtheit ist etwas wesentlich Anderes, als ein Inbegriff verschied-

22) Eichhorn a. a. D. §. 37.

bener Individuen, die in gleicher Selbstständigkeit sich einander gegenüber stehen. 4) Man hat in neuerer Zeit auch von einer Volksautonomie zu reden begonnen. Man versteht darunter dann aber etwas Anderes als die Autonomie der Einzelnen oder der Gesamtheiten, welche beide letztere man bald, indem man die Privatautonomie als etwas Eigenthümliches ausschied, von einander getrennt hat, ohne sie doch gehörig zu unterscheiden, bald aber auch wieder unter einander warf. Die Volksautonomie soll die Quelle des Gewohnheitsrechtes sein. Man hat das Gewohnheitsrecht nämlich aus der den Individuen, deren Inbegriff das Volk ausmacht, zustehenden Befugniß, Verträge zu schließen und durch Verträge Rechtsfälle hervorzubringen, abgeleitet. Es ist dieses eine natürliche Folge der Ansicht, wornach alles Recht, sofern es nicht von der das Ganze beherrschenden Staatsgewalt ausgeht, aus der Privatautonomie hergeleitet wurde. Das Gewohnheitsrecht beruht nach dieser Ansicht auf stillschweigender, wie andere autonomische Rechtsfazungen auf ausdrücklicher, vertragsmäßiger Vereinbarung. Das Volk, in sofern wir es, absehend von seiner Gliederung und Vertheilung in Genossenschaften und Gemeinden, die in neuerer Zeit auch wohl fast als erloschen erscheint, nur als die Menge vereinzelter Individuen denken, kann aber nach dem Obigen gar keine Rechtsfälle hervorbringen. Aber das Volk ist noch etwas anderes, als ein solches bloßes Aggregat Einzelner; es ist auch nicht bloß verbunden durch den auf Stammeseinheit beruhenden, das Volk durchdringenden Volksgeist, und die daraus hervorgehende Einheit des Bewußtseins, worauf in neuer Zeit Puchta allein das Gewohnheitsrecht hat begründen wollen. Das Volk (d. h. was wir ein Volk im weitern Sinne nennen, oder nur ein Theil desselben, ein Stamm) in sofern es einen Staat bildet, macht auch eine äußerlich gesetzliche Einheit aus, verbunden durch Gemeinschaft der Interessen und des Willens, welche selbst einigermaßen als Surrogat dienen können, wenn die Einheit des Bewußtseins verdunkelt ist oder zurücktritt. Diese Einheit zerfällt keineswegs in ihre Atome, wenn etwa das Organ der Staatsgewalt aufhört, als solches sich wirksam zeigen zu können. Das Volk bildet, wie man dieses Verbundensein zu einer Einheit vielleicht am besten bezeichnen könnte, eine Landesgemeinde. Diese besteht auch als solche fort, wo die kleineren Gemeinschaften zerfallen oder zerstört sind, und wo die Theilnahme des Volkes in den öffentlichen Angelegenheiten scheinbar ganz zurücktritt, indem sie nicht in einer rechtlich bestimmten Form stattfindet. In dem Hervorbringen des Gewohnheitsrechtes zeigt und bewährt das Volk seine Existenz als Landesgemeinde. Das Volksbewußtsein allein kann nicht zur Grundlage des Gewohnheitsrechtes gemacht werden. Es sagt nur aus, was Rechtens sein sollte, daher auch die Gesetze damit in Uebereinstimmung stehen, und ein Ergebniß desselben sein sollen. Das Volksbewußtsein bietet auch nur die Grundzüge, die leitenden Ideen eines Rechtsinstitutes dar. Es wird sich in Beziehung auf diese Rechtsinstitute aber mannigfach das Bedürfniß von feststehenden Regeln zeigen, die sich nicht in stren-

ger Consequenz aus jenen leitenden Ideen ableiten lassen, wo also auch die Wissenschaft, das Juristenrecht, keine Aushilfe gewähren könnte. Diese Regeln müssen gesetzt sein und sind das Ergebnis einer gesetzgebenden Willkür. Wo nicht eine thätige, eingreifende, gesetzgebende Gewalt hervortritt, werden sie nur aus dem Volke unmittelbar hervorgehen können und auf Gewohnheit beruhen. Wenn das Volk in den Gerichten zusammenkommt, findet Einer das Recht, was nicht gerade heißt, er spricht aus, wie es nach dem gegebenen Volksbewußtsein bereits Recht sei und sein müsse, sondern wie es, da eben eine Norm bisher fehlte, am besten für Recht gehalten werden könne; der Umstand gibt seinen Beifall. Rechtsprache und Gesetzgebung fallen in diesen Zeiten immer mehr zusammen. Wo die Gemeinde keinen Mittelpunkt der Vereinigung hat, handelt Einer, und indem sich herausstellt, daß diese Weise des Handelns Anerkennung findet und als die rechte, zweck-erforderte und zweckgemäße angesehen wird, was sich besonders durch ein gleiches Handeln Anderer bewähren kann, wird dadurch eine Regel begründet. Nur einen innern Grund der Rechtfertigung eines Rechtsfalles, sei es ein geschriebener oder ungeschriebener, bietet, so weit es reicht, das Volksbewußtsein; der äußere, wodurch es eigentlich zum geltenden Recht im Staate wird, beruht auf dem Willen des Gesetzgebers, oder wo er schweigt, des Volkes: auf einer laut oder stillschweigend gegebenen Erklärung, daß es so Rechtens sein solle. Wir möchten aber eher sagen, daß das Volk, indem es Gewohnheitsrecht hervorbringt, seine Souveränität geltend macht, — wenn nicht der Ausdruck Volksouveränität zu leicht zu Mißverständnissen Anlaß gäbe, und auf eine politische Ansicht hinwiese, die nicht die des Verfassers ist, — als seine Autonomie. Die unbeschränkte Herrschaft des Gewohnheitsrechtes fällt auch in die Zeiten, wo eine selbstständigere Staatsgewalt noch nicht vorhanden war.

Eine Geschichte der Autonomie würde mit der Verfassung der Gemeinden und Corporationen und ihrer Stellung zum Staate, mit der Entwicklung der gesetzgebenden Gewalt und ihrer Thätigkeit zusammenfallen; nur ein paar Andeutungen sollen daher hier in Bezug besonders auf Deutschland gegeben werden. In der ältesten Zeit, wo das Volk in kleinen Gemeinheiten lebte, denen die Stammeseinheit zur Grundlage diente, so daß Stamm und Staat zusammenfielen, wo eine demokratische Verfassung selbst da stattfand, wo Könige an der Spitze standen, wo das Volk in denselben Zusammenkünften Recht sprach und Gesetze gab, mußte ein gefundenes Urtheil fast dieselbe Kraft haben als ein Gemeindebeschluß. Es konnte dabei ein schon entwickeltes Rechtsbewußtsein zu Grunde liegen, oder die Einsicht, daß eben in Ermangelung eines solchen durch der Weisesten Einsicht über Mehrerer Meinung, was Recht fürder sein sollte, gesetzt werden müßte. Will man diejenigen Rechtsfälle allein, die auf Gemeindefassungen beruhen, oder die in einer Sammlung aufgenommen sind, und durch sie sanctionirt sind, Gesetze nennen, alles Uebrige Gewohnheitsrecht (also auch die gefundenen Urtheile, so weit sie nicht auf solchen Beschlüssen

beruhten), so wieb verhältnißmäßig der Umfang von diesem so weit als von jenem enge sein. Alles dieses Recht ist aber aus dem Volke selbst, seinem Bewußtsein und seinem Willen hervorgegangen, beruht also zwar nicht auf Willkür der Einzelnen, aber auch nicht auf den Satzungen einer Gewalt, die eine vom Volke schon selbstständige, im Begriff wie im äußerlichen Hervortreten zu scheidende Existenz gehabt hätte. Die Selbstständigkeit der Individuen mußte in einer solchen Zeit sehr groß sein, weil das Gebiet des öffentlichen Rechtes enge war; es werden sich wenige Beschränkungen zeigen, die sie hindern, ihre Rechtsverhältnisse nach Willkür zu ordnen, und zwar nicht nur diejenigen, welche sich auf das Mein und Dein beziehen, sondern auch auf Verletzung von Person und Güter (Criminalrecht). Auch hierüber konnte durch Vertrag bestimmt werden. Schiedsgerichte, die ihre Autorität nur aus dem Willen der Parteien ableiten, sind mit einer dem Volksgerichte weit näher kommenden Gewalt ausgerüstet; die Selbsthilfe ist nicht auf enge Grenzen beschränkt. Eine eigentliche Autonomie von Gesamtheiten, wofür der Ausdruck besonders passend erscheint, setzt voraus, daß einer einigen Staatsgewalt gegenüber, gewissermaßen untergeordnete Staatsgewalten bestehen; sie tritt dann erst hervor, wenn der Staat, der früher mit dem Stamm zusammenfällt, dahin strebt, sich mit dem Volke zu identificiren, — eine Entwicklungsphase, in der die europäische Weltgeschichte seit Jahrhunderten begriffen ist. Sie tritt hervor, wenn der Staat sich nun eben so fest mit dem Boden verbindet, als nach Entstehung fester Wohnsitze die Einzelnen es zuerst gethan haben, so daß denn endlich Volk, Land, Staat unzertrennliche Begriffe werden, von denen jedes uns ein und dieselbe Sache vor die Seele ruft, nur sie je von einer anderen Seite darstellend. Im Mittelalter hatte das Staatsleben seinen eigentlichen Sitz in den Ortsgemeinden, Hof-, Markt-, Dorf- und Stadtgemeinden. Die Städte hatten hier insofern die größte Wichtigkeit, als sie die Träger und Bildner einer neuen Freiheit wurden, da die alte in der Hörigkeit und dem Adel unterging. Aus dem Stadtbürgerthum ist das Staatsbürgerthum hervorgegangen; das Stadtrecht ist im Wesentlichen das allgemein geltende geworden, so daß die Institute, die dem Adel und dem Bauerstande eigenthümlich sind, beide in ihrem Wesen nahe verwandt, und auf Principien des altgermanischen Rechtes beruhend, gewissermaßen als Abweichungen von dem gemeinen Landesrechte erscheinen. Wer die moderne Zeit verachtet und sie bekämpfen will, muß bis zu jenen Zeiten zurückkehren, wo die Marktplätze unter kaiserlichem Schutz und Frieden (sub libertate romana) die Pflanzstätten einer neuen Lebensgestaltung wurden; einige Zweiglein beschneiden, hilft nicht, die Wurzel muß vernichtet werden. Außerhalb der Städte bildet sich eine Stufenreihe von wechselseitiger Abhängigkeit und Schutzverhältnissen, die vom Kaiser in pyramidenförmiger Gestalt abwärts auf der breiten Grundlage der Unfreiheit ruhten, deren schwere Last durch einige patrimoniale und patriarchalische Freundlichkeiten wohl nur wenig erleichtert wurde. In den Städten fand die Freiheit ihren

Schutz in dem genossenschaftlichen Zusammen-schließen und Zusammenhalten; die unfreien wurden mit den freien Bewohnern zu einer Gemeinde, bis es zum Grundsatz des Stadtrechtes wurde, daß die Stadt der Sitz, die Zuflucht der Freiheit sei: kein Huhn fliegt über die Stadtmauer. Ja schon im 13. Jahrhundert hatten die Städte so das Bewußtsein ihres Wesens und ihrer Bestimmung erfaßt, daß es hier und da wohl bestimmt wurde: es solle kein Ritter wohnen binnen diesem Weichbilde. In den Städten entwickelte sich später eine Fülle mannigfaltiger politischer Lebensgestaltungen, eine Reihe politischer Parteikämpfe, die nur ein Abbild dessen im kleinen Kreise sind, was jetzt auf dem großen Schauplatz der Weltgeschichte sich uns darstellt. In den Städten wurde das teutsche Recht in der Art fort- und ausgebildet, daß später die Aufnahme des römischen Rechtes möglich und gewissermaßen zur historischen Nothwendigkeit geworden war. So gestaltete sich hier gewissermaßen im Kleinen der ganze Staat der neueren Zeit, mit allen seinen Einrichtungen durch die Gemeinden selbst, durch Autonomie. Die ländlichen Gemeinden, durch Abhängigkeit von Grund- und Schutzherrn beschränkt, konnten sich weniger selbstständig bewegen; allein auch sie waren im Stande für Manches, wobei ihr gemeinsames Interesse theilhaftig war, durch eigene Beliehungen zu sorgen. Dorfrechte²³⁾ wie Stadtrechte konnten aber schon um deshalb weniger entstehen, weil das Bedürfniß weniger vorhanden war. Das Recht des Bauernstandes, wie er sich aus Freien und Unfreien gebildet hatte, war theils das altgermanische, das sich hier in seinen alten Gestalten erhielt und daher im Bewußtsein des Volkes lebendiger blieb, theils Hofrecht, was immer mehr ein von dem Herren gegebenes als von der Gemeinde gesetztes sein mußte²⁴⁾. Neben der Entwicklung der Gemeindeverfassungen und Gemeinderechte, der Ausbildung der Standesverhältnisse wuchs die Landeshoheit allmählig empor. Die einzelnen Gemeinden wurden jetzt von der Landesgemeinde umfaßt, die sich immer fester gestaltete. Schon da, wo sich eine Gemeindeverfassung und Gemeinderecht fester und anfangs reicher ausgebildet hatte, war nothwendig die Privatautonomie beschränkter geworden, die sich daher auch nicht bei dem Bürgerstande wie bei dem Adel findet, obgleich

23) S. Rittermayer, Privatrecht, §. 24. (5. Aufl.)

24) Es finden sich bei der Standesbildung des M.-A. folgende Erschelungen, die wohl verdienen neben einander gestellt und betrachtet zu werden. Der Ritterstand bestand aus Freien und Unfreien (Ministerialen); die Letzteren streiften die Unfreiheit ab, weil Herrendienst die Grundlage der Ehre geworden war, und stiegen noch über den freien Stand empor, indem sie mit denen verschmolzen, die eine höhere Freiheit (Mittelfreiheit) in Anspruch nahmen. In den Städten verlor sich jede Spur der Unfreiheit, sie wurden gewissermaßen Asyle der Freiheit; nach Jahr und Tag konnte Niemand aus der Stadt abgefordert werden. Bei den Bauern sind die Freien zu den Unfreien herabgestiegen; die Hdrigkeit hat die Freiheit nach sich gezogen; das Hofrecht wurde über Bauern ohne Hinsicht auf Geburt ausgedehnt, und die Juristen konnten zu der Ansicht kommen, daß Bauerstand und Unfreiheit gleichbedeutend seien.

bei ihr noch andere Gründe hinzukamen. Die kleinern Genossenschaften, die Gilden und Zünfte in den Städten, nachdem es ihnen gelungen war eine gewisse Selbstständigkeit zu erringen, mußten sich der Stadtordnung mehr einfügen; ihre Jurisdiction, Selbsthilfe, die Gegenstände, worauf sich ihre Statuten beziehen durften, wurden beschränkt; Alles erst einer Aufsicht des Magistrats, später auch der landesherrlichen Gewalt mehr und mehr unterworfen und von einer Bestätigung abhängig gemacht. Das Zunftrecht war aber gewissermaßen selbst ein Theil des Stadtrechtes geworden. Aehnlich war nun die Stellung, welche die Gemeinden im Verhältniß zur Landesgemeinde, zum Territorium erhielten. Territorial- und Landesrechte traten an die Stelle der Gemeinderechte, deren Fortbildung mehr und mehr in's Stocken gerieth. Aber das Hofrecht selbst war größtentheils zum Landrechte geworden, und die Stadtrechte selbst schon weit über die Grenzen ihrer Weichbilder hinausgegangen, ehe noch die Städte ihre Mauern geschleift hatten, gleichsam zum Zeichen, daß das Bürgerthum nun auch hinaus auf's Land gegangen war. Durch die Einführung des römischen Rechtes, die selbst dadurch vorbereitet war, mußte dieses Alles um so mehr befördert werden. Ein thätigeres Eingreifen der Gesetzgebung trat nun als Bedürfniß hervor; es wurde diesem meist durch Territorialrechte abgeholfen, und wir sehen sogar in Städten die alten geschriebenen Statuten außer Gebrauch kommen, wie z. B. in Dortmund und Goslar, ohne daß etwas Neues an deren Stelle trat. Die Lehre der römischen Juristen fand Eingang, daß alles Recht vom Regenten ausgehe, und nur durch seine Anerkennung bestehe; Statuten, d. h. die Rechte aller kleinen Kreise, insofern sie von den Genossenschaften, denen sie angehörten, selbst ausgegangen waren²⁵⁾, wurden dem ungeschriebenen beigezählt, weil sie nicht vom Regenten, oder vermöge einer von ihm ausdrücklich verliehenen gesetzgebenden Gewalt ausgegangen waren. Man betrachtete sie nur als ein Ergebnis der Privatautonomie, als ein durch die Interessenten verträglich gesetztes Recht. Seit der Zeit hat die herrschende Vorstellung von Autonomie begonnen, die in diesem Artikel zu berichtigen versucht worden ist. Die Gegenstände, welche fortan noch zu dem Kreis statutarischer Anordnungen gehörten, wurden mehr und mehr beschränkt, so daß es zur Regel wurde, daß, wo nicht ein Mehreres nachgewiesen werden kann, nur Ortspolizei und Gewerbe dahin zu rechnen seien²⁶⁾. Es wurde zur Regel, daß ein jedes Statut, sobald es etwas von dem gemeinen Landrechte Abweichendes festsetzen wollte, der Bestätigung durch den Landesherrn bedurfe²⁷⁾. Aus Rücksichten des

25) Ueber die verschiedene Bedeutung von Statuten siehe diesen Art.

26) Mittermaier §. 139. Nr. 5.

27) Schnauvert: Können ländsfähige Städte ohne landesherrliche Concession und Confirmation Statuten machen? in seinen Beiträgen zum teutschen Staats- und Kirchenrechte, S. 61 flg. Glück, Commentar, Band 1. S. 508. Runde, teutsches Privatrecht §. 51. Weiße, Einleitung in das

öffentlichen Wohles können Statuten aufgehoben werden, durch ausdrückliche Vorschriften, welche dieses verordnen oder bestimmen, daß kein Statut gegen das Gesetz gelten soll²⁸⁾. — Aus allen Jahrhunderten lassen sich freilich einige Versuche aufweisen, wodurch die Staatsgewalt so z. B. der Kaiser auf Antrieb der Bischöfe und anderer Landesherrn gegen die Städte²⁹⁾, die Stadtobrigkeit gegen die Handwerker u. s. w. das freie Einigungsrecht zu beschränken suchte. Durch das römische Recht wurde aber nun der Grundsatz festgestellt, daß jede wahre gesellschaftliche Einigung, die im Staate als solche gelten wollte, jede universitas einer Bestätigung bedürfe; die Oberaufsicht der Staatsgewalt wurde zu einer Vormundschaft über die Gemeinden ausgedehnt, der Staat selbst nur als die einzige, selbstständige Gesamtheit angesehen. Die Centralisation der Verwaltung hat endlich die Vernichtung alles Gemeindegelbens herbeigeführt. Staatseinheit ist die Aufschrift der neuern Zeit, wie Gemeindegelben die des Mittelalters war. Im Mittelalter wurde der Begriff des Staates in den Gemeinden groß gezogen; aber nicht um in diesem beschränkten Kreis zu verbleiben. Bewahrung verbrieftter Rechte und Privilegien, wodurch man seine Sonderinteressen sicher gestellt hatte, galten damals als die höchsten Interessen. Die eifersüchtige Bewahrung, der Kampf dieser Interessen hat die Wirksamkeit der Landstände vernichtet, bis das *l'état c'est moi* hervortrat. Der Absolutismus aber hat wiederum als seine Rehrseite die Idee der Volkshouveränetät in's Leben gerufen, welche gleichsam den Staat aus den Urwäldern herholt und ihn wieder dahin verpflanzen will. Unsere Zeit ringt, diese Gegensätze auszugleichen, die Einheit des Staates, die Macht der Staatsgewalt mit der Selbstständigkeit der Individuen und insbesondere auch der Gesamtheiten zu versöhnen, durch deren Bestehen der Staat allein fest begründet, der Anspruch der Individuen Geltung haben zu wollen, und ihre Willkür von dem Allgemeinen mehr abgeleitet und zurückgedrängt wird. Unserer Zeit ist es daher zur Aufgabe gestellt, der Autonomie feste Grenze anzuweisen, so daß das Recht des Staates nicht in dieser ganz aufgeht, aber auch sie wiederum nicht als eine der Staatseinheit feindliche Erscheinung aufgefaßt wird.

Was noch über das Recht der Gemeindecorporationen, ihr Recht durch Autonomie zu bilden, bemerkt werden mußte, soll in dem Artikel Statuten seinen Platz finden; hier wird aber insbesondere noch zu handeln sein von der:

Autonomie des Adels³⁰⁾. Sie scheint ebenfalls weniger

teutsche Privatrecht, 2. Aufl. S. 57. Mittermaier a. a. D. 22. So die neuere Gemeindeordnung: Rev. preuß. Städteordnung §. 2, 3. Königlich sächs. Städteordnung §. 5. Kurhess. Gemeindeordnung §. 3. Braunschweig. Städteordnung §. 9.

28) Runde §. 54. Weiße und Mittermaier a. a. D.

29) Wilba's Gildenwesen S. 166 flg.

30) Betsii tract. de statutis et pactis et consuetud. fam. illustr. 1611. 1690. Textor de pactis gentilitiis procerum 1673. J. H. Boehmer, de

als eine Selbstgesetzgebung betrachtet werden zu können, sondern vielmehr als die Befugniß, Rechtsverhältnissen eine andere Gestalt zu geben, als sie erhalten würden, wenn die Landesgesetze in Bezug auf dieselben zur Anwendung kämen. Die Autonomie des Adels ist eine erweiterte Privatautonomie, wiewohl durch die Uebung derselben ein besonderer Inbegriff von wahren Rechtsgrundsätzen entstanden ist³¹⁾. Der Adel sah sich durch die Einführung des römischen Rechtes in seiner Stellung bedroht, da die Anwendung vieler Grundsätze desselben z. B. über gesetzliche Erbfolge, Testamente, Vermächtnisse, Dotal- und Paraphernalgüter, mit der Vernichtung der Stammgüter die Auflösung der Familien als solcher selbst herbeigeführt haben würde. Er suchte sich daher der Anwendung dieses Rechtes, welches allmählig die Kraft eines gemein anwendbaren erhielt, in Bezug auf einen wesentlichen Theil seines Familienverhältnisses zu erwehren, und bei seinem hergebrachten Rechte, das auf allgemeinen teutschen nach den Standesbedürfnissen auch wohl besonders modificirten Grundsätzen beruhte, sich zu behaupten. Vollkommen ist dieses aber nur dem hohen Adel gelungen. Hier machte sich das Bedürfnis, welches schon manches Eigenthümliche hervorgerufen hatte, um so mehr geltend, denn mit seinem Familienrechte hing der Bestand der teutschen Länder, die sich mehr und mehr zu Staaten gestalteten, zusammen; der hohe Adel nur war der Reichsstaatsgewalt unterworfen, an deren Ausübung er selbst Theil nahm. Der niedere Adel, der der Landeshoheit unterworfen, sank, je mehr sich diese ausbildete, zu einer Unterthanenclasse herab, und konnte der Anwendung der im Lande allgemein als Regel geltenden Rechtsgrundsätze nicht widerstehen. Daß die Landesherren, die Häupter der hochadeligen Familien, zugleich die gesetzgebende Gewalt immer freier handhaben konnten, ist sicher kein unzu beachtendes Moment, wiewohl die

fundamento pactorum famil. ad fidelcommissa inclinantium in exercit ad Pand. T. 2. p. 403 sq. Watzdorf de statutis nobil. mediator. speciatim in Saxon. 1774. Hersemeier de pactis nobilium 1788. Pütter, Beiträge Bd. 2. Nr. 29. 30. Maier, Autonomie s. oben.

31) Gewissermaßen stimmt hiermit auch Maier, Einleitung in's Privatarfstenrecht (Zübingen 1783) S. 230 überein, wenn er auch Gesetzgebung in einer, wie es scheint, nicht ganz zu billigen Weise gebraucht. Was aber — sagt er — kraft solcher Privatautonomie, ein Stammvater oder sogenannter erster Erwerber, nur für seine Erben und Nachkommen, oder was Mehrere zusammen nur für die Ihrigen willkürlich verordnet haben und verordnen, das Alles kann an und für sich und unmittelbar als ein allgemeiner Rechtsatz nicht in die Disciplin aufgenommen werden. So individuell die Kraft der Gesetzgebung und ihr Subject ist, so eingeschränkt ist auch ihre objectivische Wirkung und Verbindlichkeit derselben. Die Privatautonomie einzelner Personen für ihre einzelnen Familien kann zwar die Mutter gemeiner Gewohnheitsrechte werden. Aber dann gehören diese nicht zur Privatautonomie, desto mehr hingegen in unsere Rechtsdisciplin, eben darum, weil sie nun der genannten Personen gemeine Rechte geworden sind, die auf Gewohnheiten beruhen, welche vom Staate ihre allgemein verbindliche Kraft erhalten.

Normen, welche die Beurtheilung der Familienverhältnisse abgaben, nicht eigentlich aus der Ausübung legislatorischer Acte hervorgegangen sind³²⁾. So hat sich ein Inbegriff deutscher Rechtsgrundsätze als ein besonderes Ständerecht erhalten und fortgebildet. Man sagt gewöhnlich, es sei dieses durch die Erhaltung der teutschen Autonomie, d. h. die Freiheit, nur nach eigenen Gesetzen zu leben, bewirkt worden. Allerdings beruht das besondere Recht des hohen Adels darauf, daß er seine Freiheit von Anwendung des gemeingeltenden Rechtes behauptete, d. h. es galt im teutschen Reiche für die Verhältnisse des Adels ein Inbegriff anderer Rechtsgrundsätze, dessen Giltigkeit auf demselben Fundamente beruhte, wie die des römischen Rechtes: auf Gewohnheit und hinzugekommener ausdrücklicher Anerkennung und Bestätigung. Es kam dieses Recht ferner dann zur Anwendung, wenn nicht für die besonderen Fälle besondere Dispositionen vorlagen — wie die Privatrechtsgrundsätze ihrem Wesen nach. Diese Dispositionen unterschieden sich nun freilich von denen der Privaten besonders auch dadurch, daß sie Anwendung von Rechtsgrundsätzen ausschlossen, denen sich Privaten durch ihre Dispositionen nicht entziehen konnten: — insofern hatten die Hochadeligen die Privatautonomie jetzt in einem größeren Umfange. Allein beruht dieses auf einer erhaltenen größeren Freiheit des teutschen Familienvaters, von dem die Anordnung ausgehen mußte? darauf, daß sein Wille in der Familie mächtiger wirkte, das fürte, was für dieselbe Rechtens sein sollte? Ich glaube das Gegentheil. Die Stammgutsqualität legte ganz andere Fesseln an als die Beachtung der Rechte der Nothherben u. s. w.; der germanische Vater mußte in seinen sich gewissermaßen selbst emancipirenden Söhnen berechnete Genossen sehen. Eben in der Ausschließung der in der Familie hereingebrochenen Willkür besteht das Recht des hohen Adels; aber weil diese Willkür jetzt Recht, so ist die Nichtunterwerfung darunter ein höherer Grad subjectiver Freiheit. Das besondere Familienrecht des hohen Adels erhielt und bildete sich nun dadurch, daß man es in den einzelnen Familien bei Anordnung von Rechtsverhältnissen befolgte; dann aber ihm diese Befolgung auch zu sichern suchte, damit es durch Vererbung auf das gemeine Recht nicht beeinträchtigt werden konnte, weil man bei der Gunst, in welcher dieses bei den Gerichten stand, dergleichen immer zu fürchten hatte. Die Vertragsform mußte hier gewählt werden, nicht weil Verträge bei den Teutschen Rechte schufen, sondern weil durch Vertrag ein Jeder Freiheiten und Rechten entfagen kann. Das, was hier eigenthümlich erscheinen kann, war nicht sowohl, daß die Pactcenten gebunden wurden, sondern gerade, daß die späteren Nachfolger Normen anerkennen mußten, die sie nicht gewillkürt hatten. Ob diese Norm durch einen Vertrag oder eine einseitige Verfügung hervorgerufen war, konnte für diese ziemlich gleich sein. Die Pflicht der Anerkennung, ehe sie im Staate herrschender Rechtsgrund-

32) Pütter primae lineae iur. priv. princ. §. 4. Maurenbrecher, Staatsrecht §. 229. c.

faß wurde, lag ursprünglich vorzüglich darin, daß solche Dispositionen das Recht nicht nach Willkür schufen, sondern das geltende festsetzten, und gegen Willkür schützten. Auch dritte, nicht zur Familie gehörende Personen mußten, wie sich dieses aus dem Wesen des teutschen Rechtes ergab, solche Verfügungen anerkennen, wenn dadurch die rechtliche Eigenschaft gewisser Güter festgestellt war, insofern dritte Personen diese Güter etwa später erwarben³³). Die Hausgesetze sind nicht nur eine Norm zur Beurtheilung der rechtlichen Verhältnisse desjenigen Geschlechtes, dem sie angehören, sondern die Hauptquelle des Privatfürstenrechtes überhaupt; es sind nicht sowohl Gesetze, als Rechtsurkunden, woraus dieses erkannt und abgeleitet wird. Bestimmungen über Ebenbürtigkeit, Ehe, Vormundschaft der Familienglieder, dann über das Besitzthum der Familie und über die Erbfolge machen den wesentlichen Inhalt der Familienverträge aus³⁴). Es kann aber dieser Inhalt nicht willkürlich bestimmt werden, da die Nichtunterwerfung des Adels unter das gemeine Recht sich nur auf gewisse Theile bezieht, und also auch nur in Bezug auf diese anders disponirt werden kann, als es sonst von jedem Privaten geschehen darf³⁵). Zur Errichtung der Familienverträge ist die Einwilligung aller lebender männlichen Agnaten wesentlich nothwendig, und zwar der großjährigen durch unmittelbare oder unmittelbar bevollmächtigte, der minderjährigen (und Nascituren) durch vormundschastliche Bestimmung; und jeder Familienvertrag, welcher nicht diesem hier Ausgesprochenen folgt, ist nichtig³⁶). Kaiserliche Bestätigung war zur Vollgiltigkeit der Hausgesetze des reichsunmittelbaren Adels nicht erforderlich³⁷). Da durch die Auflösung des teutschen Reiches, die Stiftung des Rheinbundes u. s. f. ein Theil der Familien des ehemaligen hohen Adels die Souveränität erlangt hatte, während ein anderer subjeirt worden ist, und in den Rheinbundesstaaten zwar die Familienverträge der Letzteren nicht von selbst, wie einige Schriftsteller jener Zeit behaupteten, erloschen waren, wohl aber theils deren Giltigkeit von einer Bestätigung abhängig gemacht, theils wirklich aufgehoben worden war³⁸), so ist in dem 14. Artikel der teutschen Bundesacte Folgendes hierüber bestimmt worden: Es werden nach den Grundsätzen der früheren teutschen Verfassung die noch bestehenden Familienverträge (der im J. 1806 und seit dem mittelbar gewordenen ehemaligen Reichsstände und Reichsangehörigen) aufrecht erhalten, und

33) J. H. Boehmer, de efficacia pactorum illustrium contra tertium 1718. 1751. Jaup de valore et efficacia pactorum intuitu tertii. 1792. Danz I. S. 227. Mittermaier a. a. D. §. 23.

34) Kohler, Privatfürstenrecht §. 122. S. 321.

35) Pütter, Beiträge Th. 2. S. 114.

36) Kohler a. a. D. S. 317 flg.

37) J. G. Runde, de confirmatione caesarea iur. primog. in famil. illustr. Goett. 1770. Kohler a. a. D. S. 332. Mittermaier a. a. D. §. 23.

38) Heffter, Beiträge zum Staats- und Privatfürstenrecht S. 80.

39) Eichhorn, teut. Pr.-R. §. 64.

ihnen die Befugniß zugesichert, über ihre Güter und Familienverhältnisse verbindliche Verfügungen zu treffen, welche jedoch dem Souverän vorgelegt, und bei den höchsten Landesstellen zur allgemeinen Kenntniß und Nachachtung gebracht werden müssen. Alle bisher dagegen erlassenen Verordnungen sollen für künftige Fälle nicht weiter anwendbar sein. So wenig nun den ehemaligen reichsständischen und reichsunmittelbaren Familien die Rechte, welche ihnen früher vermöge der Landeshoheit oder ihrem Verhältnisse zu Reichszuständen zustanden, zugesprochen werden können³⁹⁾, so ergibt sich daraus doch, daß die Anwendbarkeit der in den teutschen Ländern geltenden allgemeinen Rechtsgrundsätze auf ihre Familienverhältnisse in der Art, wie es früher der Fall war, ausgeschlossen ist, und zwar in der Weise, daß die Unterwerfung der Subjecten unter die gesetzgebende Gewalt der Souveräne sie darin nicht benachtheiligen kann. Es sichert der Artikel sowohl die Aufrechterhaltung der bereits bestehenden Familiennormen, als die Freiheit, dergleichen fern in alter Weise aufzustellen. Indes haben sich in Beziehung auf denselben Zweifel erhoben. Sie betreffen zunächst die Frage, was unter Aufrechterhaltung der bestehenden zu verstehen sei; ob sich dieses nur auf diejenigen bezieht, die zur Zeit der Errichtung des teutschen Bundes wirklich bestanden haben, oder auch auf diejenigen, welche durch Acte der Gesetzgebung zur Zeit des Rheinbundes aufgehoben worden waren, so daß sie hin und wieder durch Nichtigerklärung jener Gesetze wieder in's Leben gerufen sind? Die erstere Ansicht hat mit sehr gewichtigen Gründen zuerst Pernice⁴⁰⁾ zu befestigen gesucht, während die andere besonders von Heffter vertheidigt worden ist⁴¹⁾. Die andere Frage ist, ob die bestehenden Hausgesetze noch der Landesregierung zur Bestätigung vorgelegt werden müssen? Daß dieses nicht als erforderlich anzusehen sei, darf wohl als die allgemeinere, wenn auch nicht unbestrittene Ansicht angesehen werden⁴²⁾. Keinem Zweifel ist es aber unterworfen, daß eine solche Bestätigung erforderlich ist, wenn neue Hausgesetze errichtet oder erloschene wieder aufgerichtet (insofern ein wirkliches Erlöschen anzunehmen ist) werden sollen. Diese Bestätigung kann aber nicht willkürlich verweigert werden, sondern es handelt sich dabei nur um die Bergewisserung, daß diese Dispositionen nichts enthalten, was mit den durch die Bundesacte gegründeten staatsrechtlichen Verhältnissen und der damit übereinstimmenden Verfassung des Staa-

40) Pernice, *observ. de principum comitamque imper. subjector. mut. ratione* Halae 1827. Dieselbe Ansicht hat dann verfochten Klüber, *Abhandlungen und Beobachtungen* Bd. 1. S. 121 flg., siehe dann auch noch Derfch, *Abhandlungen über Gegenstände des öffentlichen Rechtes*, München 1830. S. 168. Mittermaier §. 23 a. E.

41) Heffter, *Beiträge* S. 91 flg. Diesem sind gefolgt Jordan, *teutsches Staatsrecht* S. 396. Note 23. Kohler a. a. D. S. 332.

42) Man findet die Angaben darüber größtentheils bei Maurenbrecher *Staatsrecht* §. 229. Note e.

43) Eichhorn a. a. D. §. 64. Mittermaier §. 23. Note 18. Kohler a. a. D. §. 333.

tes in Widerspruch steht, und die Grenzen der Privatautonomie, inso- weit sie der Familie zur Zeit des teutschen Reiches zustand, nicht über- schritten, also etwas von den Landesgesetzen Abweichendes nur in Be- treff derselben Gegenstände und in demselben Umfange festgesetzt wor- den ist ⁴²⁾).

Das Verhältniß des niederen Adels ist jetzt nur aus den beson- deren Landesverfassungen und Landesrechten zu entnehmen. Wiewohl er im Allgemeinen dem gemeinen Rechte unterworfen worden ist, so sind doch einzelne in dem teutschen Rechte begründete Institute, die sich auf Familienrechte und das damit zusammenhängende Güterrecht beziehen, erhalten worden, und durch die besonders hierher gehörigen Institute der Familienfideicommissse und Erbverträge blieb ihm selbst die Gelegenheit, sogenannte Hausgesetze zu errichten.

Wiba.

Baden ist ein auf dem rechten Rheinufer gelegener teutscher Bundes-Staat von 1,244,171 Einwohnern (nach der Zählung v. 1836), mit dem Rang eines Großherzogthums. Im 18. Jahrhun- dert erscheint Baden nur als Markgrafschaft, die, lange Zeit in zwei Linien (Baden-Baden und Baden-Durlach) getheilt, im Jahre 1771 durch das Aussterben des Baden-Badnischen Hauses in einer Hand vereinigt ist. Unter dem Vereiniger der beiden Linien, dem Mark- grafen Carl Friedrich, erweiterte sich der badische Staat immer mehr, indem er sich zugleich durch Austausch und Abtretungen ent- fernter Gebiete mehr abrundete. Die erste Ländererwerbung dieser Art geschah im Jahre 1796, in Folge des am 5. Fructidor (22. Aug.) d. J. IV. zu Paris zwischen dem Markgrafen und der franz. Republik abgeschlossenen Friedensvertrages, durch welchen der Rhein als durch- greifende Grenze festgesetzt wurde. Dafür, daß der Markgraf alle auf dem linken Rheinufer gelegenen Besitzungen an die junge Republik abtrat, versprach ihm diese (S. die geheimen Artikel) ihre Verwendung, um zu seinem Gunsten die Säcularisation verschiedener geistlicher Be- sitzungen zu bewirken. Unter die letztern gehörten besonders das Bisthum Constanz, die Abtey Reichenau, das vom Bisthum Basel abhängige Amt Schlingen, ferner das ganze, auf der rechten Rheinseite gelegene Gebiet des Bisthums Speyer mit dem Capitel zu Ddenheim, das von dem ehemaligen Bisthum Straßburg abhängige Amt Ettenheim; weiter einige Besitzungen des Bischofs zu Mainz, um in der Folge gegen mehrere, in Baden gelegene Enclaven (einen Theil der Grafschaft Hanau-Lichtenberg, und die Herrschaften Lahr und Geroldseck) ausgetauscht zu werden; endlich die Ueberweisung aller Güter, Einkünfte und Rechte der geistlichen Körperschaften, welche ihren Hauptsitz auf dem rechten Rheinufer haben. — Eine sichere Grundlage erhielten diese Erwerbungen aber erst durch den lüneviller Frieden von 1801 und den hienach zu Regensburg gefaßten Reichsdeputationschluß vom 25. Febr. 1803, in dessen §. 5. (vergl. Martens Recueil, Supple. Tom. III. p. 225) dem Markgrafen von Baden, als Entschädigung für die Abtretungen auf dem linken Rheinufer außer den eben erwähn-

ten Gebieten noch zugewiesen wurden: die Äbteien Schwarzach, Frauenalp, Allerheiligen, Lichtenthal, Gengenbach, Ettenheim, Münster, Petershausen, Dehnungen und Salmansweiler, ferner die Reichsstädte Offenburg, Zell am Harmsbach, Gengenbach, Ueberlingen, (Biberach, Pfüllendorf und Wimpfen, die hessischen Ämter Lichtenau und Wildstadt) und endlich die pfälzischen Ämter Ladenburg, Bretten, Heidelberg und Mannheim, nebst den Städten gleiches Namens. — Im Artikel 15 des preßburger Friedens von 1805 verzichtete endlich Oesterreich auf alle ehemals zum Schwäbischen Kreise gehörigen Gebiets-theile, welche damals an Baden gekommen waren. — Ein neuer Zeitpunkt eröffnet sich für Baden durch die im Jahre 1806 erfolgte Auflösung des deutschen Reiches und die Bildung des Rheinbundes. Die erst im Art. 31 des Reichsdeputationschlusses dem Markgrafen verliehene Kurfürstenwürde geht durch die Erhebung des Landes zum Großherzogthum unter; das Gebiet desselben erweitert und rundet sich ab. Durch den Artikel 19 der Rheinbundsacte werden die Ämter Bonndorf, Bräunlingen und Billingen, so wie einige Besitzungen des Teutischen- und des Maltheserordens, nämlich Heitersheim und die Comthureien Weuggen und Freyburg an Baden überwiesen. Ferner erhielt dasselbe durch den Art. 24 Souveränitätsrechte (Oberherrlichkeit) über das Fürstenthum Fürstenberg, die Herrschaft Hagenau, Grafschaft Thengen, Landgrafschaft Klettgau, die gräflich leiningischen Ämter Meidenau und Billigheim, über das Fürstenthum Leiningen, über die auf dem linken Mainufer gelegenen Besitzungen der Fürsten von Löwenstein-Werthheim und endlich über die nördlich von der Sart liegenden Besitzungen von Salm-Keiferscheid-Krauthaim; — nur einzelne Gebiete wurden bei Fürstenberg und Löwenstein ausgenommen. Unter den badischen, auf die Veränderung bezüglichen Actenstücken sind besonders wichtig: die Erklärung am Reichstage vom 1. August und das Edict vom 12. August 1806.

Als Baden am 8 Juni 1815 dem damals gebildeten deutschen Bunde beitrug, geschah dieß nach dem durch den Rheinbund begründeten Gebietsstand. Jedoch erhielt das Großherzogthum durch den frankfurter Territorialrecess v. 20. Juli 1819 gegen Abtretung des Amtes Steinfeld noch die im Landesgebiete gelegene Grafschaft Hohen-geroldsack. Auch wurden mit den benachbarten Staaten Württemberg, Großherz. Hessen, Hohenzollern-Sigmaringen und der Schweiz noch mehrere einzelne Territoriaausgleichsverträge abgeschlossen; so im Jahre 1806 Staatsvertrag v. 6. u. 17. October, im Jahre 1807 v. 17. Mai, im Jahre 1808 v. 23. April und 31. Decemb., 1809 v. 4. Mai (über Vertheilung der Schulden des ehemaligen schwäb. Kreises), 1810 vom 8. Sept. und 2. Oct., dem v. 2. Oct. 1811, v. 12. Juni 1812, 5. August und 8. Oct. 1819, 24. Decemb. 1820 (N.-Bl. 21 Nr. 15), v. 22. Apr. 1822 und endlich v. 27. Mai 1825, wozu noch der mit Frankreich am 30. Januar 1827 über die Landsgrenzen abgeschlossene Staatsvertrag kommt.

Seht man auf die älteste Staatengeschichte zurück, so findet man

Baden vorzüglich von den alten Markmannen und Alemannen bewohnt, einzelne Theile hatten wohl auch die Nemeter, Triboken, Clatobrigen, Tulinger und Lentier inne. Von Interesse sind noch die Namen der alten Gaue; nach Deuber (in d. allg. Encyclop. d. W. und R. VII. p. 89) war das Land in die folgenden eingetheilt: I. alemannische, 1) der obere Alpgau; 2) der Breisgau; 3) die Ortenau; 4) die Bertholdspara (Baar); 5) der Hegau; 6) der Linzgau; 7) vom Thurgau die Stadt Constanz. II. rheinfränkische, 8) der Dossau; 9) der untere Albgau; 10) der Anglachgau; 11) der Esfenzgau; 12) der untere Neckargau; 13) der Lobbengau; 14) der Pfingzgau; 15) der Enzgau; 16) der Kraichgau; 17) der Gartachgau; 18) der Wirmgau und 19) einige Theile des obern Rheingaus. III. ostfränkische, 20) der Weingarteneibegau; 21) der Teubergau und Weniges vom 22) Jartgau und 23) Waldfassengau (vgl. auch F. J. Dumbek geographia pagorum vet. germ. cisrhenanorum Berol. 1818).

Es ist hier der Ort nicht, die mancherlei Staatsveränderungen auf dem jetzt badischen Gebiete, durch die einzelnen Zeitalter zu verfolgen; mit allem Grunde darf in dieser Hinsicht auf die in Freiburg erschienene badische Landesgeschichte von Jos. Bader verwiesen werden, welcher die einzelnen Umgestaltungen durch sechs seinen Werken beigefügte historisch-geographische Karten zu verdeutlichen bemüht war. — Wer das Großherzogthum in seiner jetzigen Gestalt kennen zu lernen wünscht, findet Aufschluß in mehreren, theils ohne Namen des Verfassers, theils von Demian 1820 und J. Mall 1831 herausgegebenen Beschreibungen, und in dem Lexicon von Kolb 3 Bände 1816. Das Neueste ist die geographisch-statistisch-topographische Beschreibung des Großherzogthums Baden von A. J. W. Heunisch nebst Karte. Heidelberg 1833. — Das ganze Land ist seit 1832 in 4 Kreise (See-, Ober-, Mittel- und Unterrheinkreis) eingetheilt. —

Im Folgenden soll nun der Versuch gemacht werden, das badische Recht insbesondere nach den, auch für den Nichtbadener wichtigen Hauptpunkten darzustellen, und durch eine kurze Uebersicht desselben den Weg zum genaueren Studium einzelner wichtiger Theile zu bahnen.

I. Für die Rechtsgeschichte wird vor Allem die Rücksicht auf die früheren Landesbestandtheile wichtig, welche den heutigen Staat bilden. Wenn auch überall das gemeine teutsche Recht galt, so hatten die einzelnen Landestheile doch auch wieder ihre besonderen Gesetze oder Rechte. Geht man vom Süden aufwärts, so findet man 1) in der Markgrafschaft das baden-badische Landrecht von 1588; 2) hatten die Städte Offenbach, Zell am Hammersbach und Gegenbach ihre besonderen Stadtrechte; 3) existiren besondere Statuten der Herrschaft Lahr und Mahlberg vom Jahre 1566. (Diese 1—3 genannten Rechte sind in einer 1805 herausgegebenen Sammlung abgedruckt.) — Eine Sammlung der baden-burlachischen Verordnungen ist ferner in 3 Bänden von C. F. Gerstlacher 1774 erschienen. 4) Nachgeschlagen wird noch oft das Werk: Wesentlicher Inhalt des beträchtlichsten Theils

der hochf. markg. bad. Gesetzgebung oder alphabetischer Auszug aus den früheren Verordnungsblättern 4 Theile 1782—1814; — es enthält besonders die unter Carl Friedrich's segensvoller Regierung getroffenen Anordnungen. Vgl. hierüber auch die Geschichte der Regierung und Bildung von Baden unter Carl Friedrich von C. W. F. L. Freih. v. Drais II. Bände 1818. — Ueber die damalige Organisation entschied eine sogenannte Hofrathsinstruction vom Jahre 1794; ein Versuch einer kurzen Darstellung der Form der markgräflich badischen Staatspraxis findet sich in dem 1802 erschienenen Magazin von und für Baden. — 5) Bekannt ist ferner als eines der süddeutschen Mutterrechte das Stadtrecht von Freiburg von 1520. Für die der Abfassung desselben vorhergehende Zeit ist von Interesse: das Urkundenbuch der Stadt Freiburg von H. Schreiber, II. Bände 1829. — 6) Neu gedruckt ist weiter eine alte Landesordnung für die Grafschaft Eberstein, gegeben von dem Markgrafen Christoph von Baden und dem Grafen Bernhard von Eberstein vom Jahre 1508. (S. in der Geschichte der Grafen von C. in Schwaben, auf Befehl des Großh. Leopold bearbeitet von G. H. Krieg von Hochfelden 1836 S. 442.) — 7) Für die ehemals bischöflich speyerisch-brüchsalischen Orte sind die IV. Theile der Sammlung der hochf. speyerischen Gesetze und Landesverordnungen zu Rathe zu ziehen. — 8) In dem ehemals kurpfälzischen Gebiete endlich galt das kurpfälzische Landrecht von 1582, 1594, 1611. Die neueste officielle Ausgabe davon (s. auch Abdruck in von der Nahmer Handbuch zc. I. Band S. 402) ist das kurfürstlich Pfalz bei Rhein zc. Erneuert und verbessert Landrecht. Weinheim 1700. Einen nicht fortgesetzten Anfang einer Sammlung kurpfälzischer Verordnungen hat 1791 Sanson gemacht. Zum Verständniß der letzten kurpfälzischen Zeit trägt auch bei J. Gosw. Widder Versuch einer vollständigen geographisch-historischen Beschreibung der kurfürstlichen Pfalz am Rhein IV. Theil. 1786 — 1788. — Für den Rechtsgelehrten wichtige Urkundensammlungen besitzt Baden wenige. Unter die neuesten gehört die unter dem Titel: Regesta Badensia von C. S. Dümge, Karlsruhe 1836 (ein Band in 4 enthält im Generallandesarchiv befindliche Urkunden von den ältesten Zeiten bis zum Schluß des 12. Jahrhunderts).

II. Die Quellen und die wichtigere Literatur des jetzt geltenden Rechtes sollen zwar an einzelnen passenden Orten angeführt werden. Doch sind hier schon einige Werke, welche mehrere Rechtstheile umfassen, hervorzuheben. — Die der Zeit nach erste Quelle des heutigen Rechtes sind vorzüglich die sogenannten 13 Organisationsedikte vom Jahre 1808, welche gleichsam die Grundlage des neuen Staatsgebäudes ausmachen. Ihr Inhalt umfaßt die zu jener Zeit zunächst gesesbedürftigen Verhältnisse; nämlich: das 1. Edict enthält die allgemeine Landesadministration; das 2. die Archivordnung; das 3. handelt über Religionsübung; das 4. über Stifte und Klöster; das 5. über die Vorbereitung der weltlichen Staatsdiener; das 6. über die executive Landesad-

ministration; das 7. über die mediatisirten Reichsstädte; das 8. über die Strafgerechtigkeitspflege; das 9. über Militärwesen; das 10. über die allgemeinen und gesellschaftlichen Staatsinstitute, (Brandversicherung, Wittwen- und Waisenkasse, Kranken- und Armenversorgung, Verkündigungsanstalten); das 11. über Siegel und Titel; das 12. über die Form des Geschäftsstyles; das 13. über gemeine und wissenschaftliche Lehranstalten. — Ueber die meisten dieser Gegenstände wurden jedoch in der Folge der Zeit nähere Bestimmungen getroffen, welche sich in den seit 1803 in fortlaufender Jahresreihe ausgegebenen sogen. Staats- und Regierungsblättern befinden. — Außer der officiellen Ausgabe gibt es aber auch noch Privatammlungen derselben; die eine in 8 enthält die Gesetze, Edicte u. s. w. von 1803 — 1832 in systematischer Ordnung, und ist, da sie wenigstens einen wörtlichen Abdruck giebt, stets brauchbarer als z. B. die sogen. systematische Darstellung von Kinzinger. Die andere (in 4) dagegen ist nach der Zeitfolge der einzelnen Gesetze u. s. w. geordnet, und geht bis 1833. Das Auffinden erleichtert dabei ein ziemlich ausführliches Regtster; von einem solchen gibt es auch eine besondere Ausgabe, worunter die von Wehrer die neueste ist. — Alphabetisch geordnete Repertorien, welche zugleich eine kurze Inhaltsangabe der allegirten Gesetze liefern, sind 1) das von Mors, welches bis 1810 geht, und 2) als dessen Fortsetzung das von Fink, wovon die genaue und umsichtig gearbeitete 2. Auflage sich bis zum Jahre 1834 erstreckt. — Eine Sammlung der minder interessanten, in den Provincial- und Anzeigebältern erschienenen Verordn. von 1803 — 1835, in 4 starken Bänden mit Register hat neuerdings F. C. Wehrer veranstaltet.

Hinsichtlich der Zeitschriften für Bundesrecht ist erst in dem letzten Jahrzehnte ein regeres Leben eingetreten. Die 1813 begonnenen Jahrbücher für bad. Gesetzgebung blieben beim 1. Bande stehen. Hierauf unternahm erst 1823 v. Hohenhorst die jährliche Herausgabe der oberhofgerichtlichen Jahrbücher, welche von da an bis 1836 von dem Begründer bis zu seinem Tode fortgeführt wurden, jetzt aber von Trefurt herausgegeben werden und die wichtigsten Entscheidungen des badischen obersten Gerichtshofes liefern. — Eine periodisch erscheinende Zeitschrift mit größeren Aufsätzen ist das seit 1829 von Duttlinger, von Weiler und von Kettenacker herausgegebene Archiv für badische Rechtspflege (bis jetzt IV Bände zu 4 Heften jeder), was aber durch den Tod des zweiten Herausgebers einige Unterbrechungen erfahren hat. — Stets fortlaufend und heilsam durch ihre Verbreitung unter dem Rechtspublicum des Landes erscheinen als wöchentliche Rechtszeitung die im Herbst 1832 von Beck begründeten Annalen der großh. badischen Gerichte, welche bei jedem oberen Gerichte des Landes Rätbe (Aschbach, Bayer, [Litschgi, Merk,] Sander, Trefurt) zu Mitarbeitern haben.

III. Das Civilrecht von Baden beruhte bis in die ersten Jahre des neuen Großherzogthums auf dem gemeinen teutschen Rechte und den vorher bei der Rechtsgeschichte angegebenen Rechten der einzelnen Lan-

bestheile. Daneben wurden einzelne Verordnungen erlassen, welche zum Theile jetzt noch gelten, und wovon als die wichtigen folgende hervorgehoben sind: die im Reg. Blatt v. 1803 Nr. X. (erneuert 1808 Nr. II.) über den Beweis der unvordenklichen Verjährung, wozu wenigstens 54 Jahre alte Zeugen erfordert werden; die von 1804 Nr. VIII. — X. (erneuert 1808 Nr. III.) über Geschlechtsvormundschaft als eine Beistandschaftsordnung; die von 1804 Nr. 37 über Verwaltung des Vermögens Abwesender; vom 20. Juni 1806 über Viehmängel, deren Wandel und Gewährung; vom 8. September 1806 über Büchernachdruck, und besonders die jetzt noch wichtigen Verordnungen vom 15. Sept. 1807 (erneuert Reg.-Bl. 1808 Nr. X.) über Vermögensübergaben und Verpfändungen, vom 23. März 1808 über die (hie und da noch als Gewohnheitsrecht bestehende) Untheilbarkeit der Güter und die damit verbundene sogen. Besitz- und Vortheilgerechtigkeit; endlich die vom 3. Mai 1808 über das Loosungsrecht (Retract, Näherrecht), wonach als einzige Arten nur noch die Geding-, Dach-, Sammt-, Stamm- und Marktlosungen anerkannt, aber in der Ausübung sehr beschränkt werden. (Auf dem Landtage von 1837 wurde die Aufhebung der meisten Loosungsarten als nothwendig erkannt.) —

Im Jahre 1809, als Baden noch als Rheinbundesstaat dem französischen Einflusse nachgeben mußte, sollte es die damals neuglänzende napoleonische Gesetzgebung annehmen. Allein dieser Schritt geschah nicht, wie in andern Ländern gleicher Lage, mit Uebereilung und ohne Wahl; nicht in Hauf und Hogen wurde das Fremde nach Baden übertragen, sondern nur in so weit, als das Land dadurch eine wahre Wohlthat erfahren konnte. Dies war im Civilrechte der Fall, wo an die Stelle der bisherigen Rechtsbundscheckigkeit eine gleichförmige, streng der Artikelreihe folgende officielle Uebersetzung des französischen Code civil gefertigt wurde, und als „badisches Landrecht“ am 1. Januar 1810 Gesetzeskraft erhielt. Ueberall wurde dabei auf die eigenthümlichen Verhältnisse des Landes Rücksicht genommen. Daher enthält das badische Landrecht viele Zusätze, welche zum Theil das teutsche Privatrecht und namentlich verschiedene dem Code civil unbekanntes Lehren betreffen, zum Theil als Erläuterungen aus den Rechtsquellen, d. i. aus dem röm. Rechte und den dem Code civil zu Grunde liegenden Gewohnheitsrechten dienen. Hieher gehören unter andern Landrecht Sätze 577 a a — 577 d h über Grund- und Nuzueigenthum, über Miteigenthum, Familieneigenthum (Stammgut) und Schrifteigenthum; ferner 710 a — 710 k a über Zehnten, Erbgülden und Zinsen, Grundpflichtigkeiten, Hannpflichten und Frohnden; 1340 a — 1340 c über Vertragsentwürfe, und 2218 a über die Ordnung unter mehreren Gläubigern eines Schuldners u. s. w. — Sämmtliche Zusätze sind gut erörtert in: System des badischen Civilrechtes und Zusätze zur zweiten Auflage von K. S. Zachariae; Handbuch des franz. Civilrechtes von Chr. Trefurt 1824.

Außer den Zusätzen erfuhrt der Code civil aber auch Abänderungen. Nur wenige sind im Texte des badischen Landrechtes selbst

gemacht, vielmehr wurden in diesem Betreffe zwei sogenannte Einführungseddicte, das erste vom 3. Februar, und das zweite vom 22. December 1809 erlassen, in welchen zugleich für den zweckmäßigen Uebergang vom Alten zum Neuen passende Bestimmungen gegeben, und diejenigen von den früheren Gesetzen, welche noch in Kraft bleiben sollten, ausdrücklich aufgeführt sind¹⁾. Außer diesen Einführungsedicten erschienen in den nächsten Jahren noch sogenannte Rechtsbelehren z. B. die vom 20. Febr. 1811 über rückwirkende Kraft der Gesetze, vom 30. Nov. 1811 über öffentliche Vorladungen und über die Genugthuung, welche bei Ehescheidungen der schuldige Ehegatte zu leisten hat, v. 26. Febr. 1812 über die Eheverhältnisse nach dem neuen Landrechte, vom 27. Juni 1812 über Anwendbarkeit der Watterschaftsklage, vom 16. Septbr. 1812 über das Verfahren bei Ehescheidungsprocessen. Diese Rechtsbelehren finden sich nebst anderen und den erwähnten Einführungsedicten zusammengedruckt in einer 1816 (von Vogel) herausgegebenen Sammlung, welche auch mehreren Ausgaben des Landrechtes beige druckt ist. Nachträglich ist dazu noch die Verordn. vom 7. April 1826 über Eintragung der Faustpfandverträge in öffentliche Bücher zu erwähnen. — Die bedeutenden Abweichungen des badischen Landrechtes von Code civil sind folgende: Die Beurkundungen des bürgerlichen Standes geschehen nicht, wie in Frankreich, durch die Ortsvorstände, sondern durch die Pfarrer, welche die Geburts-, Ehe- und Todtenbücher in Doppelschrift zu führen haben. (S. bes. Verordn. v. 29. Mai 1811); — das Institut des Familienraths — obwohl altdeutschen Ursprunges — ist in Baden nicht aufgenommen.

Zur Wahrung der Interessen von Unmündigen und Minderjährigen sind aber in jeder Gemeinde besondere Weisenrichter aufgestellt. Verordn. vom 18. April 1810. — Bis zum Jahre 1835 mußte jede Frau einen Geschlechtsvormund (Beistand) zu ihren Rechtsgeschäften haben, was aber jetzt aufgehoben ist. (S. Gesetz vom 28. August 1835.) Die Lehre von der Erwerbung liegenden Eigenthums hat eine wesentliche Aenderung dadurch erhalten, daß Jeder, um sein Eigenthum vor Gericht gegen Dritte geltend machen zu können, den Erwerb in das Grundbuch eintragen lassen muß (2. Einführungsed. §. 25); in der

1) Leider wurde bei diesen älteren Gesetzen nicht immer im Einzelnen genau bestimmt, was noch gelten soll und was aufgehoben ist, sondern oft nur im Allgemeinen jenen älteren Gesetzen noch insofern Kraft beigelegt, als sie neben den neuen bestehen können. Wozu es führt, wenn die neuere Gesetzgebung durch solche Bequemlichkeitsformeln die Entscheidung über das Fortbestehen eines Gesetzes rein der richterlichen Auslegung überläßt, beweisen neuere, größtentheils durch diese Unbestimmtheit der Gesetze veranlaßte Rechtsfälle. Vergl. bes. Annal. bad. Ger. 1836 S. 227, 273. — Die darin behandelten Fragen, ob die quarta poenalis bei Ehescheidungen durch das neue Landrecht aufgehoben sei, und ob bei Eheverträgen zwei Zeugen nothwendig zuzuziehen seien, mußten wegen der Verschiedenheit der Ansichten erst durch neuere Gesetze s. die vom 22. Juni 1837) besonders entschieden werden. —

Lehre vom Pfandrecht endlich ist die nach dem Code civil art. 1254 alle 10 Jahre vorgeschriebene Unterpfandserneuerung für unnöthig erklärt; überhaupt aber erhält dieser Theil des Civilrechtes eine eigenthümliche Gestalt und sichere Grundlage dadurch, daß statt der in Frankreich eingeführten conservateurs des hypotheques mit großen Bezirken, jede Gemeinde ihre eigene, aus dem Gemeinderath bestehende und zugleich für die Werthbestimmung und die Gewähr der verpfändeten Güter verantwortliche Pfandschreiberei hat. Eine Instruction für dieselben wurde am 22. Sept. 1822 ausgegeben, welcher im J. 1824 die Instr. zur Führung der Grund- (Gewähr- oder Kauf- und Tausch-) Bücher folgte. — Wegen des erwähnten fremdländischen Ursprunges sind zur Erläuterung des badischen Civilrechtes vor Allem die in Frankreich gangbaren Sammlungen der gerichtlichen Entscheidungen (bes. Sirey und die alphabetischgeordnete von Dallaz), so wie die Schriften der franzöf. Rechtsgelehrten, eines Merlin, Toullier und in neuerer Zeit Troplong wichtig; von den zur Zeit der Aufnahme des franzöfischen Rechtes in Deutschland erschienenen Handbüchern ist insbesondere das von Zachariae im Gebrauch (von welchem jetzt die 4. Auflage herauskommt). Fast unentbehrlich sind die von dem verstorbenen Staatsrath Brauer, der hauptsächlich bei der Ausarbeitung des bad. Landr. mitwirkte, herausgegebenen 6 Bände Erläuterungen. Die 4 ersten Bände enthalten einen nach der Artikelfolge gearbeiteten Commentar; der 5. hebt, dem Thibaut'schen Pandectensysteme folgend, die Eigenthümlichkeiten des bad. Landr. in Vergleichung mit dem römischen Rechte hervor; sodann gibt er 47 Tafeln zur Uebersicht des badischen Rechtes untermischt mit Rechtsprüchwörtern. Der 6. Band endlich enthält unter dem Namen „Rechtsdenkwürdigkeiten“ kurze Entscheidungen von Streitfragen. — In neuerer Zeit hat Baurittel in Freiburg ein Handbuch des badischen Landrechtes begonnen, welches jetzt bis zum Landr. S. 504. in der Lehre von der Entmündigung vorgeschritten ist.

Unter den Abhandlungen über bad. Landr., welche nicht in Zeitschriften, sondern für sich erschienen sind, lassen sich als brauchbar anführen: Anleitung zu Compromissen (1818) von v. Kettenacker, von welchem Verfasser in der neuern Zeit noch mehrere vom legislativen Standpunct aufgefaßte Arbeiten (z. B. über Vergleichsgerichte 1837), vorhanden sind; ein Rechnungsrecht von E. Hoffmann (1820); ein solches von E. L. Rheinländer (1823), welcher auch noch andere Theile des Civilrechtes (wie Vormundschaft, Erbrecht), jedoch mehr nur für nicht streitige Fälle compilativ ordnend, bearbeitet hat; — sodann die Lehre von der Adoption nach franzöf. Recht von Baurittel (1827) und Ad. Sander über esterl. und ehel. Nuznießung, und Handbuch für Eheleute aller Stände 1829. — Sehr zu empfehlen ist endlich die 1831 erschienene Schrift von Beck über die dinglichen Rechte an Liegenschaften, insbesondere über die Bewahrung derselben durch die Eintragungen in die Grund- und Pfandbücher, worin besonders verschiedene Collisionfälle von mehreren auf dingliches Recht gegründeten Ansprüchen gut erörtert sind. — Reichhaltig an Aufsätzen über Civil-

recht sind die schon genannten Zeitschriften. — Schließlich ist noch eines Unternehmens von Lauckhard zu gedenken, welcher seit 1834 Civilrechtssfälle mit Entscheidungen der französischen und belgischen Gerichtshöfe in Uebersetzung mittheilt.

Während das badische Landrecht mit den angeführten Abänderungen noch immer die Hauptquelle des Civilrechtes bildet, ist aber die Gesetzgebung der Neuzeit auch in einzelnen Zweigen desselben thätig gewesen, indem sie besonders alte, dem jetzigen Zustande der bürgerlichen Gesellschaft nicht mehr entsprechende Verhältnisse aufzuheben, oder doch den Forderungen neuerer Zeit anzupassen bemüht war. Dahin gehören besonders das Gesetz v. 12. Mai 1818 über Ausübung der Schafweidbegerechtigkeit, dann die Gesetze vom 5. Octbr. 1820, nebst Instr.-Verordn. v. 30. August 1821 und 5. Aug. 1824, dann das neue Gesetz v. 14. Mai 1825 nebst Voll. Verordn. v. 8. und 12. December dess. J. und 3. Aug. 1837 über die alten (namentlich die aus der Leibeigenschaft stammenden) Abgaben, welche darnach, unter Beitragsleistung der Staatscasse, gegen Entschädigung der Berechtigten abgelöst werden sollen. (S. deßhalb noch allgem. Bekanntmachung von 23. Decemb. 1837.)

Durch Gesetze vom 28. Decbr. 1831 wurden die Herrenfrohnden und der Neubruchzehend aufgehoben, und für den Blutzehend unter Fristanberaumung ein Ablösungsmaassstab festgesetzt. — Durch Gesetz vom 31. October 1833 wurde die Ersazpflicht wegen Wildschadens näher bestimmt, und hiezu für die Schäzer des Schadens am 25. Febr. 1834 eine Instruction ertheilt. — Sehr bemerkenswerth ist ferner das Gesetz vom 15. Novbr. 1833 über Ablösung aller Zehenden, wofür den Berechtigten der 20fache Betrag der jährlichen Leistung bestimmt ist; $\frac{1}{3}$ übernimmt die Staatscasse. Durch eine Verordn. v. 27. Februar 1834 über die Aufstellung der Getraidepreislisten und Anderes wurde mit der Verwirklichung dieses für den Landmann so heilsamen Gesetzes der Anfang gemacht, auch sind seither schon mehrere einzelne Verordnungen z. B. v. 27. Mai 1836 über Errichtung einer Zehntschuldentilgungscasse, und eine Instruction vom 28. Februar 1837 über Fertigung der Zehntablösungsverträge vom 15. Februar 1838 über Errichtung einer eigenen Behörde unter dem Namen „Zehntsection der Hofdomänenkammer,“ hinzu gekommen. S. a. noch neues Gesetz vom 3. August 1837 über die Ablösbarkeit der Last des Faselvieh zu halten.

Durch ein neues Gesetz vom 28. August 1835 über die Zwangsabtretung von Liegenschaften aus Gründen des öffentlichen Nutzens wurde endlich das Eigenthumsrecht vervollständigt. Die geeignete Belehrung der Vormünder bezweckt eine Instruction für dieselben vom 16. März 1838.

III. Als ein besonderer Theil des Civilrechtes mag schließlich das badische Lehenecht hervorgehoben werden, um so mehr als die staatsrechtliche Bedeutung desselben sich täglich vermindert. — Die Hauptquelle dafür bildet das V. Constitutionsedict vom 12. August 1807.

— Von neuen Gesetzen sind zu bemerken: eine Verordn. v. 11. Mai 1826 (11. Januar 1827) über die Modification der herrschaftlichen Bauernlehen, und das Gesetz vom 15. Novbr. 1833 über die Wieder-
verleihung von heimgefallenen Schupflehen. — Ein anderer noch hier zu erwähnender Theil des Civilrechtes ist das badische Handelsrecht, welches durch sogenannte, dem badischen Landr. als Anhang beigegebene Handelsgesetze, geregelt ist.

Nur die bisherige Mäßigkeit des badischen Handels, in Verbindung mit manchen durch Gewohnheit anerkannten Rechtsfäzen, macht es begreiflich, wie diese Gesetze bisher genügen konnten. Sie sind übrigens ein in teutscher Sprache abgefaßter Auszug aus dem Code de commerce, dessen nur auf Seehandel bezügliche oder mit rein franzöf. Einrichtungen zusammenhängende Bestimmungen weggelassen sind. —

IV. Eine vorzügliche Beachtung verdient der badische Civilproceß. Ursprünglich richtete sich derselbe nach dem gemeinen teutschen Prozeße. Nebenbei galt eine auf derselben Grundlage ruhende sogenannte Obergerichtsordnung von 1803, von welcher die meisten Bestimmungen durch Verordnungen im Reg.-Bl. von 1804 (Nr. 27 und 30) auch für die Untergerichte anwendbar erklärt wurden. Außer mehreren Rechtsbelehrungen hatte man noch das sogenannte Nullitäts-
tenedict (die unheilbaren Nichtigkeiten betr.) vom 28. März 1804. Das Ganze beruhete aber auf einer oft sehr schwankenden Praxis. Vgl. a. v. Drais Geschichte der badischen Gerichtshöfe (1821) besonders S. 102 ff. Zwar wurden durch provisorische Gesetze vom 17. Mai und 28. Septbr. über gerichtl. Zugriff durch Amtsequenten und vom 18. Decbr. über Berufungen im Jahre 1827 einige Mängel verbessert, auch gab ein Mitglied der Gesetzgebungscommission (K. Ziegler) im Jahre 1826 einen Entwurf als Vorarbeit im Druck heraus; allein eine wahre durchgreifende Abhilfe des unsichern Zustandes erfolgte erst vom 1. Mai 1832 an, durch die an diesem Tage in Wirksamkeit getretene Proceßordnung in bürgerlichen Rechts-
streitigkeiten für das Großherzogthum Baden.

Obwohl auch sie das Schicksal jedes neuen Gesetzes erfuh, indem ihre Anwendung Streitigkeiten, ihre Lücken und Mängel Zweifel, ja bei Manchen sogar ihre Neuheit Tadel erweckte, so darf sie doch als ein Musterwerk neuerer Gesetzgebung empfohlen werden. Sie bildet ein geordnetes, kleines Ganze, das in der Hauptsache nicht nur den Anforderungen der Wissenschaft entspricht, sondern auch auf der sicheren Grundlage der Erfahrung beruht. — Der Gesetzgeber ging dabei vom gemeinen teutschen Prozeße aus, dessen Controversen er deutlich zu entscheiden und dessen oberste Grundsätze (Verhandlungs-Eventualmaxime, Trennung von Abschnitten im Verfahren, logische Beweisstheorie u. s. w.) durchzuführen suchte. Dabei wurden aber stets die besseren von den zerstreuten Civilproceßgesetzen Deutschlands berücksichtigt, auch vom Auslande (wie namentlich vom französischen Prozeße) wurde einzelnes Gute angenommen, Manches zum Theil eigenthümlich gestaltet. In

letzterer Hinsicht möchte z. B. die in §. 192—194 gestattete Erwählung von Richtern der Thatfachen, sowie die zweckmäßigen Bestimmungen über Mündlichkeit und Schriftlichkeit des Verfahrens Erwähnung finden. — Obwohl die Versäumnisse der Parteien etwas nachsichtig behandelt sind, so ist doch durch die bei jeder nothwendigen Prozeßhandlung angedrohten Rechtsnachtheile ein Mittel gegeben, den geordneten Gang des Rechtsstreites zu befördern. Dem Vollstreckungsverfahren hat man nicht ganz ohne Grund den Vorwurf gemacht, daß darin das Interesse des Gläubigers zu wenig berücksichtigt sei; allein dasselbe ist doch (vgl. eine Vollz.-Verordnung vom 29. März 1832) ohne Ueberladung mit unnützen Formen, auf Wohlfeilheit und Beschleunigung berechnet. — Ein Titel der Prozeßordnung, der 43., über das Verfahren erster Instanz bei Collegialgerichten, ist übrigens bis jetzt noch nicht in's Leben getreten, weil die Gerechtigkeitspflege erster Instanz stets noch von Einzelrichtern verwaltet wird.

Zur Erklärung der Prozeßordnung dienen, außer den von Practikern in den Annalen der badischen Gerichte gelieferten zahlreichen Aufsätzen, besonders die von v. Weiler 1831 herausgegebenen *Motive*, und eine in einem Beilagenhefte zum Archiv für badische Rechtspflege 1832 enthaltene Sammlung von authentischen Beiträgen. — Von neueren Gesetzen sind zwei vom 3. August 1837 anzuführen, wovon das eine zweckmäßige Bestimmungen über eine öffentliche Hinterlegungscasse (Deposition streitiger Gelder) trifft, während das andere einzelne Aenderungen der Prozeßordnung enthält, welche aber keineswegs eine Revision des ganzen Prozeßgesetzes sind, wie sie doch bei der Einführung desselben 1831 in Aussicht gestellt war! Das neue Gesetz bezweckt vorzüglich, die Parteien durch erweitertes Rechtsmittel der Wiederherstellung gegen Versäumnisse ihres Anwaltes zu sichern, die Nachtheile der gebotenen Beweisanticipation im abgekürzten Verfahren zu mindern, und einige über Versäumnisse u. s. w. entstandene Controversen zu entscheiden. Die bei weitem wichtigsten Bestimmungen sind die über Art und Weise der Urtheilserkundigung. —

An der Gerichtsverfassung hat die Prozeßordnung überhaupt nichts geändert. Zwei in neuerer Zeit erschienene Verordnungen vom 21. April und 10. Juli 1832 über die organische Einrichtung der Obergerichte und den Geschäftsgang bei denselben, sowie über Taxen einiger Advocatenverrichtungen, und v. 3. Mai 1833 über Eidesleistung, betreffen hauptsächlich einige nähere Bestimmungen wegen der neu eingeführten Oeffentlichkeit und der ausgedehnteren Mündlichkeit des Verfahrens in Civilsachen. In erster Instanz urtheilen noch immer die Aemter, in zweiter 4 Hofgerichte (in Mannheim, Rastatt, Freiburg und Constanz), und in dritter ein Oberhofgericht (zu Mannheim).

Anmerkung. Die freiwillige Gerichtsbarkeit wird von sogenannten, je nach den einzelnen Amtsbezirken errichteten *Amtsrevisoren* gehandhabt, die eigentlichen Staatschreiber sind die dem *Amtsrevisorate* beigegebenen, nach *Tages* (!) Gebühren bezahlten sogen-

nannten Theilungscommissäre. — Die Ämter als Gerichte erster Instanz führen eine Art von Aufsicht. Ueber dieß, längst eine Verbesserung harrende Wesen vergl. besonders die Verordnung vom 6. Mai 1817 (mit Beilagen). Als ein klares und brauchbares Handbuch für die bei Amtsrevisoraten vorkommenden Geschäfte hat man den badischen Rechtsfreund von C. L. Th. Rheinländer, Karlsruhe 1830, 2 Thl. — Eine neuere namenlose Schrift: die Nothwendigkeit und Ausführbarkeit der Reform der großherzoglich bad. Amtsreg. zc. Freiburg 1835, enthält manche zweckmäßige Verbesserungsvorschläge. Leider ist von der gesetzgebenden Gewalt hierin noch nichts geschehen; aber Erwähnung verdient es, daß mehrere Amtsrevisoren des Landes seit dem Sommer 1836 einen Verein zum gegenseitigen Austausch der gemachten Erfahrungen gebildet haben und durch ein monatlich zweimal erscheinendes Blatt dieselben gemeinnütziger zu machen geneigt sind. Eine neue hierher einschlagende Verordnung vom 19. December 1837 bestimmt die Zuziehung von Zeugen bei Staatschreibereurkunden.

V. Sowie man in den meisten teutschen Staaten weniger von einem Criminalrechte, als vielmehr von einer Criminalwillkür reden kann, so beruht auch das badische Strafrecht nur auf wenig festen Gesetzen. Auch in Baden bildet die P. H. G. D. Kaiser Karls V. die Grundlage der Strafrechtspflege. Ein im Jahre 1807 erschienenenes, sogenanntes, die alte C. C. C. ergänzendes Strafedict²⁾ wurde selbst nach und nach durch Erläuterungen ergänzt, welche das Justizministerium im Jahre 1812 zusammenstellen und wiederholt im Ganzen verkünden ließ. Am besten findet man das Edict mit den Erläuterungen in der Ausgabe von Rhenanus (Junghanns), Mannheim 1823.

Von den einzelnen neueren strafrechtlichen Gesetzen verdienen Erwähnung: das vom 4. December 1823 über Jagdfrevel und Wilderei, vom 22. Juni 1826 über die Fälle, in welchen Arbeitshausstrafe erkant werden kann, und vom 28. Dec. 1831, ein Gesetz über Ehrenkränkungen und über die Widersetzlichkeit gegen die öffentliche Gewalt, sowie die Bestimmungen des Forstgesetzes von 1833 und des Zollstrafgesetzes von 1835, welches letztere aber auf dem Landtage von 1837 mehr mit gerechten Strafrechtsgrundsätzen in Einklang gebracht und als neues Werk am 3. August d. J. an's Licht getreten ist. Manche Bestimmungen dieses Gesetzes lassen sich nur durch die Rücksicht auf den Gesamtverein der Zollstaaten erklären, mit welchem die Regierung verschiedene Verpflichtungen eingegangen zu haben schien!

Seit mehreren Jahren ist übrigens die Gesetzgebungscommission mit Abfassung eines Strafgesetzbuches beschäftigt, und hat im Herbst 1836 einen großen Theil des Entwurfes mit Motiven gefertigt. (S.

2) Eine Kritik desselben siehe bei Mittermayer neuester Zustand der Crim. Gesetzgebung zc. (Heidelberg 1825) S. 5—7.

auch fortgesetzte Annalen der deutschen Criminalrechtspflege III. 1. Heft S. 1 fig. und Archiv des Crim.-R. N. F. 1837 S. 325—352.

Rühmlichste Erwähnung verdienen die seit einigen Jahren von dem Justizministerium herausgegebenen, mit Fleiß und Genauigkeit bearbeiteten Uebersichten der Strafrechtspflege, wovon die neueste 1838 erschienene das Jahr 1836 umfaßt.

VI. Das unter V. erwähnte Strafedict enthält zugleich auch Bestimmungen über den Criminalprozeß. Derselbe beruht auf dem gemeinrechtlichen schriftlichen und geheimen Untersuchungsverfahren. In allen Fällen führt das Amt die Untersuchung, in einigen urtheilt es auch; die eigentlichen Criminalgerichte erster Instanz sind aber die Hofgerichte, an welche die geschlossenen Acten zur Aburtheilung eingesendet werden. Die Berufung (Recurs zum Rechte, im Unterschiede von Recurs zur Gnade) geht seit dem Jahre 1836 unbedingt an das Oberhofgericht. Seit dieser Zeit ist zufolge einer Verordnung vom 18. Februar (als Gesetz verkündet am 3. August 1837) auch ein Staatsanwalt bei jedem Hofgerichte aufgestellt, um nöthigen Falles im Interesse der beleidigten bürgerlichen Gesellschaft an den obersten Gerichtshof zu recurriren. — Von Bedeutung ist endlich die Vorschrift des erwähnten neuen Gesetzes, wornach jedem Erkenntnisse in Strafsachen Entscheidungsgründe beizufügen sind. Von einzelnen Gesetzen sind hier noch zu erwähnen: eine Legationsinspektionsordnung vom 18. September 1803 nebst Nachtrag vom 19. October 1808; das Gesetz vom 5. Oct. 1820 über Aufhebung der Vermögensconfiscation, nebst Bestimmungen über das Austreten badischer Unterthanen; eine Verordnung vom 20. Febr. 1829 enthält Einiges über die formelle Behandlung der Untersuchungen, wozu eine am 10. Febr. 1830 erschienene Instruction für Gefangenwärter gehört. — Bemerkenswerth ist das Gesetz vom 25. Nov. 1831, wodurch die körperliche Züchtigung (Prügel) abgeschafft und Dunkelarrest und Hungerkost an deren Stelle gesetzt wurde.

Ein besonderes mehr auf Deffentlichkeit, Mündlichkeit und öffentliche Anklage gebautes Verfahren ordnet das Gesetz vom 28. December 1831 (Regierungsbl. 1832 Nr. II.) für die sogenannten Pressverfahren an. — Durch Gesetz vom 22. Juni 1837 (vgl. mit Verordnung vom 1. und 22. März 1838) ist endlich die Competenz der Gerichts- und Finanzbehörden in Bezug auf Untersuchung und Aburtheilung von Steuerdefraudationen und Uebertretungen von Ein-, Durch- und Ausfuhrverboten näher bestimmt. — Auch an diesem Theile der Gesetzgebung wird schon lange gearbeitet; allein der von der Gesetzgebungscommission gefertigte Entwurf ist noch nicht an's Licht getreten. Dringend ist aber das Bedürfniß einer neuen Strafprozeßordnung: nicht bloß Zeitschriften, sondern auch Beamte (s. bes. v. Sagemann über Deffentlichkeit des Strafverfahrens, Heidelberg 1835) und noch neuerdings die 2. Kammer der Ständeversammlung durch einstimmigen Beschluß in einer Sitzung vom Mai 1837 haben laut und vernehmlich dasselbe ausgesprochen. Es steht zu erwarten, daß die

nächste Zeit dem Bedürfnisse abhelfen und ein Verfahren mit sich bringen werde, in dem sich öffentlicher Ankläger und Vertheidiger öffentlich und mit mündlicher Rede gegenüberstehen, worin auch die Richter ein auf eigene Anschauung und Vernehmung des Angeeschuldigten und der Zeugen gegründetes Urtheil zu fällen im Stande sein werden.

VII. Das Heiligthum des badischen Staatsrechtes ist die Verfassungsurkunde vom 22. August 1818, ausgegangen von dem früh verstorbenen Großherzog Karl. Das Land ist dadurch unter eine constitutionell-monarchische Regierung mit zwei Kammern gestellt, für deren Zusammensetzung eine Wahlordnung vom 23. Dec. 1818 das Nähere anordnet. Die erste Ständeversammlung wurde am 23. März 1819 eröffnet, und das erste unter Mitwirkung der Landstände erlassene Finanzgesetz ist vom 17. Mai 1819. — Ueber die folgenden Landtage siehe auch Kottel im Staatslexikon II. Band Art. Baden.

Durch die Verfassungsurkunde §. 2 sind alle organische Beschlüsse der Bundesversammlung, welche die verfassungsmäßigen Verhältnisse Deutschlands oder die Verhältnisse deutscher Staatsbürger im Allgemeinen betreffen, für einen Theil des badischen Staatsrechtes erklärt, und werden darnach für alle Classen von Bundesangehörigen verbindlich, nachdem sie von dem Staatsoberhaupte verkündet worden sind. Die Quellen des badischen Staatsrechtes im engeren Sinne lassen sich aber auf folgende Hauptpunkte zurückführen.

1) Oben an zu stellen ist die Declaration vom 4. Oct. 1817, welche die Hausgesetze des badischen Fürstenhauses nebst den wichtigen Bestimmungen über Nachfolge und Untheilbarkeit des Landes enthält.

2) Für die persönlichen Verhältnisse der Staatsbürger, gegenüber der Gesellschaft, ist von Bedeutung das VI. Constit.-Edict über die Grundverfassung der verschiedenen Stände. Es enthält Capitel über fremde Schutzgenossen, Einsassen, Staatsbürger, Ortsassen, Frohndienstpflichtigkeit, Erbpflichtigkeit, Adel, Zünfte, Geschlechts-, Altersunterschiede u. s. w.

3) Ein besonderes Schicksal häufiger Veränderung haben die Rechtsverhältnisse des Adels erfahren. Hartnäckiges Festhalten am sogenannten historischen Rechte, gegenüber von ruhig vernünftiger Würdigung der Zeitverhältnisse bewirkten nicht bloß verschiedene Ansichten der Rechtsgelehrten, sondern auch häufigen Wechsel der Gesetzgebung. Die erste Bestimmung der Rechtsverhältnisse der privilegierten Adelsclassen des aufgehobenen deutschen Reiches wurde zu Zeiten des Rheinbundes nothwendig, und erfolgte in dem III. und IV. Constitutionsedict (Reg.-Bl. von 1807 Nr. 29 und 31) über die Standesherrlichkeit und Grundherrlichkeitsverfassung. In es wurde zu jenen Zeiten sogar durch Rescript am 14. Mai 1813 die Patrimonialgerichtsbarkeit geradezu aufgehoben. — Als aber Baden ein deutscher Bundesstaat geworden war, hielt man neue Bestimmungen für erforderlich, welche auch zuerst am 23. April 1818 gegeben, aber schon durch

Verordnung vom 16. April 1819 in Folge vielfacher Reclamationen abgeändert wurden (vgl. auch die 6 Hefte des damals erschienen Archives für standesherrliche Rechte). Allein auch hierbei blieb es nicht, sondern die großherzogliche Regierung schlug den Weg vertragsmäßiger Uebereinkunft mit den einzelnen Privilegirten ein, als dessen Ergebniß nach und nach die sogenannten Declarationen in dem Reg.-Blatte erschienen. Es sind dieß nach der Reihe der Data folgende: vom 12. Dec. 1823 über die Rechtsverhältnisse des fürstlich fürstenbergischen Hauses; v. 22. April 1824 der Rechtsverhältnisse der Grundherren³⁾, insbesondere der Reichsritterschaft der ehemaligen Ritterscantone Ortenau, Kreichgau, Obenwald und Hegau; vom 1. Juli 1824 der Standesherrschaft Zwingenberg (im Besitze der Markgrafen von Baden); vom 6. Oct. 1825 des Fürsten von Salm-Krauthelm; vom 2. März 1826 von Leiningen-Billingheim und Leiningen-Neudena; vom 23. Juni 1827 von der Grafschaft Salem und Petershausen (im standesherrlichen Besitze des Regenten); vom 7. Oct. 1830 des fürstlichen Hauses von der Leien, als Besitzer der Grafschaft Hohengeroldseck. Aber keine dieser Declarationen ist unter verfassungsmäßiger Zustimmung der Ständeversammlung zu Stande gekommen! — Eben dieses Erforderniß fehlt auch den Verordnungen v. 11. und 22. März 1833 über die Rechtsverhältnisse von Löwenstein-Wertheim und Fürstenthum Leiningen, gegen welche Verordnungen die genannten adeligen Häuser noch überdieß selbst Einsprache erhoben.

4) Ueber die Verhältnisse, welche aus der Vereinigung Mehrerer zu bestimmten Zwecken unter öffentlichem Ansehen sich ergeben, ist besonders das II. Constitutionsedict (Reg.-Bl. 1807 Nr. 86) maassgebend. Es betrifft die Verfassung der Gemeinheiten, Körperschaften und Staatsanstalten. — Das Recht der freien Theilnahme an Vereinen und Volksversammlungen ist durch Geseze vom 26. Oct. und 15. Nov. 1833 ausgesprochen, wogegen die Staatsgewalt alle solche Vereine oder Versammlungen, wenn sie bestehen, aus Gründen des öffentlichen Wohles auflösen kann.

5) Nach §. 19 der Verfassung sind die politischen Rechte der drei christlichen Religionstheile gleich, dagegen werden die Juden noch nach einem Edicte vom 13. Januar 1809 beurtheilt, welches damals schon denselben eine völlige politische Gleichstellung in Aussicht gab, wenn sie in politischer und sittlicher Bildung den übrigen Staatsbürgern gleichzukommen bemüht sein werden.

6) Die Rechtsverhältnisse der weltlichen Civilstaatsdiener beruhen dormalen auf einem Edicte vom 30. Januar 1819. Hierzu kommt ein Gesez vom 5. Oct. 1820 über die Verantwortlichkeit der Minister, und ein für die würdige Dienstverwaltung sehr förderliches

3) Ein Verzeichniß der für die Wahlen in die 1. Kammer stimmberechtigten Grundherren findet sich z. B. bei der Einladung zur Wahl im Reg.-Blatte von 1835 Nr. 3. vergl. auch Peunisch Beschreibung zc. S. 14.

Gesetz vom 28. August 1835 über die Ruhegehälter der niederen Civilbiener. (Ueber Zugskostenvergütung, s. Verordnung v. 25. Novem- ber 1837.) Sehr wohlthätig ist auch das Gesetz vom 28. Juni 1810 über Errichtung der allgemeinen Civilbiener-, Wittwen- und Waisen- casse. — Seit 1831 ist endlich in den jedesmaligen Finanzgesetzen die anderwärts übliche Trennung eines Standes- und Functionsgehaltes der Staatsbiener angenommen worden.

7) Die Bedingungen der Militärpflichtigkeit, welche früher auf den zur Kriegszeit erlassenen Verordn. v. 13. Febr. und 18. März 1808 beruhten, schreibt jetzt ausführlich vor das Conscriptionsge- setz vom 14. Mai 1825 mit Nachträgen vom 14. Mai 1828, 26. Mai und 28. August 1835. Für die gleichmäßige Durchführung dies- ses Gesetzes sorgt eine Vollzugsverordnung v. 19. Juni 1825. — Von großem Vortheile für das würdige, weniger durch Nahrungsforgen ge- trübte Auskommen älterer Militärdiener sind die Gesetze vom 31. Dec. 1831, und 3. Aug. 1837 über die Ruhegehälter der Officiere und Un- terofficiere.

Uebrigens ist außerdem die Verbindlichkeit des Staatsbürgers zu persönlichen Dienstleistungen wesentlich erleichtert durch die mittelst Gesetz v. 28. Mai 1831 erfolgte unentgeltliche Aufhebung der Straßenbau-, Militär- und Gerichtsfrohnen, sowie schon durch Verordnung vom 9. Sept. 1808, und 22. August 1810 (vergl. mit Verordn. vom 16. Dec. 1803), für mögliche Abzugsfreiheit gesorgt ist. Siehe auch Staatsverträge darüber.

Zur Erläuterung des Staatsrechtes dienen außer den Gesetzen und einzelnen gerichtlichen Entscheidungen (besonders in Sachen zwis- chen dem Fiskus und Adel) vorzüglich die von jeder Ständeversamm- lung von 1819 amtlich herausgegebenen Landtagsverhandlun- gen, in welchen die meisten staatsrechtlichen Verhältnisse schon zur Sprache kamen. (Siehe von Rotteck's Archiv für landständische An- gelegenheiten, 2 Bände, und dessen zuletzt 1836 herausgegebene Ge- schichte der Landtage von 1819—1831.)

Eine Sammlung der Staatsrechtsquellen, deren erweiterte Wieder- holung mit Rücksicht auf die neuere Zeit wünschenswerth wäre, hat im Jahre 1822 Duttklinger herausgegeben, und von einer geschichtlichen Entwicklung des Staatsrechtes des Großherzogthums Baden von E. J. J. Pfister ist 1836 der erste Band erschienen, welche die äußeren Staatsverhältnisse und die Verfassung des Regentenhauses be- handelt.

VIII. Für die Beziehungen des badischen Staates und seiner An- gehörigen zu auswärtigen Staaten sind, als Quelle des Völker- rechtes die verschiedenen Staatsverträge von Einfluß, wovon mehrere, welche die Territorialverhältnisse betreffen, schon zu Anfang dieses Artikels (s. S. 561) erwähnt wurden. — Außerdem sind noch Staatsverträge über folgende Gegenstände eingegangen: 1) über Zoll- und Handelsverhältnisse mit Würtemberg vom 25. Januar und 15. April 1836 mit Großh. Hessen vom 2. Febr. 1826, und mit der

Schweiz (s. Rgierungsbl. 1827 Nr. 4 und 1828 Nr. 8). Durch den 1835 erfolgten Beitritt Badens zum deutschen Zollvereine sind aber diese Verträge zum Theil außer Wirksamkeit gekommen. Von Bedeutung ist aber stets die Rheinschiffahrt-Convention vom 31. Mai 1831, welche in Baden am 20. Juni bekannt gemacht wurde. (S. wegen Vertrag über den Neckarzolltarif von 1835 im Regierungsbl. 1837 Nr. 23. Ueber Verkehr mit Holland R. Bl. 1837. S. 336, mit Hannover, Oldenburg und Braunschweig R. Bl. 1838. S. 17 fig.)

2) Cartelconventionen wurden früher mit einzelnen Staaten wie mit Preußen am 30. Juli 1819 und mit Oesterreich am 30. Juli 1829 eingegangen. Am 3. Mai 1829 ist aber Baden der allgemeinen Cartelconvent unter den deutschen Bundesstaaten beigetreten.

3) Die Staaten, mit welchen Verträge über gegenseitige Aufhebung des Abzugsrechtes geschlossen sind, siehe bei Finck Repertor. voce Abzug. — Solche bestehen auch mit mehreren nicht-deutschen Staaten, z. B. mit Rußland am 20. Mai 1825, mit Nordamerika 1817 und mit sämmtlichen Schweizer Cantonen nach Vertrag v. 24. Febr. und 20. Nov. 1821, vergl. mit Vertrag v. 6. Febr. 1804, auch mit Griechenland R.-Bl. 1835 Nr. IX, aber leider nicht mit England!

4) Für Polizei- und Strafrecht werden wichtig die Verordnung vom 4. Januar 1828 mit Preußen über Verhinderung des Nachdruckes, die über Bestrafung der Forstfrevler in Grenzwaldungen nämlich mit Großh. Hessen, 4. Jan. 1822, und dazu Nachträge vom 11. Juli 1827, 9. Aug. 1830 und 10. Juli 1831, mit Württemberg 10. Dec. 1823 und mit Bayern v. 9. Dec. 1832, mit demselben Staate vom 26. Oct. 1824 über Auslieferung der Salzeinschwärzer; ferner ein Vertrag v. 8. Nov. 1816 über Abnahme der Landstreicher und Ausgewiesenen, zuerst mit Bayern und Württemberg abgeschlossen, worauf am 10. Oct. 1817 Großh. Hessen und am 7. April 1818 Hohenzollern-Sigmaringen denselben beigetreten sind; endlich über Auslieferung der Verbrecher mit Frankreich Vertrag von 1812, mit der Schweiz vom 24. Februar und 20. Nov. 1821, gl. mit 30. August 1808.

5) Ueber die gegenseitigen Gerichtsverhältnisse sind gleichfalls nur mit einigen Staaten Verträge eingegangen, z. B. über Insinuationen (s. hac. v. bei Finck), mit Bayern vom 16. Januar 1818, mit Preußen neuester Vertrag vom 6. Febr. 1835; zugleich über andere Punkte mit Württemberg vom 3. Jan. 1826 (vgl. mit Verordn. vom 14. Juli, 16. Oct. und 17. Nov. 1818 und über Rechtspflege in dem Condominatorte Widdern vgl. R.-Bl. 1821 Nr. IV. mit Hohenzollern-Sigmaringen vom 12. Sept. 1827, dazu Auslegung vom 6. Juli 1835, mit Großh. Hessen 5. Mai 1813, 9. Sept. 1817, insbesondere über gegenseitige Urtheilsvollziehung vom 19. März 1829 und 14. April 1831, und über Rechtspflege in Condominatorten vom 21. December 1833, mit Oesterreich über gleichen Urtheilsvollzug vom 5. Jan. 1819, und mit der Schweiz über Concursrechtsgleichheit und

wechselseitiges Heutathen Vertrag v. 7. Juli und 23. Aug. 1808, vgl. mit Vertrag vom 24. Februar und 21. Nov. 1821. —

IX. Im badischen Kirchenrechte ist als Hauptquelle das 1. Const.-Edict vom 1. Aug. 1807 über die kirchliche Verfassung voranzustellen; von einzelnen Gesetzen sind zu erwähnen: die Eidesordnung vom 24. Mai 1802 (publ. Reggsbl. 1803 Nr. 1 bis 7); Verordn. vom 9. Nov. 1807 über Kirchenöconomicommissionen, vom 24. März 1808 über Ausübung der Kirchenlehensherrlichkeit und vom 26. April 1808 über Kirchen- und Schulhausbaulichkeiten (das sogenannte Bauedict). (Zum Nachschlagen dient den Behörden u. A. das Kirchenlexikon von Müller in Würzburg.)

Ueber die besondere Organisation der Katholischen Kirche ist von Bedeutung die katholische Kirchencommissionsordnung von 1803, zuletzt mit Erläuterungen von Sing 1831 herausgegeben. Die Hauptquelle des katholischen Kirchenrechtes ist auch in Baden das ius canonicum. Als particularrechtliche Quellen sind aber hervorzuheben: die päpstlichen Bullen vom 16. August 1821, Provida solersque etc. und vom 11. April 1827, Ad domaninici gregis custodiam etc. Beide bei Gelegenheit der Errichtung des Erzbisthums Freiburg im Reggsbl. von 1827 Nr. 23 von der Regierung bekannt gemacht. (S. auch Verordn. v. 30. Jan. 1830.) Interessant ist auch die Verordnung vom 16. Sept. 1811 über die noch bestehenden katholischen Frauenklöster, oder vielmehr die weiblichen Lehr- und Erziehungsinstitute, indem durch diese Verordnung blos zeitliche Gelübde als zulässig erklärt sind.

Für das protestantische Kirchenrecht ist besonders die Urkunde vom 23. Juli 1821 über Vereinigung der beiden evangelischen Kirchen im Großherzogthum Baden nebst Beilagen von Wichtigkeit; auch sind im Regierungsblatt von 1835 Nr. 27 die zur allgemeinen Kunde gebrachten Beschlüsse der evangelischen Generalsynode vom Jahre 1834 nicht zu übersehen. — Eine Zusammenstellung sämtlicher Gesetze und Verordnungen über das evangelisch-protestantische Kirchen-, Schul-, Ehe- und Armenwesen ic. hat Niegger in 2 Bände gegeben.

Auch für das jüdische Kirchenrecht haben wir endlich Quellen: es lassen sich die Verordn. v. 4. Mai 1812 über das jüdische Kirchenregiment, vom 6. März 1813 über Judeneide, vom 5. und 13. März 1827, den jüdischen Oberrath betreffend, und vom 15. Mai 1833 über die Synagogenräthe hierher rechnen.

X. Wenn man auch die Gesetze, welche die Durchführung des Staatszweckes in einzelnen Kreisen der Gesellschaft näher bestimmen, in das Gebiet des öffentlichen Rechtes ziehen kann, so gewähren sie doch so viel eigenthümliche Seiten, daß man sie zur besseren Uebersicht als einen besonderen Rechtstheil auffaßt. Dieses sogenannte *Verwaltungsrecht* muß um so mehr für sich aufgefaßt werden, als man noch stets bemüht ist, die Grenzen der Thätigkeit zwischen Gerichten und Verwaltungsbehörden näher zu bestimmen. (S. darüber für Ba-

den v. Weller über Verwaltung und Justiz und die Grenzlinien zwischen Weibern, 2. Ausg. 1830.)

Die oberste Verwaltungsbehörde ist in Baden wie anderwärts das Ministerium des Innern (welches selbst unter dem die Gewalt vereinigenden Staatsministerium steht). Dem Ministerium sind für einzelne Verwaltungszweige (wie Forst-, Sanitäts-, Straßenbauwesen u. s. w.) besondere Directionen oder Sectionen beigegeben. Eine früher bestehende sogenannte Staatsanstaltencommission wurde am 17. Febr. 1831 aufgelöst.

Die zweite Instanz in Verwaltungssachen bilden die vier Kreisregierungen, deren jede an denselben Orten, wie die Hofgerichte ihren Sitz hat. — Dagegen ist in der ersten Instanz die Justiz noch nicht von der Verwaltung getrennt, indem beide Geschäftszweige von den Aemtern besorgt werden. Bestimmungen über Recurse in Verwaltungs- und Polizeisachen gibt eine Verordnung vom 14. März 1833.

Ueber den Mechanismus der den Verwaltungsbehörden obliegenden Geschäftsthätigkeit existirt keine allgemeine Dienstweisung, wenn man nicht etwa die Verordn. vom 21. Aug. 1810 über die Geschäftstabellen hierher rechnen will; das Meiste beruht auf schriftlichen Anordnungen und Herkommen. — Dagegen besteht über den Wirkungskreis sämtlicher Landesbehörden ein ausführliches Organisationsedict vom 26. Nov. 1809, mit großen Beilagen A—F; doch sind durch spätere Gesetze und Verordnungen (z. B. die vom 17. Januar 1822) hierin mehrfache Abänderungen getroffen, so daß man über Kompetenzbestimmungen im einzelnen Falle oft erst an vielen Orten nachzuschlagen hat, ehe man das wirklich Geltende findet. — Die folgende Ueberschrift des Verwaltungsrechtes zählt nun die in den Kreis der Verwaltungsbehörden dormalen gehörenden Hauptgegenstände auf, und benennt die hier einschlagenden Gesetze.

1) Einer der wichtigsten hierher gehörenden Gegenstände, das Recht der Gemeinden, beruhte früher nur auf einzelnen Bestimmungen des schon erwähnten 2. Const.-Edictes von 1807, sodann auf einer Verordnung vom 1. Febr. 1809 über Ortsassenrechte, und ein provisorisches Gesetz v. 23. August 1821 über die Gemeindeauschüsse. Außerdem hatte man ein noch geltendes, sehr wohlthätiges Gesetz v. 3. Oct. 1811 über die Vogt- und Ruggerrichte. (Gerichtsvisitationen.) — Dagegen erfuhr dieser Theil der Gesetzgebung eine neue Gestaltung auf dem Landtage von 1831, als dessen Ergebnis eine auf vernünftige Selbstständigkeit unter Aufsicht des Staates und zweckmäßig gleichförmige Verwaltung berechnete Gerichtsordnung mit Anfangstermin vom 23. April 1832 und ein möglichste Gleichheit und Aufhebung früheren Gerichtszwanges bezweckendes Gesetz über Erwerb u. s. w. des Bürgerrechtes erschienen. Bald folgte eine Verwaltungsverordn. v. 1. Juni 1832 über die Wahlformen nach, und jedes Jahr hat seither zur Vergrößerung des codex iuris communalis seine Beiträge geliefert. So erschien 1832 noch eine Instruction vom 8. Oct. 1832 über Fertigung der Gemeindevoranschläge (Bedürfnissetatsbudgets), und eine vom 16.

Nov. über öffentliche Vorladung zu Gemeindeversammlungen. So fertete das Jahr 1833 eine Geschäftsordnung (vom 6. April) für Gemeindeversammlungen und große Ausschüsse, eine Verordn. v. 17. Juli über Competenz in Gemeindefachen und Zahl der Instanzen, und ein provisorisches Gesetz vom 4. Dec. über Einführung eines Censur der Wähler und Einteilung der Gemeinden in Wahlbezirke.

Im Jahre 1834 erfolgte eine Verordnung vom 6. März über offene Abstimmung und vom 14. Juli über Rechtsstreitigkeiten der Gemeinden, sodann 1835 eine Verordn. vom 26. Oct. über Gebührenbesatz der Gerichtsbeamten, und endlich 1836 eine Verordn. v. 13. März über Veräußerungen von Gemeinbewaldungen, vom 2. Dec. über Anlage und Führung von Bürgerbüchern, und vom 22. Dec. über Gemeindepolizei; 1837 vom 22. Sept. über Rechtsverhältnisse der Colonien, vom 20. Oct. über Abgaben eines aufgenommenen Bürgers zu Localanstalten.

Aber es erschienen nicht bloß erläuternde Verordnungen; leider mußte das noch allzu neue Gesetz auch schon zweimal wesentliche Änderungen erfahren. Die erste geschah durch ein Gesetz vom 28. August (nebst Verwaltungsverordn. vom 24. Oct. 1835 und v. 20. Oct. 1837); es wurde dadurch ein anderer Maßstab für die Bestreitung der Gemeindebedürfnisse angeordnet. Für diese Aenderung schienen wenigstens Gründe der Billigkeit zu sprechen; nicht ebenso dürfte die bei der zweiten durch Gesetz v. 3. Aug. 1837 (und dazu Instr.-Verordn. v. 15. Sept.) getroffenen Modification der Fall sein, wodurch das nach der Gerichtsordnung der ganzen Gerichtsversammlung zustehende Recht, den Bürgermeister und die Gemeinderäthe zu wählen, nebst anderen Befugnissen einem großen Ausschuss übertragen wird, bei dessen sehr künstlicher und weitläufiger Zusammensetzung aus drei verschiedenen Classen der Bürger (Höchst-, Mittel- und Niederstbesteuerter), das Geldvermögen einen ungeeigneten Einfluss äußert. — Von der Gerichtsordnung und dem Bürgergesetze erschienen mehrere Ausgaben; eine der neuesten von 1836 enthält alle bis dahin darüber ergangenen Verordnungen im Anhang. Sogen. Erläuterungen zur Gerichtsordn. aus den damaligen Landtagsverhandlungen wurden 1832 herausgegeben.

2) Auch das Stiftungswesen ist durch besondere Bestimmungen geregelt. Ueber die Verwaltung der katholisch-kirchlichen und weltlichen Local- und Distriktsstiftungen ist eine Verordn. v. 21. Nov. 1820 maßgebend, welche aber erst 1837 im Reggsb. Nr. 1 bekannt gemacht wurde; ebenso wurde die Verordn. vom 10. Mai 1825 über Verwaltung der evangelisch-protestantischen Stiftungen erst 1828 im Reggsb. Nr. 21 veröffentlicht. — Die neueste Verordnung über Verwaltung kirchlicher und weltlicher Stiftungen ist v. 10. April 1833. — Dazu gehören eine Verordn. vom 22. Mai 1834 über das Rechnungsweisen der Stiftungen, und eine vom 18. Dec. desselb. J. über Superrevision der Stiftungsrechte. — Die Oberaufsicht über die Stiftungen führen die beiden unter dem Ministerium des Innern stehenden (katholischen und evangelischen) sogenannten Kirchensectionen;

ein Matrikel dieser Stiftungen wurde im Regierungsblatte von 1835 Nr. 4. bekannt gemacht.

3) Auch über das Forstwesen wurde die Gesetzgebung erst in neuerer Zeit vervollständigt. Während früher nur einzelne Verordnungen (z. B. vom 23. März 1804 über den Geschäftskreis der Forstbehörden u. A.) vorhanden waren (vergl. übrigens die Forst- und Jagdgesetzgebung des Großherzogthums Baden von Behlen und Lauroy 1827), kam auf dem Landtage von 1831 zuerst das Gesetz vom 28. Dec. j. J. (statt des provisorischen v. 12. Febr. 1821) über Beförderung der Privatwaldungen zu Stande. Wichtig aber noch ist in dieser Hinsicht das Ergebnis des Landtages von 1833, in Folge dessen im Reggsbl. 1834 Nr. 2. ein ausführliches Forstgesetz über Forstpolizei, Forstberechtigungen und Bestrafung der Waldfrevel erschien. Außer der dazu gehörenden Vertragsverordnung vom 11. April 1834 über Aufstellung von Waldschützen wurden noch mehrfache Punkte durch Verordnungen näher bestimmt. So wurde durch Verordnung vom 1. Mai 1834 eine eigene Forstpolizeidirection errichtet, durch Verordnung vom 30. August 1834 eine Löschordnung bei Waldbränden gegeben, durch eine vom 15. Sept. 1834 und vom 21. Oct. 1837 der Vollzug der in Forstfachen ergehenden Erkenntnisse geregelt, wozu noch die Verordnung vom 14. Nov. 1834 kommt, über Vermessung, Vermarkung und Beschreibung der Waldungen. Von der Ausbildung der Forstcandidaten handeln Verordnungen vom 15. Jan. und 16. Sept. 1835, und endlich ist noch die Verordnung vom 1. Febr. 1836 über Bewirthschaftung der Gemeinde- und Körperschaftswaldungen zu erwähnen.

5) Ueber Straßenbauwesen und Straßenunterhaltungsverbindlichkeit ist die erste Verordnung vom 7. Mai 1810. Ausführlichere Bestimmungen trifft die Verordnung vom 15. Juli 1823 über centralisirte Leitung des Straßenbaues. Sonst ist die neueste Verordnung vom 6. April 1837 über Ausbildung der Ingenieure hierher zu rechnen, sowie etwa die frühere (v. 26. August 1717) über das Pflanzen der Bäume längs der Landstraßen, und das neueste vom 3. August 1837 über die Radfelgenbreite. — Eine eigenthümliche und neue Entwicklung ist diesem Verwaltungszweige durch die zunehmende Ausbreitung der an der Tagesordnung befindlichen Mittel schnellerer Beförderung vorbehalten. Drei Gesetze vom 29. März 1838 über eine das Großherzogthum der Länge nach durchziehende, auf Staatskosten zu erbauende Eisenbahn sind das Ergebnis eines außerordentlichen Landtages.

6) Der neueste der Oberraufsicht der Verwaltungsbehörden übertragene Gegenstand, welchen die Gesetzgebung näher ordnete, ist das Unterrichtswesen. a) Das Studium auf hohen Schulen ist schon durch Verordnung vom 1. und 7. Mai 1810 näher bestimmt; auch wurde in einem Gesetz vom 23. Mai 1822 nebst Instr.-Verord-

nung vom 13. Mai und 5. Februar 1824 der Grundsatz möglicher Studienfreiheit anerkannt. Zwar existirt eine Verordnung vom 31. Juli 1823 über die Schulden der Akademiker, aber die eigentlichen Disciplinavorschriften für die beiden Landesuniversitäten (Heidelberg und Freiburg) sind in besonderen, vom Ministerium erlassenen sogenannten akademischen Gesetzen (Statuten) enthalten; der neueste Theil (von 1835) derselben ist merkwürdig durch den freien Spielraum, der darin dem Ermessen der Universitätsbehörden (besonders dem Amte) gelassen ist. — Durch Verordnung vom 25. Jan. 1838 wurde ein evangelisches Predigerseminar errichtet. — b) Ueber die Mittelschulen (Gelehrtenschulen, Lyceen, Gymnasien, Pädagogien) erging eine Verordnung vom 31. Dec. 1836 (s. Reggsbl. von 1837 Nr. 8). c) Ueber das Volksschulwesen existiren dagegen drei Verordnungen vom 15. Mai 1834, besonders über deutsche Schulen, Realschulen (höhere Bürger- und Gewerbschulen), nebst Schulordnung und Schulplan, wozu eine Verordnung vom 1. August 1836 über Industrieschulen kommt. — Von großer Wichtigkeit ist auch das Gesetz vom 28. August 1835 (Reggsbl. Nr. 45) nebst Verwaltungsverordnung vom 4. Dec. 1835 und Verordnung v. 17. und 29. März, 7. Juli und 2. Aug. 1836, über Dienstgehalt und Versorgung der Schullehrer und ihrer Angehörigen, durch welches Gesetz diesem, wegen des Einflusses der Jugendbildung auf das ganze Staatsleben so bedeutenden Stande eine angemessene Stellung zu sichern bezweckt ist. — Die unter b und c genannten Schulen sind neuerdings durch eine Verordnung vom 21. April 1836 unter die Aufsicht einer eigenen Behörde, des sogenannten Oberstudienrathes gestellt. — Auch sind seither einzelne Verordnungen über Classeneintheilung, Schullehrerconvente u. dgl. ergangen. — Von einer unter dem Titel „Volksschulgesetzgebung“ von Eller erscheinenden Sammlung ist bis jetzt das 2. Bändchen angefündigt.

XI. Im Finanzrechte verdienen mehrere Verordnungen eine ausgezeichnete Beachtung, da durch die darauf gegründete Verwaltung der Finanzzustand des Landes stets sich mehr und mehr hebt. Schon die erste öffentliche Darlegung der Finanzverhältnisse des Landes und die Begründung eines einfachen Steuersystemes in Kriegszeiten, mit Errichtung einer Amortisationscasse, wie dies in einer Verordnung vom 31. August 1808 mit Beilagen und in einem Nachtrage vom 23. Jan. 1809 geschah, bleibt stets wichtig. Seither hat sich aber das Ganze ausgebildet, wobei nur der sehr häufige Wechsel bei einzelnen Finanzmaßregeln und eine Anhäufung von Verordnungen zu bedauern sein möchte.

1) Vor allem ist das Rechnungswesen (vergl. die markgr. badiſche revidirte und erneuerte Rechnungsinstruction von 1776) jetzt durch mehrere Vorschriften geregelt, wovon besonders zu nennen sind: die vom 16. März 1819 über Rechnungsrevisionen; vom 2. Juni 1820 über Decreturen und Notabilienbücher; vom 12. Februar 1821 über

Rechnungsstellung und Abhör. — An der Spitze des Rechnungswesens steht die sogenannte *Oberrechnungskammer*, deren Wirkungskreis noch durch Verordnung vom 11. Oct. 1832 näher bestimmt ist. — Die Leitung des gesammten Finanzwesens steht übrigens unter einem *Finanzministerium*, welchem als *Specialsectionen* eine sogenannte *Steuerdirection*, *Hofdomänenkammer* &c., und jetzt auch eine *Zolldirection* untergeben sind, welche zugleich die *Mittelbehörden* in Finanzsachen bilden. Außerdem ist das ganze Land in *Hauptsteuer- und Zollämter*, *Oberannahmereien* und *Domänenverwaltungen* eingetheilt.

2) Ueber die *Staatsausgaben* existiren wenig besondere Gesetze, da dieser Punct alle zwei Jahre für sämtliche Zweige der Staatsverwaltung unter Zustimmung der *Landstände* durch das *Finanzgesetz* oder *Budget* (die neuen siehe im *Reggsbl.* 1837 S. 157 — 170) bestimmt wird. — Doch ist hier das *Diäten- und Besoldungsreglement* vom 30. Juli 1804, und aus neuerer Zeit das *Gesetz* vom 2. Nov. 1831 über die *Civilliste* zu erwähnen. — Bemerkenswerth ist hinsichtlich der *Staatsausgaben* insbesondere der auf dem *Landtage* von 1831 über das *Budget* erstattete *Commissionsbericht*, da damals die meisten *Verhältnisse* neu in Frage gestellt wurden und auf diese Arbeit sich die folgenden seither erstatteten *Budgetberichte* gründen.

3) Dauerhafter ist dagegen die *Art und Weise* bestimmt, wie und von welcher Seite die zur *Bestreitung* der Ausgaben *nothwendigen Einnahmen* herbeizuschaffen sind.

A. Die *Gesetze*, welche die *reine Vermögenssteuer* betreffen, sind hier die *Grundsteuerordnung* vom 20. Juli 1810 und die *Häusersteuerordnung* vom 18. Sept. 1810, sodann das *Gesetz* vom 6. Jan. 1812 über die *Patentsteuer* vom *Weinhandel*, nebst *Vertragsverordnung* vom 24. Jan. 1812 und ein *Nachtrag* vom 7. Febr. 1814; — ferner die *Gewerbsteuerordnung* vom 6. April 1815 und endlich das *Gesetz* v. 31. Oct. 1820, nebst *Verwaltungsverordnung* v. 14. Nov. dess. J. und 5. Januar 1821 über die sogenannte *Classensteuer*. Es ist dieß eine *Besoldungssteuer* oder *Abgabe* von *persönlichem Erwerbe*, welche diejenigen zu leisten haben, die (wie *Künstler, Gelehrte* u. s. w.) nicht unter die *Gewerbsteuer* fallen. Ein neues *Gesetz* vom 10. Juli 1837 hat hier einen *erleichternden Besteuerungsmaßstab* eingeführt; eine 1815 vorübergehend angeordnete *Capitaliensteuer* hat nicht lange bestanden.

Umfassendere *Steuer Gesetze* sind noch die *Verordnung* v. 11. Juli 1817 über *Steuerperäquation* zur *Erledigung* der *Beschwerden* über die *Steuervertheilung*, mit der neuen *Verordnung* über denselben *Gegenstand* vom 7. Juni 1828; dann die *Steuerexecutionenordnung* vom 8. Juli 1817 und eine *Verordnung* vom 1. (8.) Juli dess. J. über *Steuernachlässe*. Eine *Zusammenstellung* mehrerer über das *Ab- und Zuschreiben* und die *Erhebung* der *directen Steuern* *ergangener Instructionen* enthält eine *Verordnung* vom 1. Nov. 1825 (s. auch eine 1827 herausgegebene *Sammlung* der *Verordnungen* und *Instructionen* über die *directen Steuern*).

B. Unter den Gesetzen über Verbrauchsteuern sind hervorzuheben; die Accis- und die ehemalige Zollordnung vom 2. Jan. 1812 nebst der die Wirthschaft betreffenden Ohmgeldordnung vom 6. Mai 1812. Den Accis betrifft a) die Consumtion (hier besonders Wein, Bier, Branntwein, Essig, Früchte und Schlachtvieh), und b) die Eigenthumsveräußerung oder Veränderung bei Liegenschaften, überhaupt den Uebergang von Vermögen durch Verträge oder Vererbung von einer Hand in die andere. An der genannten Accisordnung wurde jedoch schon viel geändert. Außer einem Gesetze vom 14. Mai 1828 über Accisfreiheiten traf ein anderes vom gleichen Datum abweichende Bestimmungen über die Fleischaccise. Lange war, wie auch aus der Verordnung vom 10. und 26. Mai 1832 und dem Gesetze vom 13. Juli 1833 zu ersehen ist, ein Schwanken über die Erhebungsart. Nachdem es den Messgern eine Zeit lang freigestellt war, die Abgabe nach dem Gewichte, nach der Stückzahl oder in Ubersen zu bezahlen, entschied endlich das Gesetz v. 26. Mai 1835 (mit Verwaltungsverordnung vom 10. Dec. 1835) für die Entrichtung nach der Stückzahl. — Für die Leichtigkeit des Verkehrs ist es wichtig, daß das nach einem Gesetze vom 3. Oct. 1820 eingeführte Chausseegeld im Jahre 1830, bald nach dem Regierungsantritte des Großherzogs Leopold, aufgehoben wurde. — Auch die Hundetare wurde durch ein Gesetz vom 31. Oct. 1833 (nebst Verwaltungsverordnung vom 6. Juni 1834) herabgesetzt. In neuester Zeit wurde noch die Erhebung des Branntweinkesselfeldes durch Gesetz v. 22. Juni 1837 (s. dazu Verwaltungsverordn. vom 12. Oct.) vereinfacht. (Vergl. hiermit über Erhebung der Bieraccise Reggsbl. von 1837 S. 360.)

Am folgereichsten ist aber unter den in diese Rubrik gehörenden Gesetzen der am 16. Mai 1835 von Baden mit den übrigen Staaten des deutschen Zollvereines abgeschlossene Zollvertrag, welcher auf dem Landtage jenes Jahres für 6 Jahre die Genehmigung der Stände erhielt, und am 10. August seine Wirksamkeit begann. An die Stelle des früheren mildereren, freien Verkehrs möglichst begünstigenden, selbstständigen badischen Zollsystems, ist jetzt der strengere, die Vereinsstaaten nach Außen mehr abschließende, allgemeine Vereinszolltarif mit höheren Zollsätzen getreten. Mit ihm zugleich wurden auch im Ganzen die Vereinszollordnung nebst Zollcartell- und Zollstrafgesetz angenommen. Ein wichtiges, damals zugleich ergangenes badisches Gesetz ist aber das vom 28. Aug. 1835 über das Recht der Grenzaufsichtsbeamten zum Waffengebrauche. Auch verdient die Maßregel Beachtung, wodurch damals bei vielen Steuerpflichtigen die Bedenklichkeiten wegen Vertheuerung der Colonialwaaren zc., wenn nicht gehoben doch gemindert wurden. Durch ein Gesetz vom 28. Aug. 1835 (wiederholt am 10. Juli 1837) wurde nämlich angeordnet, daß wegen der höheren Zolleinnahme jedem Gewerbsmanne an seinem Gewerbesteuercapital für die folgende Budgetperiode 300 fl. abgeschrieben werden sollen.

C) Ueber die Abgaben, welche dem Staate für eine un-mittelbare Gegenleistung entrichtet werden (Gebühren im en-

geren Sinne) entscheiden zum Theil auch gesetzliche Vorschriften. — So richteten sich die Gerichtsgebühren nach einer Tarfportel- und Stempelordnung vom 23. Oct. 1807, welche nur in einzelnen Punkten verändert wurde. Eine gute Controle, wenn auch mehr Schreiberei, wurde in diesem für die Reinheit des Richteramtes so bedeutenden Zweige durch eine Verordnung vom 20. März, nebst ausführlichen Instruktionen, und einen Nachtrag vom 18. Mai 1835 dadurch bewirkt, daß vom 1. Mai 1834 an der Ansat der aus der Rechtspflege und Administration herfließenden Staatseinnahmen an Taxen, Sporteln und Stempelgebühren und Geldstrafen bei den Gerichten und Verwaltungsbehörden gelassen, dagegen die Erhebung dieser Einnahmen an die Finanzbehörden überwiesen wurde. — Eine zweite hierher gehörige Einnahmsquelle bildet das Postwesen. Während früher (s. noch Verordnung vom 25. Sept. 1806) auch in Baden der Fürst von Thurn und Taxis Erblands-Postmeister war, kam dieser Regierungszweig im Jahre 1811 in landesherrliche Verwaltung, welche eine seit 1820 unter dem Ministerium der auswärtigen Angelegenheiten stehende großherzogl. badische Oberpostdirection verwaltet. — Neuere hierher bezügliche Verordnungen sind die vom 13. Febr. 1834 über Vorbereitung der Postbeamten, vom 11. August 1834 über Posttaxen und v. 20. Sept. dess. J. über unbestellbare Brief- und Fahrpoststücke. — Wie anderwärts ist auch in Baden die Salzbereitung Hoheitsrecht; von großer Erleichterung für den gemeinen Mann ist hier die durch Gesetz vom 11. Juli 1833 erfolgte Herabsetzung des Salzpreises (das Pfund Kochsalz kostet nur 3 Kr.). — Ueber das Bergwerkregal siehe kurpfälz. Bergordnung, auch bei v. d. Nahmer Sammlung S. 781.

4) Ueber das Staatsschuldenwesen endlich vergl. man außer den aufgehobenen Verordnungen vom 10. Oct. 1806, 18. Nov. 1808 u. N., die noch geltenden Gesetze vom 3. Oct. 1820 über Einwirkung des ständischen Ausschusses bei Staatsanlehen, und v. 31. Dec. 1831 (nebst kleinen Abänderungen vom 22. Juni 1837) über Verfassung und Verwaltung der Amortisations- (Staatsschulden-Zilgungs-) Cassé. — Die durch Verordnung vom 27. Mai 1836 in's Leben gerufene Zehnt-Schulden-Zilgungscassé wurde schon oben bei Gelegenheit des Zehntablösungsgesetzes erwähnt. Nach dem ebenfalls schon oben beim Civilprozeße allegirten Gesetze vom 3. August 1837 mit nachträglicher Instructivverordnung (Reg.-Bl. Nr. 1) hat seit dem 1. Jan. 1838 die Amortisationscassé (durch die Namens derselben handelnden Obereinnahmereien) auch die öffentliche Hinterlegung von Geld anzunehmen.

XII. Zum Schlusse mögen mehrere bisher noch nicht berührte Punkte als Theile des Polizeirechtes hervorgehoben werden. Die Richtungen, nach welchen die Polizei aufzutreten pflegt, bilden den besten Eintheilungsgrund für diesen Gegenstand.

1) Hinsichtlich der Bildungs- (Unterrichts-) Polizei wurden schon zuvor die Bestimmungen über Schulen etc. angeführt. Hier ist daher noch außer einer Verordnung vom 27. Oct. 1807 über öffent-

liche Verkündigungsanstalten und Landesblätter, die Gesetzgebung über das Pressewesen zu erwähnen. Nur kurz bestand eine mäßige Censurordnung vom 5. Nov. 1819; denn schon durch Verordnung vom 1. Febr. 1821 wurde die alte Censurordnung von 1803 wieder hergestellt. Auf dem Landtage von 1831 kam zwar ein Gesetz zu Stande, welches am 1. März 1832 seinen Anfang nahm, und worin der Grundsatz verantwortlicher Pressefreiheit geheiligt war. Allein nach Anordnungen der Bundesversammlung zu Frankfurt erfolgte bald eine Dr. onanz vom 28. Juli 1832, welche jenes Gesetz zwar bestehen ließ, aber alle freiheitathmenden Artikel desselben aufhob. Die Pressefreiheit ist demnach in Baden vorläufig eingesperrt; wer weiß, wie lange die Untersuchung gegen sie dauert. — Uebrigens steht zu erwarten, daß die badische Regierung, welche schon manchmal die Zeitverhältnisse zu beachten wußte, sie auch diesmal nicht verkennen und daher dem jetzt auf drei nach einander folgenden Landtagen ausgesprochenen Wunsche der Kammer entsprechen werde, welcher im Wesentlichen dahin geht, daß der Kammer bald möglichst eine Vorlage gemacht werde, durch die eine den wahren bundesverfassungsmäßigen Pflichten der Regierung und den Rechten des Landes entsprechende Gesetzgebung über Pressefreiheit hergestellt werde u. s. w. Nachdem in diesem Sinne die zweite Kammer der Landstände nicht nur 1833. (in der Sitzung v. 4. Sept.), sondern auch 1835 (Sitzung vom 25. August) sich erklärt hat, gab sie auch 1837 (Sitzung vom 4. Juli) durch einstimmigen Beschluß zu erkennen, daß das Bedürfniß geordneter Pressefreiheit stets ein dringendes sei.

2) Ueber Sitten- und Religions-Polizei siehe besonders die Verordnung vom 21. Nov. 1804 über die weltliche Feier der kirchlichen Feiertage, und eine Verordnung v. 8. Juli 1836 über Beobachtung der Polizei- oder Feierabendstunde.

3) Für Gewerbs- und Dienstbotenpolizei sind maßgebend: die Verordnung vom 9. Februar 1808 über Wanderschaft der Junftgenossen, vergl. mit dem 1. und 6. Const.-Edicte, welche die Grundnormen für Beurtheilung der noch geltenden Localjunftstatuten enthalten, und die Gesindeordnung vom 15. April 1809. Ferner lassen sich hierher zählen: die ausführliche Mühlenordnung vom 18. März 1822, dann die durch Verordnung vom 28. Januar 1830 erfolgte Freiegebung (versuchsweise, aber noch stets beibehaltene Aufhebung) der vorher durch obrigkeitlichen Befehl festgesetzten Brod- und Fleischtaxen, welche jetzt monatlich so bekannt gemacht werden, wie sie das gegenseitige Uebersinkommen der Verkäufer bestimmt. Außer einer Verordnung vom 4. April 1834 über Ertheilung der Erlaubniß zu Vorstellungen von Schauspielergesellschaften, Musikern u. s. w., gibt es noch eine systematische Verordnung vom 16. Oct. 1834 über Verleihung und Entziehung von Wirthschaftsrechten.

4) Ueber Handels-Polizei vergl. Verordnung vom 3. Oct. 1811 über Lotterieverbote, und dazu vom 13. Nov. 1823 über Besteuern von Staatsobligationen; dann Verordnung vom 21. Sept. 1815 und

8. Mai 1821 über Beschränkungen des Haussehhandels, und vom 20. Mai 1816 über Verkauf des Schießpulvers. — Hervorzuheben ist die Maaß- und Gewichtsordnung vom 2. Jan. 1829, welche unter Gestattung der bisher üblichen Maaße- und Gewichteeintheilungen das Decimalsystem einführt. Von größtem Einflusse ist endlich die am 25. August 1837 (siehe Reg.-Bl. S. 383) zwischen mehreren südteutschen Staaten abgeschlossene Münzconvention nebst zahlreichen derselben nachgefolgten Verordnungen. Zu bedauern ist nur, daß bei den meisten dieser Maßregeln die Verbesserung nicht auf Staatskosten, sondern mehr auf Unkosten des nicht Handel treibenden Publicums ausgeführt wurde! —

5) Einflußreich für Feuer-Polizei sind die Bestimmungen über das Brandversicherungswesen. Hinsichtlich der Gebäude gilt noch die auf Zwang zur Theilnahme gegründete Brandversicherungsordnung vom 29. Dec. 1807 (vergl. mit der vom 7. Sept. 1803). Dagegen traf man über Versicherungen von Fahrniß gegen Feuersgefahr, insbesondere über Beaussichtigung der damit beschäftigten Gesellschaften, erst in neuerer Zeit Bestimmungen. Vergl. darüber die Verordnung vom 4. Mai und 10. Juli 1829, und die vom 2. April und 4. Mai 1835.

6) Unter den zahlreichen Verordnungen über Gesundheits-Polizei sollen nur hervorgehoben werden: Verordnung vom 27. März 1818 über die Wafenmeisterei, die besonders gedruckte Leichenschauordnung von 1822, Verordnung von 21. Febr. 1826, ärztlich-polizeiliche Vorkehrungen gegen die Verbreitung der natürlichen Blattern betreffend, dann vom 14. Dec. 1830 gegen die Lungenseuche unter dem Rindviehe, und mehrere Verordnungen aus dem Jahre 1831 gegen Verbreitung der Cholera. Vergl. auch Ph. C. Baur v. Eisenack, Sammlung sämmtlicher Gesetze, Verordnungen, Instructionen, Befehlungen und Entscheidungen, welche im Großherzogthume Baden über Gegenstände der Gesundheitspolizei erschienen sind, 1. Theil 1830, Carlsruhe, 2. Theil 1837. Eine der neuesten Verordnungen (v. 16. Febr. 1838) betrifft die Behandlung armer Dienftboten, Handwerker und anderer armer Reisenden im Falle der Erkrankung außerhalb ihres Heimathsortes. — Das Medicinalwesen des Großherzogthums steht unter der Leitung einer Sanitätscommission, besondere Staatsärzte sind nach Bezirken angestellt. Ueber die Jahresberichte derselben (Physici, Amtschirurgen), s. Verordnung vom 25. März 1835. — Hinsichtlich der ärztlichen Gebühren siehe die neueste Medicinaltarordnung vom 7. April 1836.

7) Die Bestimmungen über Armen- und Bettler-Polizei sind an vielen Orten zerstreut; diejenigen, welche sich nicht aus eigenen Mitteln erhalten können, müssen entweder aus vorhandenen Specialstiftungen oder aus den Gemeindecassen derjenigen Orte, wo sie heimathsberechtigt sind, unterstützt werden. Vergl. auch Gesetz vom 28. Mai 1810 gegen Betteln und Müßiggang und über Handhabung der öffentlichen Sicherheit, und Verordnung vom 18. März 1835 über das Ver-

fahren bei Bestrafung der Bettler und über die Gebühren für Einfangung derselben.

8) Die Sicherheits-Polizei endlich wird in Baden durch eine thätige Gendarmerie besorgt, deren Organisation noch in die neuere Zeit fällt. Der erste Schritt dazu geschah nämlich durch ein provisorisches Gesetz vom 3. October 1829 nebst einer Verordnung vom 25. Nov. dess. J., welche eine Instruction und zugleich eine kurze Belehrung über die badische Polizeigesetzgebung für die Gendarmerie enthält⁴⁾. Auf dem folgenden Landtage wurde dieses Provisorium aber in das jetzt geltende Gesetz v. 31. Dec. 1831 umgeändert, und dazu eine neue Dienstweisung vom 16. August 1832 ertheilt. Von kleineren Verordnungen siehe noch die vom 30. Dec. 1826 über Nachtzettbücher (Fremdenbeherbergung) und vom 5. März 1835, das Verbot verborgener Waffen betreffend.

An einzelnen Orten (z. B. von Heidelberg 1806, Mannheim 1822) sind Sammlungen der Localpolizeiverordnung im Druck erschienen; hinsichtlich der Verordnung für das ganze Land findet sich bei den Meisten, die sich mit Gegenständen des Rechtes zu beschäftigen haben, als gutes Handbuch im Gebrauch: die Polizeigesetzgebung für das Großherzogthum Baden, systematisch bearbeitet und mit einem alphabet. Register versehen von Fr. Kettig, 2. Aufl. 1828.

Wenn diese Zeilen einigermaßen die Möglichkeit gewähren, die Masse der badischen Gesetze zu überschauen, so erreichen sie ihren Zweck; rüde Zeit und eine umsichtige Gesetzgebung eine aus bloßen Gelegenheitsgesetzen leicht entstehende Verwirrung verhüten! — So lange man mehr nach guten, als nach vielen Gesetzen strebt, kann der badische Rechtszustand nur gedeihen.

M. Rittermeier.

Banken¹⁾ sind Anstalten, und zwar in der Regel öffentliche, mit Genehmigung der Regierung gegründete und unter ihrer

4) Diese Instruction nebst Beilagen wurde auch besonders als Taschenbuch für die die Gendarmerie gedruckt; man trifft daher erfreulicher Weise bei den meisten dieser Sicherheitsmänner eine lobenswerthe Gesetzeskenntniß im Polizeirechte.

1) Warperger, Beschreibung der Banken, Leipzig 1723, 4. Büsch, Abhandlungen von den Banken, in dessen Schriften über die Handlung, Bd. 3. Desselben Darstellung der Handlung Bd. 2. G. Hufeland, neue Grundlegung der Staatswirthschaftskunst, Gießen 1807—1813. Bd. 2. S. 112 flg. Storch, Handbuch der Nationalwirthschaftslehre mit Zusätzen von Rau, 3 Bde Hamburg 1819—20. Bd. 2. S. 97 flg. Rau, Grundsätze der Volkswirthschaftslehre, 3. Aufl. Heidelberg 1837, S. 302 flg. und 327 flg. Hallische Encyclopädie Bd. 7. S. 310 flg. (v. Hoffe.) — Bender, Grundsätze des deutschen Handlungsrechtes, Bd. 1. Darmstadt 1824, S. 383 flg. Meno Pöhl, Darstellung des gemeinen deutschen und hamburgers Handelsrechtes, Bd. 1. Hamburg 1828. S. 302 flg. Pardessus cours de droit de commerce Vol. I. p. 39. Vincens exposition raisonnée de la législation commerciale Vol. II. p. 427—454. und dann Mehreres oder Minderes darüber in allen Lehrbüchern über Handelsrecht und deutsches Privatrecht (unter Anstalten zur Beförderung des Handels), so wie in allen Lehrhandbüchern der Handlungswissenschaft.

Aufsicht stehende, zur Erleichterung der Zahlungen und des Geldverkehrs, vorzüglich unter Kaufleuten²⁾. — Die Städte sind nicht blos ihrer jetzigen Bedeutung, sondern auch der Vorstellung nach, welche man zur Zeit ihrer Entstehung damit verband, gleichsam stabil gewordene Messen und Märkte. Der Marktplatz war daher besonders in früherer Zeit der Mittelpunkt und eigentliche Sitz des städtischen Lebens. Hier concentrirte sich auch in frühester Zeit der eigentliche Handels- und Gewerbsverkehr. Um den Markt herum wurden dann bedeckte Plätze und Gänge, Gewerbshallen (Lauben) angelegt; in diesen, wenn nicht schon die Halle selbst einer gewissen Gattung von Gewerbetreibenden angehörte (z. B. die Tuchhallen in vielen, besonders niederländischen Städten), hatte jegliche Gattung von Kaufleuten, Krämern, Handwerkern ihre besonderen Stände, wo sie ihre Waaren feil boten: ihre Bänke³⁾. Später verbreitete sich gewissermaßen der Marktverkehr durch die ganze Stadt, und so sind die erweiterten Hallen und Bänke auch an anderen passenden Plätzen in der Stadt erbaut worden. Unter diesen Bankinhabern befanden sich auch die Wechsler (campsores). In der früheren Zeit ist mehr von den Geldtischen die Rede, später wurde der Ausdruck Geldbänke allgemein⁴⁾ und hat sich hier, an seine alte Bedeutung erinnernd, vorzugsweise erhalten. Die Campsoren betrieben nicht blos den sogenannten Handwechsel, sie vermittelten auch die Zahlungen für Kaufleute und Regierung, die ihre Gelder bei ihnen deponirten, machten Anlehen u. s. w.⁵⁾. Später ist dann denjenigen, welche sich mit solchen Geldgeschäften besonders befaßten, der Name Bankiers, Bankherren (banquieri) eigen geblieben⁶⁾. — Anstalten, die dann von Gesellschaften unter Autorität des Staates errichtet wurden, um den Geldverkehr zu erleichtern, auch wohl Geldgeschäfte zu betreiben, wurden dann Banken genannt. Es gibt zwei wesentlich von einander verschiedene Arten dieser Anstalten: Girobanken und Zettelbanken; die Lehnbanken sind kaum als eine eigenthümliche Art zu betrachten, wovon unten⁷⁾.

2) Kau a. a. D. §. 304. Anm.: Bank ist eine Anstalt, bei welcher Vorräthe von Münzmetallen niedergelegt werden, als Verbürgung für ein die Gelbzahlung erleichterndes Mittel. Er bemerkt mit Recht, daß die Benennung oft auf Institute übertragen wird, die damit keine Gemeinschaft haben.

3) Hüllmann, Städtewesen im Mittelalter Bb. 1. S. 304.

4) Hüllmann a. a. D. S. 440.

5) Siehe Martens über den Ursprung des Wechselrechtes, Göttingen 1797. S. 23 flg. Hüllmann S. 442 flg.

6) Siehe darüber Kau a. a. D. §. 292a.

7) Wenn Boffe in der hallischen Encyclopädie vier Arten von Banken annimmt: Lehn-, Umschreib-, Zettel- und Wechselbanken, so scheint ein arges Mißverständnis obzuwalten. In Hamburg wird die Girobank als solche, um sie von der mit ihr verbundenen Lehnbank zu unterscheiden, Wechselbank genannt. Alle Wechsel von einem gewissen Belaufe müssen dort durch die Bank von den Kaufleuten gezahlt werden; eine besondere Gattung von Wechselbanken gibt es nicht. Was der Verfasser sich wohl darunter gedacht hat? Er definiert sie durch: Anstalt des Vertrauens.

Giro-, Depositen-, oder Umschreibebanken sind kaufmännische Anstalten, wobei Summen Metallgelbes, oder auch ungemünztes edles Metall, von mehreren Personen in sicheren Gewahrsam niedergelegt werden, um sich unter einander Zahlungen ohne wirkliches Hingeben, durch bloßes Ab- und Zuschreiben leisten zu können. Jeder der Theilnehmer erhält seine besondere Bankrechnung (Banco-Folium) in den Bankbüchern; es wird ihm dann der Betrag seiner jeweiligen Anlage als Guthaben (credit) in den Büchern (auf seinem Folio) angeschrieben; hat er dann eine Zahlung zu leisten, so wird die Summe, als für ihn ausgegeben, abgeschrieben (in das debet gebracht), und dagegen demjenigen, welchen er bezahlen will, in's Guthaben gesetzt (zugegeschrieben). Das Guthaben der Interessenten vermehrt oder vermindert sich nicht nur etwa durch Einlegen oder Zurückziehen von Summen aus der Bank, sondern es wechselt unter denselben, dem eigentlichen Zweck der Bank nach, je nachdem sie Summen zugeschrieben erhalten oder abschreiben lassen.

Die älteste Bank der Art war die in Venedig. Fälschlich setzt man aber ihre Entstehung schon in das Jahr 1171⁸⁾. Es ist uns sicher bekannt, daß sie 1587 eine neue Einrichtung erhielt, wobei die Einlagen als Anleihen in die Hände der Regierung übergingen; der Credit der Bank ward durch diesen Umstand aber erst erschüttert, als 1797 die Franzosen in Venedig einrückten. 1808 wurde sie aufgehoben⁹⁾. Die Bank zu Amsterdam, 1609 gegründet, wurde bei Gründung der niederländischen Zettelbank 1814 aufgehoben¹⁰⁾. Die nürnbergische Bank, welche 1621 gestiftet war, hat in neuerer Zeit ebenfalls aufgehört Girobank zu sein¹¹⁾. Die rotterdamer Bank, nach dem Muster der amsterdamer 1635 eingerichtet, ist ebenfalls in neuester Zeit aufgehoben, und so auch die berliner Bank¹²⁾. Die einzige noch bestehende Girobank ist die zu Hamburg, deren Einrichtung eben wegen dieses Fortbestehens und ihrer für Deutschland hochwichtigen commerziellen Bedeutung hier vorzugsweise berücksichtigt werden soll. Die hamburger (Giro-) Bank wurde 1609¹³⁾ gegründet. Man hatte dabei das Beispiel von Amsterdam vor Augen. Das Ueber-

8) Hüllmann, Städtewesen Bd. 1. S. 453.

9) Büsch a. a. D. Storch a. a. D. III. 63. *Ganille des systemes d'econ. politique*, Paris 1809 und 1821. deutsch Berlin 2 Bd. 1811. Vol. II. S. 158. — Die revidirten Gesetze von 1663 bei Marperger S. 190.

10) Marperger S. 119. Büsch S. 160, 760. Storch III. 64. *Ab. Smith* übers. v. Garve 3. Aufl. 1810. Bd. 2. S. 305.

11) Roth, *Geschichte des nürnbergischen Handels*, Leipzig 1800. Band V. *Kau Anm. z. Storch* Bd. III. 464.

12) *Kau*, *Volkswirthschaftslehre* §. 285. S. 3.

13) *Geschichte der hamburger Wechselbank* in *Kieser's Sammlung hamburgischer Gesetze*, Bd. 1. S. 520 flg.; daselbst auch über die anderen Wechselbanken S. 499, 529, besonders aber Büsch in den angeführten Schriften.

schwemmen der Stadt mit schlechten Münzen, das Klippen und Wippen, Einschmelzen und Ausführen guter und schwerer Münze war zu Anfang des 17. Jahrhunderts auf's Höchste gestiegen. Diesem Uebel sollte durch Errichtung der Bank abgeholfen werden. Es wurde mit dieser Wechsel- oder Umschreibebank zugleich aber auch eine Lehnbank verbunden. Früher stand unter Verwaltung der Bank auch das öffentliche Kornmagazin, indem der Ankauf des darin lagernden Kornes aus den in der Bank befindlichen Baarschaften bestritten wurde, wobei die Cämmereicasse jedoch jeden daraus erwachsenden Verlust trug. Das Kornmagazin besteht seit der französischen Occupation nicht mehr¹⁴⁾. Der Bankdeputation ist auch die specielle Verwaltung des Münzwesens und insbesondere der Einkauf des Silbers und Goldes übertragen¹⁵⁾. Es sind dieses aber außerwesentliche Geschäfte der Bank. Norm für die Beurtheilung der noch jetzt geltenden rechtlichen Verhältnisse gibt ab: das revidirte Reglement der hamburger Wechsel- und Lehnbanco vom 7. Sept. 1718¹⁶⁾, wozu noch einige neuere Verordnungen kommen. Der Bank steht die sogenannte Bankdeputation vor, bestehend aus 2 Herren des Rathes, 2 Oberalten, 2 Kämmererbürgern und 5 (aus der Kaufmannschaft gewählt) Bancobürgern, welchen die specielle Verwaltung obliegt. Zur Geschäftsführung sind mehrere Buchhalter, Bankschreiber u. s. w. angestellt, zu deren Pflichten namentlich strenge Verschwiegenheit über den Capitalstand der Interessenten gehört. Die wichtigste Veränderung, was das Innere der Bank betrifft, ging v. 17. Juni 1770 bis 8. Juli 1790 vor sich. Ursprünglich bestand nämlich der Bankfond aus groben Münzen, besonders Specieenthalern; seit dem erstgenannten Termine wurden auch Silberbarren angenommen und seit dem zweiten hörte jedes Einlegen von Münzen gänzlich auf. Die Barren müssen eine Mischung von $\frac{3}{4}$ reinem Silber (15 Loth 12 Gran) haben. Die Bank berechnet bei den eingelegten Barren die kölnische Mark Silber zu 442 Schilling (deren 48 einen Thaler machen), oder zu 27 Mark 10 Schill. Der Gehalt der Thaler ist demnach 528,²¹⁷ holl. As. Ein 1 Thl. Bco. ist nach dem 24 Fl. Fuß = 2 Fl. 36 $\frac{1}{2}$ Kr.¹⁷⁾

Der Nutzen einer solchen Bank besteht darin, daß alle Unbequemlichkeiten, welche mit Auszahlung großer Summen verbunden sind, dadurch vermieden werden, also außer Verlust der Zeit und Arbeit, die

14) Westphalen, hamb. Staatsverwaltungsbehörden, Hamburg 1828. S. 223 Anm.

15) Westphalen S. 225.

16) Abgedruckt bei Klesfeler Th. 1. S. 574 fg.

17) Da das Courantgeld leichter ausgeprägt ist, so bekommt das Banco-geld ein Aufgeld (Agio) bei der Berechnung. 100 Mark Banco sind etwa gleich 125 Mark Courant, doch wechselt der Cours. Mark oder Thaler Banco ist, wie sich aus Obigem ergibt, eine bloße Rechnungsmünze. Die Course fremder Münzen und Wechsel werden nach Thaler Banco (d. i. je 3 Mark), oder nach 100 Mark bestimmt. Wenn es z. B. heißt: preuß. Cour. steht zu 49 $\frac{1}{2}$, so bedeutet dieß, daß für 100 Rthlr. Banco 149 $\frac{1}{2}$ Rthlr. preuß. Cour. gezahlt werden müssen.

Gefahr des Verschickens, des Verlorengehens und besonders auch das Abnutzen der Münzstücke. Die niedergelegten Summen sind gegen jede Verschlechterung geschützt. Die Bank gewährt dem Kaufmanne den großen Vortheil einer festen Valuta, d. h. eines Rechnungsgeldes, wornach alles Andere bestimmt wird. Diese Stetigkeit des Rechnungsgeldes ist für den Handel, wie *Rau* bemerkt¹⁸⁾, eine so wichtige Sache, daß man sich in einem weiten Kreise desselben bedient, und daß die Geschäfte sich oft nach dem Sitze der Bank hinziehen. Die Hamburger Bank ist einer der Anker, welchen das Schiff des Großhandels dort ausgeworfen hat. Es ergibt sich aus der beschriebenen Einrichtung aber auch, daß eine solche Girobank nur für einen Ort und dessen nächste Umgebung, nicht aber für das Land in weitem Umkreise ihren eigentlichen Nutzen bewahren kann. Dieser besteht auch keineswegs darin, daß die Interessenten einen eigentlichen Geldgewinn ziehen, da die Einlagen in der Bank zum Gebrauche, d. i. zur Bankzahlung, oder um sie heraus zuziehen, stets bereit liegen müssen; im Gegentheile müssen diejenigen, die ihr Geld in der Bank haben und ihre Zahlungen dadurch bewirken, noch zu den Kosten der Unterhaltung des Institutes beitragen. So muß z. B. in Hamburg der, welcher sein Geld aus der Bank zieht, sich die kölnische Mark 2 Schilling höher, als sie bei der Einlage angenommen wird, berechnen lassen. In rechtlicher Beziehung dürfte hier nun noch Folgendes hervorzuheben sein:

1) Eine Verpflichtung, sich Bankzahlung gefallen zu lassen oder durch dieselbe Zahlung zu leisten, kann für Nichtinteressenten nur entstehen, wenn die Bank durch die Autonomie der Kaufmannschaft, sofern diese ihr als Corporation zusteht, oder dadurch, daß der Staat der Bank sich annimmt, aufhört ein eigentliches Privatinstitut zu sein. So ist in Hamburg die Bankvaluta eigentliches Wechselgeld; es müssen darin alle Wechsel von 400 Mark und darüber abgeschrieben werden; unter 100 Mark-Banco kann aber nicht abgeschrieben werden, außer an einigen Tagen am Schlusse des Jahres zur Ausgleichung der Rechnungen. 2) Die Möglichkeit, Interessent der Bank zu sein, hängt von gewissen Qualificationen ab. Auswärtige pflegen immer ausgeschlossen zu sein¹⁹⁾; im Zweifel muß jeder Interessent Bürger der Stadt sein. In Hamburg ist Großbürgerrecht Bedingung einer eigenen Bankrechnung; aber auch die Mitglieder der israelitischen Gemeinde können ein Bankfolium haben. Diejenigen, welche keine eigene Bankrechnung haben, müssen Bankzahlung durch den Inhaber eines Bankfoliums leisten, und durch einen solchen auch in Empfang nehmen lassen. Sowohl Fremde sind in dieser Lage, als auch Einheimische, besonders kleine Kaufleute oder Personen, die keine so vielfältigen Geldgeschäfte

18) *Rau*, Volkswirtschaftslehre §. 285.

19) Nach dem hamb. Bankreglement ist den Bürgern bei Strafe verboten, für Fremde Bankrechnung zu halten. *W. Pöhl's* Handelsrecht Bb. 1. S. 320 bemerkt, daß diese Vorschrift, wenn ihr auch vielfach entgegengehandelt wird, nicht als aufgehoben anzusehen sei.

machen, um ein Bankfolium zu halten. Man sagt von ihnen in Hamburg dann: sie haben ihre Bancoconto unter N. N. Die Wechler machen es daselbst zu ihrem besonderen Geschäft, Bancozahlungen für Andere gegen Provision zu leisten und in Empfang zu nehmen. Das rechtliche Verhältniß, welches zwischen einer Person, die ihr Bancoconto unter dem Namen eines Anderen hat, und dem Bankfolioinhaber besteht, ist wohl am richtigsten als ein Mandat anzusehen²⁰⁾. 3) Die sämmtlichen Interessenten einer Bank stehen unter einander in einem Societätsverhältnisse, wie bei einer Actiengesellschaft; daraus ist das Recht Directoren zu wählen u. s. w. abzuleiten; indeß pflegen diese Verfassungsverhältnisse der Bank durch die Bankreglements besonders bestimmt zu sein, und es kommt hier sehr die Stellung derselben zum Staate in Betracht. 4) Jeder Schwade, der der Bank durch Zufall oder Versehen der Bankangestellten erwächst, trifft sämmtliche Interessenten und wird überall vertheilt²¹⁾. 5) Gelder, die in der Bank stehen, können nicht, wie dieses meist noch ausdrücklich bestimmt ist, mit Arrest belegt werden. 6) Ueber die Bewirkung des Ab- und Zuschreibens pflegen besondere Vorschriften zu bestehen, besonders auch über die Zeit. Das Abschreiben muß in Person von dem Bankinteressenten besorgt werden, oder durch einen hierzu mit specieller oder genereller Vollmacht Versehenen; die generelle Vollmacht eines Geschäftsführers ist noch keine Bankprocura²²⁾. Eigenthümliche aber aus allgemeinen Principien des röm. Rechtes zu beurtheilende Rechtsverwickelungen entstehen dadurch, daß das Zuschreiben ohne vorherige Anzeige an den Empfänger geschieht, daß er das Geld also auf seinem Folio findet, ohne zu wissen, 1) von wem eigentlich dasselbe komme, da der Abschreiber sowohl für sich selbst, als für einen anderen Bank- oder Nichtbankinteressenten abgeschrieben haben kann; 2) in welcher Absicht das Geld und zu wessen Besten es ihm zugeschrieben worden. Es ist

20) Man hat es für ein depositum oder diesem nachgebildeten Innomminatcontract halten wollen, so Archiv für das Handelsrecht Bd. 2. Hamburg 1820. S. 372 flg., dem auch gefolgt ist Wender, Handelsrecht Bd. 1. S. 388. Siehe aber dagegen M. Pöhl's Handelsrecht Bd. 1. S. 310, der u. A. einwendet, daß von einem dem Depositum nachgebildeten Geschäft schon keine Rede sein könne, weil keine Rückgabe in specie stattfindet.

21) Die Bank ist wohl schwerlich als Depositar ihrer Interessenten anzusehen (wie Wender will a. a. O. S. 386, 389). Will man darüber hinwegsehen, daß sie in der Regel eine Bezahlung erhält, so fehlt doch zum Depositum die Rückgabe einer deponirten Species. Man muß viel mehr das Institut selbst als das Object der unter den Interessenten bestehenden Societät ansehen. Pöhl's a. a. O. S. 309.

22) In Hamburg muß, wer in der Bank abschreiben will, in Person hinkommen, und dem Bankbuchhalter einen geschriebenen Bankzettel, in welchem die Summe einmal mit Buchstaben einmal mit Zahlen geschrieben ist, übergeben. Wer Krankheit halber verhindert wird, zu dem muß der Bankschreiber sich verfügen, um von ihm persönlich die Angabe der abzuschreibenden Summe zu erhalten. Wer durch Bevollmächtigten abschreiben lassen will, muß denselben nicht nur schriftlich Vollmacht erteilen, die jedes Jahr zu erneuern ist, sondern ihn auch persönlich der Bank vorstellen.

allgemeiner Kaufmannsgebrauch, daß der Empfänger am anderen Tage (das Abschreiben geschieht bis 11 Uhr früh) in dem Comptoir des Abschreibers den Posten nachfragen läßt. Hier wird ihm aufgegeben, von und für wen abgeschrieben worden²³⁾. Eine solche Aufgabe hat, nach Ansicht der Juristen, welche auch durch gerichtliche Entscheidungen unterstützt wird; in der Art die Vermuthung für sich, daß sie nur durch Gegenbeweis entkräftet werden kann. Wiewohl auch eine Sinnesänderung in der Zeit von einem Tage zum anderen, wo Veränderungen der Verhältnisse eingetreten oder bekannt geworden sein können, möglich, muß es dennoch in der Regel so angesehen werden, als sei die Aufgabe mit dem Abschreiben gleichzeitig erfolgt²⁴⁾.

Zettelbanken. Es läßt sich sehr wohl denken, daß eine Zettelbank von einer Umschreibebank sich nur im Wesentlichen dadurch unterscheidet, daß jeder Bankinteressent für seine Einlage Bescheinigungen (Banknoten, Bankzettel) erhält, die auf jeden Dritten übertragbar sind, so daß die Zahlungen eben nur durch Circulation dieser Papiere, statt bei den Girobanken durch Uebertragung in den Büchern der Bank, bewirkt werden. Der Zweck solcher Institute ist dann ebenfalls Erleichterung des Geldverkehrs, und es kommen, soweit nicht die natürliche Verschiedenheit beider Gattungen von Einrichtungen Abweichungen begründet, dieselben Rechtsgrundsätze zur Anwendung. In dieser Weise bestehen auch noch die italienischen Banken. Sie händigen nämlich Jedem für die von ihm baar eingelegten Summen Noten zu demselben Betrage ein, ohne aber Zinsen oder Dividende dafür zu entrichten; dabei geben sie nicht mehr Noten aus, als sie baare Einlagen empfangen haben. Einen Gewinn machen sie aber dadurch, daß sie einen Theil von den deponirten Geldern gegen Zinsen austheilt. Den Girobanken stehen um so näher die neapolitanischen Banken, deren auf Sicht zahlbare Noten (*fedeli di credito*) nur durch eine schriftliche Cession, wie Wechsel durch Indossament, welche aber in den Büchern der Bank eingetragen werden muß, übertragbar sind. Die Zettel (*cedole*) der *banco di spirito* s. und des Leihhauses (*monte di pietà*) in Rom brauchen aber nicht indossirt zu werden²⁵⁾. Italien ist das Land des Ursprunges der Banken, und dort möchte sich daher wohl deren ursprüngliche Einrichtung noch in alter Weise erhalten haben. In den übrigen Staaten der alten und neuen Welt sind aber die Zettelbanken etwas noch wesentlich Anderes geworden, als Institute zur Erleichterung, besonders kaufmännischer Zahlungen. Zettel, auf jeden Dritten selbst ohne Indossament über-

23) Wer daher in Hamburg einen Posten zugeschrieben erhält, kann nicht denselben Tag darüber disponiren, sondern muß ihn wenigstens eine Nacht auf seinem Namen stehen lassen.

24) Siehe über einige bei Bankzahlungen vorkommende streitige Rechtsfragen in Apher's Hamburg'scher Monatschrift für Politik und Handel 1834. Heft 1. Rechtsf. S. 22 flg. Heft 3. Rechtsf. S. 108 flg.

25) Rau a. a. D. §. 317. S. 347.

tragbar, bieten das leichteste Mittel des Geldverkehrs dar, überschreiten von selbst die Grenzen des Kaufmannsstandes, sowie sie zum Verkehr im weiteren Länderkreise geeignet sind, während die Girobank nur einem Orte vorzugsweise zu Gute kommt. Solche Zettel werden zum Papiergelde, wenn sie allgemein wie Geld genommen werden, was, wo keine gesetzliche Vorschrift des Staates ihnen eine solche Eigenschaft beilegt, freiwillig der Fall sein wird, sobald das Vertrauen stattfindet, daß man jeder Zeit wieder baares Geld für die Zettel nach ihrem Nominalwerthe erhalten kann. Die Erfahrung ergibt aber nun bald, daß die Bank nicht einen dem Belauf der ausgegebenen Zettel gleichkommenden Fonds von barem Geld vorrätzig zu haben braucht, um den Ansprüchen, welche an sie durch Darreichung der Zettel nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge gemacht werden, genügen zu können. Man hat gefunden, daß drei bis viermal so viel Zettel im Umlauf sein können, als der zur Einlösung bereit liegende Geldvorrath beträgt²⁶⁾. Wie bei dem einzelnen Kaufmann hängt der Umfang und Erfolg ihrer Geschäfte von dem Credit ab, den sie genießt, welcher wiederum durch ihr Vermögen, die Art ihrer Geschäftsführung u. dgl. bedingt wird. Indem die Bank aber mehr Zettel ausgibt, als sie baares Geld vorrätzig hält und ungenügt läßt, bekommt sie ein Capital in die Hände, welches sich zu gewinnbringenden Unternehmungen verwenden läßt. Abgesehen von den verschiedenen Arten dieser Unternehmungen, wie sie vorzukommen pflegen, wird die Bank daher besonders ein lucratives Institut. Der Gewinn kommt aber nicht den Inhabern der von Hand zu Hand gehenden Zettel zu Gute, sondern den Unternehmern, die das Geld zur Gründung des Bankinteressenten haben. Sie sind hier die eigentlichen und einzigen Bankinteressenten. Es können diese Unternehmer eine Gesellschaft, und zwar, wie es meist der Fall ist, eine Actiengesellschaft sein; es kann aber auch möglicher Weise ein Einzelner, es kann die Regierung eine Bank begründen. Da durch Banken der Art Umlaufsmittel für den Staat überhaupt geschaffen werden, so werden sie dadurch Institute von der höchsten national-öconomischen Wichtigkeit. So hat sich das Wesen der Zettelbanken allmählig gestaltet. Rau sagt daher: eine Zettelbank sei eine Anstalt, bei welcher Papiergeld ausgegeben wird, um damit einträgliche Unternehmungen zu bestreiten²⁷⁾. Er will daher die Zettelbanken und Girobanken streng von einander unterscheiden, und handelt von beiden auch an getrennten Stellen seines Buches, indem er die Zettelbanken unter die allgemeinere Rubrik: Papiergeld stellt. Allein es müßte bei dieser Hervorhebung der Verschiedenheit auch wohl die Verwandtschaft mehr gewürdigt werden. Beide Arten von Banken sind sich wohl nicht nur bei ihrem Ursprunge viel ähnlicher gewesen, indem ihr beiderseitiger Hauptzweck, nach welchem ihre Einrichtung berechnet war, darin bestand, den Umsatz des eingeleghen Geldes zu erleichtern, sondern wo Girobanken, die meist eingegangen sind, be-

26) Rau a. a. D. §. 305. S. 328.

27) Rau a. a. D. §. 304.

standen, sind diese auch darin den Zettelbanken näher gekommen, daß das eingelegte Geld oftmals theilweise zu anderen Unternehmungen verwendet wurde. Indem aber eine Girobank das niedergelegte Geld zugleich dazu verwendet, Vorschüsse zu leisten, Wechsel zu discountiren, schafft sie auch in der That eine Mehrung der Lausmittel, indem das Geld, welches die Deponenten einander zu- und abschreiben, zugleich wieder in den Händen Dritter ist, die nichts deponirt, sondern im Gegentheile entliehen haben. Gewinn macht die Girobank dann ebenfalls. Bei einer Girobank wird aber jedes Benutzen eines Theiles der deponirten Gelder in weit beschränkterem Maaße stattfinden können; was bei der Zettelbank Mißbrauch wird, wird es hier um so leichter. Der Unterschied zwischen Giro- und Zettelbanken würde sich nie haben so scharf hervorheben lassen, wenn nicht bei der einzig noch bestehenden Girobank in Hamburg die Kaufmannschaft, von der Erkenntniß ihrer besonderen Stellung, von ihrer Solidität und der Vorliebe bloß für eigentlichen (Waaren-) Großhandel geleitet, den ursprünglichen Zweck der Banken für die ihrige festgehalten, und die mit einer jeden Bank leicht sich verbindenden anderen Zwecke, in denen sich die Tendenz zur weiteren Ausdehnung immer hervorstellt, abge schnitten und im Laufe der Zeit mehr beengt als erweitert hätte. Im Gegensaße zu dem gründlichen und umsichtigen Rau kann man anderen Schriftstellern, und namentlich den Juristen, die das Handelsrecht bearbeitet haben, den Vorwurf machen, daß sie, indem sie durchgängig Banken beider Art für Anstalten zur Erleichterung des Umsatzes des Geldes erklären, die besonders den Zettelbanken wesentlich gewordene Richtung, auch neue Lausmittel zu schaffen, und damit die Verschiedenheit, wie sie sich zwischen beiden hervorge stellt hat, zu sehr aus den Augen gelassen haben ²⁸).

28) Siehe z. B. Martens, Grundriß des Handelsrechtes §. 33, 34. Bendor a. a. D. §. 171 vgl. mit §. 176. Pöhl's a. a. D. §. 136. Bd. 1. S. 312. Mittermaier a. a. D. §. 518. (4. Aufl.) Pöhl's sagt daselbst: Bei den Zettelbanken besteht das Wesentliche darin, daß Jemand sein Geld in der Bank niederlegt, und dafür einen oder mehrere Scheine erhält, die die Stelle des baaren Geldes vertreten, als solches zu einem Zahlungsmittel dienen, und in der Bank selbst jeder Zeit gegen baares Geld umgewechselt werden können. Dabei ist das Wesen der neuern Banken offenbar ganz außer Augen gelassen; die Actionäre müssen allerdings Geld niederlegen, aber das Wesentliche, was ihnen zu Theil wird, und was sie nicht in Umlauf setzen, ist die Bankactie, wodurch sie Antheil an dem Gewinne der Bank erhalten. Verschieden davon sind die Banknoten, die zum Umlauf bestimmt sind. Die Bankactien können ihren Cours haben, der variiert, je nachdem das Bankgeschäft mehr oder weniger Gewinn bringt oder zu bringen verspricht; sie können unendlich den Werth des Einlagecapitals übersteigen, wie oft geschehen ist; die Banknoten können mehr oder minder entwerthet werden, aber nur unbedeutend über pari oder ihren Nennwerth sich erheben. Die Banknoten müssen, um ihren Zweck zu erreichen (sonst wird die Zettelbank ganz zur Girobank), au porteur lauten; bei den Actien kann dieses der Fall sein. Um Banknoten zu erhalten, braucht man nicht sein Geld bei der Bank niederzulegen; die Summe der Banknoten wird durch das Capital der

Als die älteste Zettelbank wird die von Genua allgemein angegeben. Mittermaier setzt ihre Entstehung in's Jahr 1494 (?) und Bender, unzweifelhaft mit rühmlicher Genauigkeit auf historische Quellen gestützt (!), in's Jahr 1694. In diesem Jahre entstand die Bank von London, die Bender 4 Jahr jünger macht. Die St. Georgsbank zu Genua ist durch das Schuldenwesen des Staates in's Leben gerufen worden. Hüllmann und Leo, bei welchem letzteren das Genaueste zu finden ist, beide auf Macchiavelli's florentische Geschichte verweisend, der das Institut genau beschrieben hat, haben darüber berichtet²⁹⁾. Die Summe der Staatsschuld, wofür gewisse Einkünfte verpfändet waren, hatte man in Antheile von je 100 Liren vertheilt. Jeder solcher Antheil, luogo della republica, konnte übertragen werden; die gesammten Inhaber dieser luoghi waren Interessenten des Capitels, wie die zu einer Gesellschaft verbundenen Staatsgläubiger als solche genannt wurden. Das Capitel hatte eine gewisse Aufsicht und Controle bei Verwaltung der verpfändeten Staatseinkünfte. Dieses war schon vor 1371 der Fall, denn im genannten Jahre wurde mit jenem Staatsschuldeninstitute ein Tilgungsfonds verbunden, indem ein Edelmann seine luoghi zum Belaufe von 9000 Lire dem Staate schenkte, mit der Bestimmung, daß die Zinsen davon zur Einlösung von luoghi verwendet und dem Capitel ausgezahlt werden sollte. Die Veränderung, die im Jahre 1407 vorging, in welches man die Entstehung der St. Georgsbank setzt, bestand darin, daß der Staat die Verwaltung seiner sämmtlichen Einkünfte dem Capitel überließ, und daß zu dem Zwecke 8 aus der Mitte desselben gewählte Administratoren und ein Ausschuß von 100 Interessenten des Capitels ernannt wurden. Das Collegium der Achten, daß insbesondere unter dem Namen Bank von St. Georg vorkommt, wurde fast das mächtigste im Staate; das Capitel oder die Gesammtheit der Schuldner gestaltete sich mehr und mehr zu einem Staate im Staate³⁰⁾. Man sieht, daß

Unternehmer und ihren Credit, nicht durch Einlagen anderer Privaten bestimmt. Mittermaier erklärt: Zettelbanken werden durch Geldeinlagen (Actien) gebildet, welche den Bankfonds so begründen, daß die Einlage nicht zurückgefordert werden kann, den Actionärs aber, welche dafür einen oder mehrere die Stelle des baaren Geldes vertretende Scheine erhalten, den Gewinn einbringt, welcher sich aus dem kaufmännischen Betriebe der Actien ergibt. Hier sind wieder Bankactien und Banknoten nicht gehörig unterschieden. Die Actien vertreten nicht die Stelle des baaren Geldes, wenn sie auch au porteur lauten sollten. Wo sollte ein Gewinn herkommen, wenn die Actien, den Einlagen entsprechend, als baares Geld in Umlauf gesetzt werden? Pöhlis hebt als wesentlich hervor, daß der Einleger seinen Schein bei der Bank jeder Zeit gegen Geld umwechseln kann; Mittermaier, daß die Einlage nicht zurückgefordert werden kann. Und Beide haben Recht!

29) Hüllmann, Städterwesen Band 4. S. 118. Leo, Geschichte von Italien Bd. 3. S. 521 vergl. mit S. 493.

30) Von einer ähnlichen Einrichtung in Weßlar v. J. 1382 ist berichtet in Richard's frankf. Archiv für alt. teutsche Lit. u. Gesch. Thl. 1. S. 179 vgl. Hüllmann a. a. D. S. 123.

das Institut, soweit es den Namen einer Bank in unserem Sinne verdient, schon im 14. Jahrhundert vorhanden war, und Rau's Bemerkung daher richtig ist, daß mit Unrecht die Entstehung in's Jahr 1407 gesetzt wird, wo es nur eine vollkommnere Einrichtung erhielt³¹⁾. Es ist wahrscheinlich, daß in Italien im 14. Jahrh. schon mehrfach Zettelbanken, d. h. Institute zur Erleichterung des Geldumsatzes, durch Zusammentritt von Campforen begründet, bestanden. — Die älteste Zettelbank in der Weise, wie die Institute, die diesen Namen jetzt führen, eingerichtet zu sein pflegen, ist nächst der von Genua, so weit sie hierher gehört, die Bank von England, zu London 1694 errichtet. England und Nordamerika sind besonders die Länder der Privatbanken. Treffliche Grundzüge zur Geschichte und Beschreibung der Zettelbanken hat Rau³²⁾ gegeben. Ueberspannung ihres Credits, Ausgabe zu vieler Zettel, unsichere und zu weit aussehende Unternehmungen, zu tiefes Einlassen mit der Regierung und dem Staatsschuldenwesen, hat Entwerthung der Banknoten und Untergang der Banken oftmals bewirkt. Die in Deutschland zur Zeit bestehenden Zettelbanken sind die österreich'sche Nationalbank von 1816, die pommer'sche ritterschaftliche Bank zu Stettin von 1824 (neue Statuten vom 23. Febr. 1833) und die bayer'sche Bank von 1834 (Statuten vom 15. Juni 1835). Das Uebereinstimmende besteht bei ihnen darin, daß sie Noten von verschiedenem Belaufe ausgeben, Wechsel discontiren und Vorschüsse gegen Sicherheit machen.

Aus dem Mitgetheilten ergibt sich, daß von Bankeignern die Inhaber der Bankzettel wohl zu unterscheiden sind. Jene nehmen allein an dem Gewinne Theil und haften (die Actionäre bis zum Belaufe ihrer Actien) für den Nennwerth der Noten in der Art, daß sie auf Verlangen denselben gegen Rücklieferung der Noten auszahlen müssen. Ausnahmen davon können wenigstens nicht als im Rechte begründet angesehen werden³³⁾. Die Noteninhaber sind zum Belaufe derselben Gläubiger der Bank, ohne ein weiteres Recht zu haben, wo die Statuten ihnen nicht besonders ein solches gewähren. Ohne Rücklieferung der Note kann aber keine Zahlung verlangt werden; selbst die erweisliche Vernichtung macht das Recht, das aus der Note hervorging, erlöschen, und jedem Vorzeiger wird ohne weitere Legitimation der Werth ausgezahlt³⁴⁾. Das Weitere über die hier in Betracht kommenden Rechtsgrundsätze s. unter dem Artikel: Handlungsgesellschaften (Actiengesellschaften) und Papiere auf den Inhaber lautend.

Leihbanken. Die Zettelbanken, sowie sie jetzt bestehen, sind meist ihrem Wesen nach auch Leihbanken; indem sie gegen Sicherheit und Zinsen Anlehen machen. Daraus erwächst großentheils ihr Gewinn. Mit einer Girobank kann dergleichen Einrichtung verbunden

31) Rau a. a. D. §. 310.

32) Rau a. a. D. §. 310—317. S. 332—349.

33) Bender a. a. D. S. 393. Pöhl's a. a. D. S. 313.

34) Bender a. a. D. §. 394. Pöhl's a. a. D. S. 314.

sein, doch immer nur in beschränkterem Umfange. So ist mit der hamburger Wechsel- (Giro-) Bank gleich bei der Stiftung eine Lehnbank verbunden worden, die mit derselben unter einer Verwaltung steht. Sie leihet jetzt nur auf feines Silber und harte Pfänder³⁵⁾. Ueber Zinsen und das Recht des Verkaufes der Pfänder pflegen bei solchen Lehnbanken besondere Vorschriften zu bestehen. Nicht zu verwechseln mit den Lehnbanken sind aber die Leihhäuser. Jene haben den Zweck die Gewerbe zu befördern, diese die Armuth zu unterstützen; beide freilich indem sie die Möglichkeit verschaffen, Geld ohne wucherlichen Zins zu bekommen. Eine Art Lehnbank sind aber die in neuerer Zeit aufgetretenen Centralcassen, deren Bestimmung ist: gegen Verpfändung von Waarenvorräthen, auch wohl auf Grundstücke, Geldvorschüsse zu machen.

Wiba.

Bann (bannus, bannum, davon bannire), **Acht**. Das Wort **Bann**¹⁾ hat mehrere juristisch-technische Bedeutungen. Aus einer der vorzüglichsten derselben, die hier besonders weiter entwickelt werden muß, wurde es später durch **Acht** mehr verdrängt oder vielmehr auf ein engeres Gebiet beschränkt.

1) Die allgemeinste Bedeutung ist die einer höheren Gewalt, welcher das Recht zusteht, zu gebieten und zu verbieten. Dann bezeichnet es auch das Gebot und Verbot (iussio, mandatum, edictum) selbst. Grimm²⁾ scheint dieses Letztere für die eigentliche und ursprüngliche Bedeutung zu nehmen. Es wurde dann die höchste Machtvollkommenheit im Staate, sofern sie sich im Befehlen, Verbieten, Aufbieten, Frieden wirken und aus dem Frieden thun kund gab, damit bezeichnet. Der **Bann** ist daher in der Regel in den Capitularien ein bannus regalis, auch wenn die Macht zu gebieten einem Anderen als dem Könige zustand; sie erschien dann als eine von dem Könige übertragene Befugniß. An dem Schlusse eines Schugbriefes Conrad III. für das Kloster Bischofsberga a. 1140 heißt es: hoc superscriptum regalis Banni nostri auctoritate confirmavimus, so daß, wie die Vergleichung anderer Urkunden lehrt, bannus hier für plenitudo potestatis nostrae steht³⁾. — **Bann** bezeichnete dann die in der Staatsgewalt enthaltenen Gewalten, vorzugsweise die beiden, die früher als die vorzüglichsten Bestandtheile der höchsten Gewalt angesehen

35) Ueber die hamb. Lehnbank s. Pöhl's a. a. O. S. 322—324.

1) v. Wöringen, Beiträge zur Geschichte des teutschen Strafrechtes, Berlin 1836, S. 124—170. Es ist dieses fast das Einzige, worin vom **Bann** selbstständig und im Zusammenhang die Rede. In wie weit der Verfasser dieses Artikels damit übereinstimmt und es hat benutzen können, wird theils die Vergleichung lehren, theils sich noch in späterer Arbeit hervorstellen.

2) Grimm, teutsche Rechtsalterthümer S. 732.

3) Häufig findet sich in Urkunden: regalis banni munimine robustantes, adstringentes. — Dipl. a. 1137. Ludw. Scrip. Bamb. II. p. 185. Banno regali interdicimus ne comes aliquis etc.

wurden: die Gerichtsbarkeit⁴⁾ und das Recht zum Aufgebote der Waffenmacht und den Befehl über dieselbe (daher auch Banner und Bannerherr), den Heerbann⁵⁾ (heribannum⁶⁾). In Beziehung auf die Gerichtsbarkeit wurde Bann in der Folge aber mehr auf die höhere, welche nur im Namen des Königs geübt werden konnte und von ihm besonders verliehen werden mußte, gebraucht: daher Blutbann unserer Criminalgerichtsbarkeit entsprechend. Der Blutbann (das Gericht über Hals und Haupt) ist daher aber auch ein Königsbann⁷⁾. Daher Bannrichter, Bannvoigt. Bannen ist ferner ein Befehl, vermöge der richterlichen Gewalt erlassen, namentlich um bei Gericht zu erscheinen (also eine Vorladung); das Gericht bannen ist eben soviel als das Gericht hegen⁸⁾; daher auch: der Richter soll dem Kläger Friede bannen, sowie bannen überhaupt von dem Friede wirken, sowohl bei Hegung des Gerichtes⁹⁾, als bei Einweisung in den Besitz u. s. w.¹⁰⁾ Gebannene Tage (dies banniti) also gefriedete Gerichtstage. Bannglocke ist dann die Glocke, womit besonders in den Städten die Bürger zusammengerufen werden. Bann ist sodann auch die Befugniß, in Folge einer zustehenden Berechtigung einen Anderen in seiner natürlichen Freiheit zu beschränken, ihm in Bezug auf einen Gegenstand ein bestimmtes Handeln zur Pflicht

4) Charta Ottonis Imp. a. 937: ne quis comes vel iudex vicarius publicus in Magdeburg civitate vel territorii eius aliquam potestatem aut bannum habeat, nisi advocatus.

5) Eichhorn, Et. u. R.-Gesch. §. 294.

6) Lex Rip: LXV. Si quis legibus in utilitatem regis sive in hoste seu in reliquam utilitatem bannitus fuerit. — Chronic. Halberst. in Leibnitz: Scripp. R. R. Bruns. II. p. 118. insuper etiam mercatum in Halberstat et Ostermic habendum cum teloneis ac monetis ac regio banno in utriusque locis tenendis ac accipiendis, et regalem heribannum super milites, liberos, et servos ejusdem ecclesiae... impetravit.

7) Sächs. Landr. I. 59. §. 1. By koninges banne ne mut neman bingen, he ne hebbe den bann van deme koninge untvangen vergl. III. 64. §. 5. 6. Stat. Argent. apud Schilter Königshover Chronik p. 715. cap. II. §. 3. Habet autem potestatem cogendi et constringendi iudicatos, quod vocant bannum, non ab episcopo sed ab advocato. §. 5. Illa vero potestas spectat ad sanguinis effusionem, quam ecclesiastica persona nec habere nec dare debet §. 6. Unde postquam episcopus advocatum posuerit, imperator ei bannum i. e. gladii vindictam in hujus modi damnandos et omnem potestatem stringendi dare debet etc. Schwäbisches Lehnrecht XVII. 3. Was das Gerichtes ist, das über plutrenysen geet und umb todschlag; wem das der bischof leihet, den soll er senden mit seinem prief an den Künig, daß er im den bann leihe.

8) C. C. C. 219. — sollen bei irer oberkent, die daselbig peinlich gericht — zu bannen und zu hegen macht hat, rath suchen. Schwäb. Landrecht. c. 146. Lehnrecht c. 114.

9) Form. proc. p. 186 (vgl. Oelrichs Glossar. z. Rigischen Recht. Bremen 1773. s. v. bannus u. gebannede Frede: ydt ys gewönlick to allen mandagen dat dor vor anvange des Rechten em frede gebannen werde — wol den gebannen frede brecke, hefft den hals vorbördt.

10) v. Arnoldt in der hällischen Encycl. Bd. 7. S. 322. k.

zu machen. Bannwerk bedeutet den Frohndienst; von den sogenannten Bannrechten, z. B. dem Mühlenbann u. dgl., soll unten besonders die Rede sein. Der Forstbann, Wildbann, bezeichnet die dem König und Landesherren zustehenden Rechte über Wald und Jagd, insofern sie als Ausfluß der ihm zustehenden höchsten Gewalt betrachtet werden (das Forst- und Jagdregal). Bannforst ist ein dem gemeinen Gebrauche durch königliche Machtvollkommenheit (Bann) entzogener und also geschlossener Wald (Forst). — Bann bezeichnet auch den District, über welchen die Gewalt sich erstreckt, also sowohl den Bezirk einer weltlichen¹¹⁾ als geistlichen Gerichtsbarkeit¹²⁾, daher denn Burgbann, Stadtbann, wo das Wort einigermaßen mit Weichbild zusammenkommt¹³⁾. Bannmeile (banleuva, banilega) ist der gewöhnlich eine Meile betragende Umkreis um die Stadt, innerhalb welchem sie das Recht hatte, die Verreibung von Gewerben zu verbieten, deren Ausübung als ein besonderes Recht der Städte betrachtet wurde¹⁴⁾.

2) Bann bezeichnet eine Brüche, die für Verlegung oder Nichtachtung eines vermöge der Banngewalt erlassenen Gebotes gezahlt werden mußte. Die Entrichtung des Bannes war auf die Uebertretung gewisser Vorschriften durch die Gesetze ein für allemal gesetzt, so daß Bann hier mit dem Friedensgeld (fredus, fredum) gleichbedeutend war oder dessen Stelle vertrat¹⁵⁾; oder der Bann mußte für Nichtgehorsam gegen einen besonders erlassenen Befehl, z. B. vor Gericht zu erscheinen, für eine Unterlassung oder eine andere unter diesem Präjudiz gebotene Handlung gezahlt werden. Dieser Bann war eine Königsbuße¹⁶⁾; er mußte entrichtet werden, weil der König durch die

11) Dipl. a. 1217. Guden Cod. dipl. II. p. 937. Bona nostra apud Bodendorp prout sita sunt in banno s. in territorio iudicis de Bodendorp. —

12) Dipl. a. 1345. Ego Jacobus Archipresbyter ac iudex Archidiaconi banni Quedlingheburg.

13) Charta Ottonis imp. in Harenberg: hist. eccl. Gandersheimensis dipl. p. 421. urbalem bannum, quem vulgariter burghann dicunt — praedictalem civitatem pertinentem . . . noviter confirmavimus.

14) Eichhorn, St. u. R.-Gesch. §. 312 a. E. Es kommt schon vor in Fridrici II. Constit. de iurib. princip. secular. a. 1232. — in civitatibus nostris novis bannum milliare deponamus. Sächs. Landr. III. 65. §. 1. Man ne mut nenen marfet buwen deme anderen ene mile na.

15) L. Angl. X. 9. Qui domum alterius collecta manu hostiliter circumdederit, trium primorum qui fuerint, unusquisque LX. sol. componat, et rei similiter. De caeteris, qui eos secuti sunt, sol. X unusquisque, et in bannum Regis sol. LX. Capitul. legib. add. a. 817 c. q. (Pertz p. 217): — Sponso vero legem suam componat et insuper bannum nostrum i. e. sexaginta solidos solvat. L. Angl. VII. 5. §. Qui liberum extra solum vendiderit, solvat cum similiter (sc. quasi occiderit) et in fredum sol. LX. L. Angl. VIII. Qui domum alterius noctu incenderit, damnum triplo sarciat et in fredo sol. LX. vgl. mit X. 9.

16) Capit. excerpta. a. 802. c. 57. (Pertz p. 101.) Ut bannus, quem per semetipsum dominus imperator bannivit 60 sol. solvatur. Caeteri vero banni, quos comites et iudices faciunt, secundum legem uniuscuiusque.

Nichtachtung persönlich verletzt schien. Den Bann zu erheben, Befehle unter Königsbuße zu erlassen, stand nur denen zu, welche die Banngewalt vom Könige erhalten hatten. Die fränkische Königsbuße war 60 Schilling; sie wurde dann im Umfange des ganzen fränkischen Reiches herrschend¹⁷⁾. Die Idee, die dem Banne zu Grunde lag, und was es eigentlich damit für Bewandniß hatte, kann erst im Artikel Buße, wo zugleich von den Brüchen, dem Friedensgelde, Gewatte, womit der Bann zum Theil zusammenfällt, gehandelt werden soll, faßlicher auseinander gesetzt werden. — Die Bannbuße ist aber nicht zu verwechseln mit den zuweilen erwähnten Bannpfenningen¹⁸⁾; damit wird nämlich dasjenige bezeichnet, was dem Richter für das Friedewirken (Bannen) bei der Einweisung in ein Grundstück gezahlt werden mußte. Bann scheint dann auch selbst für Hoheitsgefälle verschiedener Art gebraucht worden zu sein¹⁹⁾.

3) **Bann** ist endlich die Friedlosigkeit. Dieses ist die Bedeutung, bei welcher schon zur Zeit der Rechtsbücher Acht für Bann gebräuchlich worden ist, indem Bann nun für die Ausschließung aus der Kirchengemeinschaft üblich blieb, so daß Acht und Bann nun zwei neben einander bestehende, aber verwandte Institute bezeichneten, wovon das eine dem weltlichen Rechte und der weltlichen Gerichtsbarkeit, das andere der geistlichen angehörte (s. Kirchenbann), Bann als richterlicher Befehl scheint sowohl ein Segen in den Frieden, als ein Kündigung aus dem Frieden bezeichnet zu haben; das Letztere scheint aber das mehr Vorherrschende beim Gebrauche des Wortes geworden zu sein. In den Volksgesetzen und Capitularien kommt bannus absolut für Friedlosigkeit nicht vor, dagegen aber: in bannum mittere und forban-

Capit. misso cuidam data a. 803. p. 122: — referebatur de episcopis, abbatibus vel caeteris nostris hominibus, qui ad placitum vestrum venire contempserint. Illos vero per bannum nostrum ad placitum vestrum bannire faciatis. — Capit. Paderburnense a. 785. c. 13. (Periz p. 50.) Dedimus potestatem comitibus bannum mittere infra suo ministerio de fida vel maioribus causis in sol. LX. De minoribus causis comitia bannum in sol. XV. constituimus.

17) L. Long. l. L. Carol. M. c. 35: Quicumque liber homo in hoste bannitus fuerit et venire contempserit plenum heribannum componat secundum legem francorum. Capit. Sax. a. 717. Unanimiter consenserunt, ut de illis capitulis, pro quibus Franci, si Regis bannum transgressi sunt LX. sol. componunt, similiter Saxones solvent. — Sächf. Landrecht III. 64. §. 4. Gestich Schillinge webbet man deme greven unde of dem vogede, die unde koninges banne dinget, of he den ban von'me künige selve hevet.

18) Harthaus Gloss. s. v.

19) Charta donat. Ottonis II. a. 979. quicquid intra ductum novae et antiquae urbis ad nostram utilitatem visum est, tam in bannis quam toletes pertinere a nostro iure in eiusdem ecclesiae ius transfundimus (ita) ut omnes cuiuscunque negotiationis utilitates in toletes videlicet et bannis — episcopus sui que successores pleno iure possideant. Von Arnoldi meint, daß, aus der Verbindung zu schließen, unter Bann gewisse seither für den kaiserlichen Fiscus erhobene Accisgefälle zu verstehen sind.

nire für friedlos legen, und dann das Compositum: *meziban i. e. ciborum interdictio* ²⁰⁾).

Weder das Wesen der Friedlosigkeit, noch die Stellung derselben im Rechte können aus den Volksrechten und den Capitularien genügend erkannt werden. Die scandinavischen Rechtsquellen hellen auch hier wieder die Sache auf eine noch nicht im vollen Umfang dargelegte und noch zu wenig anerkannte Weise auf. Vorzüglich aus der *Graugang* wird das Wesen der Friedlosigkeit klarer, doch ist hier nicht der Ort, dieß vollständig auszuführen. Die Friedlosigkeit war eine Ausschließung aus der Friedensgenossenschaft. Die nächste Folge der Friedlosigkeit war 1) daß Niemand mit dem Friedlosen irgend eine Gemeinschaft und irgend einen Umgang haben durfte. Stellen, woraus dieses hervorgeht, lassen sich in den Rechten verschiedener germanischer Stämme sehr viele nachweisen ²¹⁾. 2) Der Friedlose durfte nicht länger in der Gemeinde, in welcher er friedlos gelegt war (im Lande, wenn es auf dem Landthing geschehen war) weilen. Daher die angelsächsische Bezeichnung des Friedlosen (*flyman*) ²²⁾. 3) Das Vermögen der Friedlosen zerstört und verbrannt worden zu sein, gleichsam um dadurch seine Spur in der Gemeine ganz zu vernichten ²³⁾. 4) Oftmals scheint auch das Haus der Friedlosen zerstört und verbrannt worden zu sein, gleichsam um dadurch seine Spur in der Gemeine ganz zu vernichten ²⁴⁾; aber auch dieses dürfte noch damit zusammenhängen, daß der Friedlose sowohl aus der Friedensgemeinschaft als Gemeinschaft der Heiligthümer ausgeschlossen war: *nec aut sacris adesse — sagt Tacitus — aut concilium inire ignominioso fas est* ²⁵⁾.

An der Stelle des Bannes, der *forbannitio* in der fränkischen Zeit, über deren Wesen wir freilich unvollkommen unterrichtet sind, hatte sich zur Zeit des *Sachsenspiegels* eine dreifache Friedlosigkeit gebildet: die Verfestung, die Acht und die Oberacht. Was der *Sachsenspiegel* und die nächstverwandten Rechtsbücher darüber enthalten, findet sich zusammengestellt in *Clemens Perthes diss. de proscriptione et banno regis* (Bonnae 1834. 8.).

20) *Capit. Aquisgr. a. 809. §. 3. De meziban i. e. de latrone forbannito, ut unusquisque comes alio (alii) mandet, ut nullus eum recipere audeat.* Man hat gewöhnlich gemeint *latro forbannitus* sei eine Uebersetzung von *meziban*, und es findet sich sogar noch bei neueren Schriftstellern, da doch *Grimm Rechtsalterthümer S. 735* die richtige Bedeutung nachgewiesen hat. Diese kann um so weniger verkannt werden, als auch in nordischen Rechten, z. B. in *Ståne L. 7. 9. mat. ban.* für Friedlosigkeit sich findet.

21) *L. Sal. em. LVII. 5. L. Ripuar. LXXXVII.*

22) *R. In a's Gef. XXX. b. Schmid S. 20. Cnut I. 12. f. Note. Indignus est pace et patria. L. Sal. LVII. 5.*

23) *Grimm, Rechtsalterthümer S. 729.*

24) *Gragas Viysl. c. 31. II. p. 62.*

25) *Tac. Germ. c. 6. i. f.*

Die Verfestung trat gegen denjenigen ein, der bei einem Verbrechen, welches an den Hals oder die Hand ging²⁶⁾, auf handhafter That ergriffen und entflohen war, oder, wegen eines solchen angeklagt, nicht vor Gericht erschien²⁷⁾. Sie wurde, wenn der Kläger mit seinen Eidhelfern die Anklage vor dem competenten Richter (nach dem Sachsenspiegel dem Grafen, Schultheiß, Gaurafen²⁸⁾, in deren Gerichtsbezirke das Verbrechen begangen war) beschworen hatte, von diesem ausgesprochen²⁹⁾. Während der Verfestung war der Verfestete als ein Rechtsverweigerer keiner gerichtlichen Handlung fähig³⁰⁾, aber die Hauptfolge war, daß der, welcher die Festung über ihn gewonnen hatte, sich seiner selbst in gebundenen Tagen mit Gewalt bemächtigen konnte, um ihn vor Gericht zu bringen³¹⁾. Leistete er Widerstand, so konnte er selbst straflos getödtet werden³²⁾. Niemand durfte ihn herbergen, um ihn so der Verfolgung zu entziehen³³⁾; auch war der Verfestete nicht rechtlos³⁴⁾, so daß er nicht weiter und nicht von Anderen, als wie angegeben worden, straflos verletzt werden durfte. Wird ein verfesteter Mann (doch nur ein solcher, der namentlich verfestet³⁵⁾ worden), während der Verfestung ergriffen, und vor Gericht gebracht, so geht es ihm an das Leben, um welcher Schuld er auch verfestet worden³⁶⁾. Er kann sich aber aus der Verfestung

26) Sächs. Landr. I. 68. Umme anders nene klage ne sal man verfesten, ane umme die, die an dat lief oder an die hant gat.

27) Das. I. 66. Evene man mit der hanthaften dat weit, also, alse he gevangen wirt, also sal man ine vor gerichte bringen, unde selve sevede sal ine die klegere vertügen. — I. 67. §. 2. Eve nicht vore kumt to deme brieden degebinge, den vervest man. — I. 70. §. 3. Eve so umme ungericht vor gerichte beslaget wirt mit deme gerichte, er it overnachtig werde, mach die klegere dat ungerichte getügen selve sevede, man vervestet jenen de it geban hevet altohant.

28) Perthes de proscriptions p. 17.

29) Sächs. Landr. III, 24.

30) Sächs. Landr. II. 63. §. 2. Jewest man mut wol vorspreke sin unde tügen unde klagen unde antworten, ane binnen deme gerichte dat he inne vervest is oder of he in des rikes achte is. Vor geistlikeme gerichte ne mut hes aver nicht dun, of he to b'anne is.

31) Das. II. 10. §. 1. Den vorvesten man mut man wol bescebege binnen gebundenen dagen. Nicht ne mut man aver over in richten, dar ne sie de hanthafte dat.

32) Arg. Das. II. 69. f. Perthes l. c. 21.

33) Das. III. 23. Eve herberget oder spiset wetenlike enen vervesten man, he mut dar umme gewodden.

34) Das. III. 63. §. 3. Vestinge nimt deme manne sin lif, of he begrepen wert dar binnen, unde nicht sin recht, soo lange he dar an is.

35) Das. I. 66. §. 3.

36) Das. I. 68. §. 5. Umme soelkerhande seult die man vervest wert, wirt he binnen der vestinge gevangen unde vor gerichte gebracht, it gat ime an den lief, of he der dat unde der vestinge vertücht wirt.

ziehen, wenn er freiwillig sich vor Gericht stellt, und es wird ihm dann Frieden gesetzt: vorzukommen und sich zu verantworten³⁷⁾). Diese Friedenserteilung konnte ihm nicht verweigert werden. Er mußte dann aber Bürgen setzen, vorzukommen und sich wegen der Klagen, die man gegen ihn erhob, zu verantworten; hatte er keine Bürgen, so blieb er in richterlichem Gewahrsam³⁸⁾). — Die Verfestung wirkte nur in dem Bezirke des Richters, von welchem man verfestet war, die von einem hōheren Richter ausgesprochene wirkte aber zugleich für alle darunter gehörende niedere Gerichte³⁹⁾). Durch eine Anzeige der geschehenen Verfestung konnte der Richter, von dem sie ausgegangen war, ihr nun eine weitere Ausdehnung verschaffen, indem auch der obere Richter die Verfestung durch einen unteren anerkennen mußte⁴⁰⁾). — Eine Verfestung, die nun in dieser Weise dem Könige selbst zur Kunde gebracht oder von ihm selbst ausgesprochen war, wurde zur Zeit der Rechtsbücher *Acht* genannt. Sie wirkte, wie sich aus Obigem ergibt, im ganzen Reiche. Wer sich aus der *Acht* ziehen wollte, mußte 6 Wochen des Königs Hof folgen; war die *Acht* die Folge einer von einem niederen Richter ausgesprochenen Verfestung gewesen, so mußte er sich vor diesem mit einem Briefe des Königs stellen, und sich aus der Verfestung ziehen⁴¹⁾). Wer Jahr und Tag in der *Acht* blieb, oder, wenn er sich aus der *Acht* gezogen hatte, in dieser Zeit nicht zu Recht zustand und seine rechtliche Pflicht erfüllte, wurde nun, wenn dieses auf ihn gezeugt wurde, in die *Oberacht* gethan⁴²⁾, d. h. er wurde nun friedlos im älteren Sinne: es wurde ihm das Recht vertheilt, sein Eigen und sein Lehn, das Lehn dem Herrn ledig, das Eigen in die königliche Gewalt⁴³⁾. Doch stand es dem Erben des Friedlosen noch Jahr und Tag frei, das Gut auszuführen, d. h. aus dem königlichen Bann, und es sich selbst wieder zu gewinnen, wenn sie die Schuld, die durch die Missethaten des Geächteten darauf gekommen waren, bezahlten. Die *Acht* hat sich dann als teutsches Rechtsinstitut auch nach der Zeit der Rechtsbücher noch viele Jahrhunderte erhalten. Man unterschied aber nun nach vollkommener Ausbildung der Landeshoheit die *Landacht* und

37) Das. II. 4. §. 1. *Eve sif ut der vestinge tien wel, deme sal die richtere vrede werken vore to kōmen, of mans von sinent halven geret u. s. w.*

38) Das. III. 17. 18.

39) Das. III. 24. §. 1. — *Eve in dem hogesten gerichte vervest wert, die is in al den gerichtē vervest, die in dat gerichte horet. Eve aver in me nederen gerichte vervest is, he nis in dem hogesten nicht vervest, he ne werde dat rebelike ingebracht.*

40) Das. I. 71. *Evene die rechte gogreve vervest, die siner goscap an dat gerichte tūt, getūget he sine vestinge ver deme altohant. Sūs irwirft of die greve mit siner vestunge des koninges achte.*

41) Das. III. 34. §. 1—2.

42) Das. §. 3. *man dut ine in overachte, als of he jar unde dach in achte hebbe wesen.*

43) Das. I. 38. §. 2. cf. Perthes l. c. p. 33.

die Reichsacht, welche Ausdrücke nun aber nicht mehr mit Unter- und Oberacht (Oberacht) verwechselt werden dürfen⁴⁴), denn beide konnten sowohl bei der Land- als Reichsacht stattfinden. Die Unteracht war nämlich die erste Achtserklärung, welche der Verfehlung des Sachsenspiegels entsprach, die Oberacht war die Bestätigung derselben, welche die eigentliche Friedlosigkeit begründete.

Die Reichsacht wurde wegen Landfriedensbruch besonders von Reichsunmittelbaren, und zwar hier als eigentliche Strafe von den Reichsgerichten oder dem Kaiser ausgesprochen. Landfrieden v. 1495⁴⁵) §. 2: Und ob jemandt was Würden oder Stands der oder die wären, wider der eins oder mer, so vorgemelt in nächsten Artikel gesetzt ist, handele oder zu handeln vnderstehen würden, die sollen mit der That, von Recht, zusampt andern Penen in unser und des heiligen Reiches Achtgewalten sein, die mit auch hie mit in vnser und der heiligen Reichsacht erkennen und erklären, also daß ihr Leib und Gut aller menniglich erlaubt, und niemandt daran freveln oder verhandeln soll oder mag. — §. 5. Er soll selbich Thäter und Fridprecher niemandt hausen, herbergen, äßen, tränken, enthalten fuffschub thun in seiner Obrigkeit Eigenthum und Gebieten. — §. 9. in: Und welcher oder welche also durch Verwürlung, wie vor und nachsteet, in die Acht kämen, die sollen auch von uns davon nit absolviret werden, denn mit Willen der Besche digten, der oder die prächtten sie dann mit Recht darauß. — Selbst nach Errichtung des Reichskammergerichtes wurde die Achtfentenz oft unmittelbar vom Kaiser selbst ausgesprochen⁴⁶). In der Wahlcapitulation Carl V. (Art. 22) wurde bestimmt: daß er Niemand ohne Ursache und unverhört wolle ächten, sondern den ordentlichen Prozeß und des Reiches voraufgerichtete Satzungen wolle beobachten lassen⁴⁷). In der beständigen Wahlcapitulation (§. 20) wurde aber entschieden, daß die Reichsgerichte berechtigt bleiben sollten, den Prozeß zu instruiren, die Entscheidung aber über eine Achtserklärung eines Reichsunmittelbaren dem Reiche überlassen bleiben sollte⁴⁸). Seit der Achtserklärung der beiden brüderlichen Kurfürsten von Bayern und Cöln im J. 1706 ist keine weitere Reichsachtserklärung mehr vorgekommen.

44) Reichstag 3. Frankfurt. 1435. Artikel, welche der Kaiser den Ständen übergeben, §. 2. daß der Reichsacht und Oberacht und Gehorsam gehalten werden, vgl. Antwort der Stände §. 4. Senkenberg, Reichsabsch. Bb. 1. S. 150.

45) Senkenberg, Reichsabsch. Bb. 2. S. 4. vgl. Samt: G. D. von 1521. Art. XXVIII. Das. S. 189. Erklärung des Landfr. Nürnberg 1522. Art. XXV—XXVI. S. 234 flg.

46) Eichhorn, St.- und R.-Gesch. §. 475. Note c. wo fernere Angaben.

47) Eichhorn, das. §. 477. Note p.

48) Constitutio (III) de modo declarandi statum imperli in banitium ad art. XX. der perpetuirlichen Wahlcapitul. v. 1711. b. Senkenberg Bb. 4. S. 251: Quistorp, Grundsätze des peinl. Rechtes §: 579.

Eine Achtserklärung konnte aber bei den Reichsgerichten nach der Prozeßordnung des R. C. G. selbst in Civilsachen erfolgen: *bannum contumaciae*. Sie erfolgte, wenn einer auf die an ihn ergangene Ladung nicht erschien, wenn ein Beurtheiler dem erfolgten Rechtspruche nicht die schuldige Folge leistete oder auch dem Executorialmandate sich nicht gemäß bezeigt hatte⁴⁹). In Folge eines solchen Ungehorsamsbannes wurde der Kläger in den Besitz der Güter des Gedächten eingewiesen, und konnte dieselben sich zueignen⁵⁰). In der perpetuirlichen Wahlcapitulation a. a. D. heißt es aber: So viel das *bannum contumaciae* belanget, ist vor gut erachtet, daß selbiges als ein aus vielen Considerationen unzulängliches Mittel gar abzuthun, und es in *civilibus causis* auch bei den *civilibus coercendi remediis* bewenden lassen.

Unter den mannigfachen Arten von Clauseln, durch welche man im Mittelalter übernommene Verbindlichkeiten zu verstärken suchte⁵¹), gehörte auch die Bannclausel: *obligatio ad bannum, civile vel ecclesiasticum, obligatio in forma camerae* von den Schriftsteller genannt⁵²), wodurch man sich bei Nichterfüllung den Folgen einer Achtsklärung, als sei sie gerichtlich ausgesprochen, freiwillig unterworfen. Noch längere Zeit, nachdem diese Clausel ihre Bedeutung verloren hatte, hat man den Executivprozeß darauf begründet⁵³).

Am längsten hat sich aber noch der sogenannte *bannus delicti*, die Achtsklärung als ein Contumacialverfahren gegen diejenigen, welche eines todeswürdigen Verbrechens, namentlich eines Mordes wegen angeklagt, und, indem sie sich nicht vor Gericht stellten, überwiesen waren, erhalten. Die C. C. C. enthält nichts Näheres über das Verfahren gegen Abwesende; im Art. 155 erwähnt sie aber der Mordacht als nach Ortsgewohnheit bestehend: Ob einer in Gefängniß kam, der davon in Mordacht erkannt wäre, wie an etlichen Orten Gewohnheit, und im Gefängnisse seine Entschuldigung auszuführen sich erböte, der soll unangesehen, daß er hievor in die Mordacht erkannt wäre, mit bestimmter Ausführung zugelassen werden. Die *Bambergensis* enthält aber ausführliche Bestimmungen darüber, wie man einen Mörder oder Todtschläger in die Mordacht erkennen soll⁵⁴). Es hat sich dann allmählig für das Verfahren gegen abwesende todeswürdige Verbrechen der sogenannte Achts- und Bann-

49) Cam. G. D. Thl. III. T. 43.

50) Cam. G. D. a. a. D. §. 1—4. Tit. 46. Tit. 48. §. 5.

51) Quistorp a. a. D. §. 441.

52) Eckhard de obl. sub poena banni eccl. et imperial. *Jenae* 1789. 4.

53) Gail obs. II. c. 2. n. 24. 26. 28.

54) *Bamb.* (peinl. G. G.) D. Art. 229—243. Art. 239. Item so aber der angezogen tetter in eygner person auff der dreyer rechttag keinen erschynne und die tat nit widersprechen oder verantworten würd, so soll am dritten gerichtstag auff der eleyet begern und beweysung (der) elage, derselbige beclagt

prozeß gebildet, von welchem die älteren teutschen Strafrechtslehrer zum Theil mit großer Ausführlichkeit handeln⁵⁵). Er war im vorigen Jahrhundert noch in vielen Ländern üblich⁵⁶), und hatte die Form des Anklageprozesses. Ein Ankläger oder Fiscal, von dem Richter bestellt, stellt das Ansuchen, den Abwesenden öffentlich vorzuladen. Es wurde dann eine Ladung unter Androhung erlassen: daß der Abwesende im Falle des Ausbleibens für geständig und überführt erklärt werden würde. Diese Ladung wurde in dreier Herren Länder an öffentlichen Plätzen angeschlagen. Erschien der Vorgeladene in der anberaumten Zeit (dreier sächsischer Fristen) nicht, so wurde mit vielen Feierlichkeiten ein sogenanntes hochnothpeinliches Halsgericht gehalten, und der Ungehorsame wurde in die Unterracht: für erkannt und überwiesen und seiner Rechte, Ehre, Habe und Güter für verlustig⁵⁷) erklärt, und einem Leben erlaubt ihn handvest zu machen; doch wurde ihm vorbehalten, sein Ausbleiben noch entschuldigen zu können. Nach Jahr und Tag, von der Rechtskraft jenes Ausspruches an gerechnet, wurde er dann, wenn er sein Ausbleiben inzwischen nicht entschuldigt hatte, auf Veranlassung des Klägers in die Oberacht erklärt. Die vorzügliche Folge der sich nun verwirklichenden Achtsklärung war die Einziehung des Vermögens des Gedächeten. Wenn indeß der Gedächete sich noch später stellte, konnte er nicht sofort zur Strafe gezogen und der Möglichkeit beraubt werden, seine Unschuld darzuthun. Er mußte vernommen, vertheidigt und dann über ihn erkannt werden. Es gründet sich dieses auf den angeführten Artikel 155 der C. C. C.⁵⁸) Manche Criminalisten setzten die Wirkung der Achtsklärung vorzüglich

tetter in die mordacht erkannt werden, welche mordacht fürter vnser Zent- oder Bannrichter aussprechen und ercleren solle wie hernach gesetzt ist (Artikel 241). Nämlich: Als du mit vterle und rechte zu der mordacht erteylt worden bist, also nym ich dein leyb und gut aus dem fride und thu sie in den vnfrid, und künde dich erloß und rechtloß, und künde dich den vögeln frey in den lüfften und den thieren in dem wald, und den vischen in dem wasser vnd du sollt auff keiner straffen, noch in keiner mundtat, die Keyser oder König gefreyet haben nyndert frieden noch geleyt haben, und künde alle die lehen, die du hast, jrn herrn ledig und loß, vnd von allen rechten, in alles unrecht, vnd ist auch allergemeinlich erlaubt über dich, das nymand an dir freveln kann noch solle, der dich angreiffst.

55) Meier de iudic. bannitor. Brem. 1674. Carpov, Inquisitionis- und Achtsprozeß Tit. XV. Keyser Prax. crim. Th. 2. Heil iudex et defensor cap. VII. §. 20. Ludovici, Einleitung in den peinl. Prozeß, Cap. III. §. 26 u. 39. vgl. auch Quistorp a. a. O. §. 847. Litzmann Handb. §. 918. Bb. 3. S. 665.

56) Einige Nachweisung bei Kress ad C. C. C. art. 155.

57) Die Formeln der Achtsklärung aus der späteren Zeit: Kayser l. c. §. 120. Boehmer zu Carpov qu. 140. obs. 6. Dorn, pract. Commentar Thl. 2. §. 443. Kleinschrob, Abhandlungen aus dem peinlichen Rechte, Th. 2. S. 6.

58) Remus beginnt seine Paraphrase des Art. 155 mit den Worten: Absens ne quis puniatur, neve damnetur rescriptum est; quod inaudita causa quemquam damnari aequitatis ratio non patiat.

noch herein, daß sie dieselbe als eine zur Anwendung der Lottur hinreichende Anzeige ansahen⁵⁹⁾, was jedoch von anderen bestritten wurde⁶⁰⁾. Es war dieser Achtsprozeß aber schon so außer Gebrauch gekommen, daß Quistorp bemerkt, er sei nur noch in wenigen Orten üblich⁶¹⁾. Am längsten hat er sich in Sachsen erhalten; jetzt ist er durchaus zur Antiquität geworden⁶²⁾.

Wirda.

Bauer, Bauergüter. Unter Bauer versteht wir im Allgemeinen die niedere und ungebildete Klasse der Landbewohner, die sich außerhalb der Städte mit dem Ackerbau und der Viehzucht, sammt den damit verwandten Arbeiten beschäftigt. Der Städtebewohner, der zufällig Landwirthschaft betreibt, und der größere gebildete Landwirth, welcher ein Gleiches thut, liegen außerhalb dieses Begriffes.

Bauer im engeren, und wenn man will, im rechtlichen Sinne¹⁾ ist der, welcher ein Bauergut mit bürgerlichen Lasten und Abgaben besitzt und bewirthschaftet, weil eben dieser Besitz eigentlich erst die Rechte und Verbindlichkeiten erzeugt, die in staats- und privatrechtlicher Beziehung besondere Rücksicht verdienen.

Der Stand der Bauern bildet unstreitig die zahlreichste, zugleich aber eine sehr fleißige und nützliche Klasse der Staatsbürger — nach Aufhebung der Leibeigenschaft, durch Gesetz und ein milderes Zeitalter herbeigeführt, kommt ihm diese Bürgereigenschaft mit Recht zu²⁾ — und schon in Beziehung auf Mehrzahl, Fleiß und Nutzen verdient der Stand die größte Beachtung der Gesetzgebung und Doctrin. Kein Stand neben ihm zeichnete sich aber auch durch Eigenthümlichkeiten, die er von den frühesten bis in die spätesten Zeiten bewahrte, so aus, als eben dieser Bauernstand.

Begleiten wir ihn, so weit es der Raum dieses Artikels gestattet, in den geschichtlichen Grundzügen und den verschiedenen Classen, in der Rolle, die er im Staats- und Gemeindeleben spielt, in Sitten und Gebräuchen, in seiner Verschmelzung mit der Scholle (Güterbesitz) und in den vorzüglichsten Rechten und Gewohnheiten, die sich an sein bürgerliches Leben knüpfen, theils an dieser Stelle, theils im nachfolgenden Artikel: Bauergüter³⁾.

59) Beyer, Kress ad C. C. C. 155. Quistorp a. a. D. §. 847.

60) Boehmer ad C. C. C. art. 155. Leysér spec. 629. n. q.

61) Quistorp a. a. D.

62) Litzmann a. a. D. §. 918. Mittermaier, das deutsche Strafverfahren §. 202 a. G.

1) Hagemann, Landwirthschaftsrecht §. 49.

2) Nur wenige teutsche und nebenteutsche Länder kennen noch leibeigene Bauern. Sie kommen gewissermaßen noch vor in Mecklenburg, Holstein, Pommern, Böhmen, Mähren und Schlesien.

3) Beide Artikel sollen sich vornämlich mit der practisch-rechtlichen Seite beschäftigen, weil es an Beleuchtungen dieser Art mehr, weniger an der geschichtlichen und theoretischen Seite fehlt; z. B. Encyclopädie von Ersch und Gruber.

I. Die Römer, denen wir bei allen Gegenständen, die Rechte erzeugen, unseren Blick zuzuwenden gewohnt sind, legten allerdings Werth auf den Ackerbau. Ovid (Fast. I.) berichtet uns *pascebat suos ipse senator oves*, und einen Cincinnatus und mehrere Andere rief man vom Feldbaue zu hohen Würden. Die *agri vectigales* hatten ihre Pächter, und Erbzins- und andere Verhältnisse kommen wenigstens in ähnlicher Gestalt vor. Der größte Theil des Ackerbaues und der Viehzucht wurde aber durch Sklaven betrieben, und bei Knechtschaft und Claverei kann sich ein Stand nicht selbstständig ausbilden, wenigstens kein Stand, der im Staatsleben Rechte erzeugt und Rechte sich aneignet. Der römische Bauer kann uns also weiter nicht beschäftigen.

Der teutsche Boden ist vornämlich das Vaterland der Bauern, wie wir sie zum Gegenstande dieser Abhandlung machen. (Vergl. den Art. Stand.)

Das alteutsche *bo*, *bua* und das angelsächsische *bur* bezeichnet bald das Feste, Dauernde, bald den Bewohner, und daraus mag die hochteutsche Benennung Bauer sich herleiten. Zweifelhaft ist, ob die Benennungen, welche man den alten städtischen Zünften beilegte: Bauerschaft, Burskap, Burding⁴⁾, entstanden, weil die in die Städte gezogenen Bauern die Abtheilungen und Gesellschaften bildeten, oder ob Land und Stadt den allgemeinen Begriff des Festen und Dauernden theilten. Zu leugnen ist nicht, daß der teutsche Boden, teutsches Klima, teutsche Kriege, Fehden und Zerrwürfnisse, wie jeder friedlichen Beschäftigung, so auch dem Bauernstande lange Zeit hinderlich waren, einen festen Boden zu lassen. Alle Widerwärtigkeiten scheinen aber auch dazu gebient zu haben, eben diesen Stand — zwar verschieden nach Stämmen und Ländern, doch in sich selbst mit eigenthümlichen Rechten und Gewohnheiten — länger und fester zusammen zu halten, als solches in anderen Ländern der Fall ist.

Die ersten Jahrhunderte der christlichen Zeitrechnung waren dem Unterjoch der Römer gewidmet, und muß der rohe Krieger von dem gebildeten Unterjochten auch nothwendig Bildung mit nach Hause nehmen, so waren teutsches Klima und teutsche Wälder doch der Volkscultur wie dem Ackerbaue mehrere Jahrhunderte hindurch hinderlich. Gothen, Allemannen, Ripuarier und die fleißigen Salier, Franken und Sachsen versuchten Raub und Fehde durch Gesetze zu hemmen. Selbst das mildere Christenthum, welches heimatlliche Kaiser und deren eben so tapfere als fromme Gehilfen, ein Bonifacius und Karl Martel, einzuführen strebten, artete zuvörderst in Kriege aus, unter dem Namen der Kreuzzüge bekannt.

Noch Karl der Fünfte opferte die teutschen Völker, angeblich zur Erhaltung des Reiches und der Religion, in Italien, Frankreich, Spanien, selbst in Afrika. Ebenso eigen waren dem teutschen Boden die

4) Kinblinger, Geschichte der Obrigkeit S. 35 u. 283. Ludewig reliquize manuscr. T. XI. p. 637.

inneren Fehden, die bis dahin, wo der Landfriede festeren Boden faßte, die Länder eben so spalteten als die verschiedenen Fürsten, Grafen und Herren unter sich und mit den Kaisern gespalten waren. Wo Krieg und Fehde herrscht, herrschen Mächtige und Große, und das Recht des Stärkeren übt seine Gewalt über den Boden und deren Bebauer. Ackerbau und Viehzucht können nicht gedeihen, und die ihn bauende Hand kann nicht selbständig werden. Land und Volk, welches früher die teutschen Großen und Herren sich angeeignet und unterthänig gemacht hatten, theilte mit ihnen später die ebenso mächtige Kirche mit ihren Stiftern und Klöstern.

Zum Bauen der Felder selbst nicht geeignet, übergaben sie solche der niederen Volkclasse, deren Person ihnen gleich dem Grundeigenthume schon lange gehörte, eben weil sie die Stärkeren waren. Wenn der Arm der Untergebenen nicht zum niederen Dienste im Kriege und auf den Burgen — den ebleren leisteten die Ritter — gebraucht wurde, so mußte er zum Bauen der Felder sich bequemen.

Leute, Knechte und Weiber sah man als eigenes Zubehör der Höfe an. Sie wurden verkauft, vertauscht, verschenkt⁵⁾, und nicht ohne Grund ist anzunehmen, daß bis in das 12. ja 13. Jahrhundert hinein viele Bauern noch kein Eigenthum hatten. Leihen auf Willkür fand früher durchgängig statt, und zwar meistens um die Hälfte⁶⁾. Auch die früher sehr häufig vorkommenden Zeichen der Eigenhörigkeit (Frauzenzins und Busenhuhn), womit das Recht zur Heurath erkauf werden mußte, sowie die Verbindlichkeit, bei Todesfällen zu steuern (Mortuarium⁷⁾), liefern dafür die Beweise.

Mehrere Umstände waren es, die, wenn wir die vaterländische Geschichte zu Rathe ziehen, erst nach und nach dahin wirkten, daß der Bauernfreiheit und dem Landbaue ein besseres Loos bereitet wurde.

Die festere Begründung der Städte, worin der bessere Theil der den strengen Herrn entlaufenen Bauern Aufnahme und Schutz fand, der Landfriede, der die Macht der kleineren Despoten brach, die Bauernkriege und Reformation, verbunden mit dem eigenen Bedürfnisse der Fürsten, durch das bessere Loos der steuerbaren Bauern ihr eigenes Loos zu verbessern, waren vornämlich die wirkenden Mittel.

In den 12 Artikeln des Bauernaufstandes, der sich über Schwaben, Lothringen, Franken, Thüringen und Sachsen verbreitete, befand sich auch die Erklärung der Bauernschaft: daß sie nicht

5) Geseenius, Meierrecht Th. 1. S. 367. Hagemann, Landw.-Recht S. 186, obwohl Mittermaier a. a. D. §. 89 gegen die frühere Leibeigenschaft zu sein scheint. — Durch die Art und Weise der Gebundenheit, die wir hier nicht weiter untersuchen können, entscheidet sich der Streit.

6) Schmidt, Geschichte der Teutschen Th. 1. B. 2. Cap. 11. und Th. 2. B. 4. Cap. 11. Mittermaier, teutsches Pr.-Recht §. 429. (3. Ausg.), der mit Recht die Benennungen *medicarii* (franz. *metayer*), welche in Urkunden aus dieser Periode vorkommen, davon ableitet.

7) Eichhorn, teutsches Pr.-Recht §. 50. Hagemann a. a. D. S. 188.

ferner als Leibeigene gehalten sein wollten, weil Christus sie alle gleich durch sein Blut erlöst habe⁸⁾, und wurde auch dieser Aufstand auf Frankenhause's Feldern gedämpft, so wirkte doch die Billigung der Grundsätze durch den gewichtigen Reformator Luther, in Verbindung mit der Furcht vor ähnlichen Auftritten, nachhaltig.

An Furcht und aufgeklärtere Gesinnung schloß sich, wie gesagt, das eigene Bedürfnis der Fürsten. Die Inhaber der Landeshoheit sahen ein, daß der Bedarf nach Boden nicht sicherer befriedigt werden könne⁹⁾, als wenn die zahlreichere Classe der steuernden Bauern bei ihrem Besisthume immer mehr und mehr geschützt und der Willkür der Grundherren entzogen werde. Die Landesherren traten also zwischen Beide gleichsam in die Mitte.

Sie bewilligten den Bauern Erbstätten¹⁰⁾, wobei sie den Kammerbauern mit eigenem Beispiele vorangingen, und Adel und Kloster mußten sich fügen. Nach dem Beispiele des inzwischen eingeführten römischen Rechtes vom *dominium directum et utile* traf man ein Auskunftsmittel zwischen den Betheiligten¹¹⁾ in der Hauptsache, soviel den Besistitel betrifft, und die verschiedenen meist in Naturalien bestehenden Abgaben an den Grundherrn blieben bestehen. Das 16. Jahrhundert kann also mit wenigen Ausnahmen als die Zeit der erblichen Colonate angesehen werden.

Ließ man auch dem Gutsherrn in einigen Ländern¹²⁾ nach, daß er die Meiergüter wegen eigenen Bedarfes ferner einziehen, auch unter Umständen den Besitzer entsetzen, abmeiern, könne (s. Bauergüter), so waren doch diese Fälle so selten, daß von nun an der Bauernstand eine Art Selbstständigkeit behauptete.

Sein Interesse wurde mehr mit dem Grundstücke verbunden, die persönlichen und aufkündbaren Verhältnisse gingen in dingliche und bleibende über und er für sich und seine Familie wurde gleichsam mit der Scholle verschmolzen.

In dieser Periode — selten früher — entstanden auch Freibauern, die sowol reichsfrei als territorialsfrei waren. Sie kommen unter der Benennung vor: Sattelhöfe, Schriftfassen, Freisassen, Erbsassen, Freimänner, Erberen, Staven, Lansten u. s. w.¹³⁾ Die Hauptkennzeichen bestehen darin, daß sie

8) Sartorius, Gesch. des teutschen Bauernkrieges S. 384. Schmidt, Geschichte der Teutschen Th. 5. B. 8. Cap. 11. Pölig, Weltgeschichte Th. 3. S. 76. (5. Ausg.)

9) Eichhorn, Rechtsgeschichte §. 448. Mittermaier a. a. D. §. 88.

10) Kunde, von der Interimswirtschaft S. 273, und im Herzogthum Braunschweig Landtagsabschied von 1597. Gesenius, Meierrecht Th. 1. S. 425.

11) Mittermaier a. a. D. §. 88.

12) 3. B. im Kalenbergischen und dem Herzogth. Braunschweig. Vgl. Struben de iure villic. cap. 8. §. 18.

13) Vgl. Hagemann, Landw.-R. §. 88. Püttmann über Sattelhöfe, Leipzig 1788. Westphal, teutesches Pr.-R. Th. 1. Nr. 5.

keine gütsherrlichen Dienste und Abgaben zu leisten haben, also ihr Dispositionsrecht freier ist, daß sie häufig einen befreiten Gerichtsstand haben (Kanzleisäßig, amtsäßig)¹⁴⁾, häufig zu Lehn gehen u. s. w.

Die meisten Bauern blieben jedoch den gewöhnlichen Lasten unterworfen, wohin Zins (theils in Natur theils in Gelde), Zehnten, Herrendienst und öffentliche Abgaben mehrfacher Art gehören.

Von dem gütsherrlichen Verbands, oft auch von dem Gerichtsverbande, von den Leistungen, von der Größe der Besitzungen und von der Stellung in der Gemeinde, erhelet der Bauer denn auch — theils schon früher, theils nach anerkannter Erblichkeit seiner Besitzungen — verschiedene Benennungen und Classen.

1) Nach dem gütsherrlichen Nexus bezeichnet finden wir: Erbzins- und schlechte Zinsbauern, Erbpachtbauern, Erbleihen, Schillingsbauern, Schafftbauern, Bauern oder Güter zu Walthrecht und Meiergüter, welche letztere eigentlich unter dem Namen Colonatgüter vorkommen¹⁵⁾.

2) Von dem Gerichtsverbande (Dingverbände): Meierdings-, Voigtdings-, Propstdings-, Freindings-, Hagerdingsgüter oder Bauern¹⁶⁾, und von dem Stande des Gutsherrn benannt: Kammerbauern oder Meieramtsbauern, Junkern-, Stifts-, Kirchen-, Kloster-, Pfarrbauern u. s. w.¹⁷⁾

3) Nach Verschiedenheit der Größe der Höfe und der Bespannung: Vollspänner, Ackermann, Baumann, Vollmeier, Vollhöfner in der ersten oder höchsten Dienstklasse, Dreiviertelspänner-, Hüfner-Meier u. s. w., in den folgenden und dann wieder in den geringeren Abstufungen: Halbspänner, Halbhüfner, Halbmeier u. s. w., und endlich Rothfassen oder Rosfaten, Röthher, die sich in Groß- und Kleinköthher theilen.

4) Nach dem Gemeindeverbande endlich werden die sämtlichen größeren Bauern Reihewirtthe oder Reihewohner, Gemeindebauern genannt, während die nicht Reihewohner Brinkfiker, Hinterfättler, Röthner¹⁸⁾, Neubauer, Anbauer, Weibauer gewöhnlich nur Häuser, aber kein Land besitzen und nicht in der Gemeinde stimmen und steuern.

14) Struben, rechtl. Bed. Th. 1. B. 3. Runde, deutsch. Pr.-R. §. 523. Klingner, Dorf- und Bauernrecht Th. 1. S. 376. Mittermaier, deutsches Priv.-R. §. 422 u. 432. Terrenner, Abhandlung von den Freigütern, Dresden 1797.

15) Mittermaier, deutsches Priv.-Recht §. 436. Pagemann, Landw.-R. §. 114 flg. von Buri, Abhandl. von Bauergütern. Struben de iure villic.

16) Pagemann a. a. D. §. 119. Mittermaier a. a. D. §. 440.

17) Pagemann a. a. D. §. 54.

18) Von den Wohnungen Rothher oder Rathen, wovon sich auch die geringe Classe der Reihewohner wohl so nennt. In Schlesien kommt die Benennung: Dreschgärtner vor. Vergl. Mittermaier in der allgem. Encyclop. Th. 8. S. 168.

5) Häuslinge, Einlieger, Tagelöhner besitzen gar kein Grundeigenthum und können gleich den Dienftboten nur der gewöhnlichen Beschäftigung nach zu den Bauern gezählt werden.

Mehr über die Güter der Bauern später.

II. Von der Periode des festen erblichen Grundbesizes an begann auch der Bauer eine angemessnere Rolle im Staatsleben zu spielen. Er wurde — mit wenigen Ausnahmen, welche die natürliche Abgeschlossenheit des Standes hervorbrachte — den übrigen Staatsbürgern gleichgesetzt. Er konnte vor Gericht nicht allein Person und Grundstücke vertheidigen, sondern wurde auch im Verhältnisse zum Dorfe eben so gut Mitglied der Gemeinde, wie die Bürger in den Städten es waren.

Wasten sich auch die Städte im Handel und Gewerbe längere Zeit ausschließliche Vorrechte an, so stattete man dem Bauer dagegen mit anderen nicht unwichtigen Vorrechten aus. Man erlaubte ihm gleich dem römischen Landmanne seinen letzten Willen vor 5 Zeugen zu offenbaren; seine Früchte und Geräthe im Felde wurden besonders befriedet, und die Ackerbestellung durch Anordnung nothwendiger, gegenseitiger Servituten befördert¹⁹). In der Saat- und Erntezeit muß der Bauer mit außerordentlichen und langwierigen Diensten verschont werden²⁰). Die in Kriegszeiten durch den Feind erpreßten gutsherrlichen Pacht-, Zins- und sonstigen Gefälle braucht er nicht noch einmal an den Gutsherrn zu bezahlen²¹), und treffen seine Feldfrüchte oder Vieh ungewöhnliche Unglücksfälle, so muß ihm Remission an öffentlichen und gutsherrlichen Abgaben angebeihen. Eben so darf die Verlegenheit des Landmannes nicht benützt werden durch Verpfändung oder Ankauf der Feldfrüchte, so lange sie auf dem Halme stehen²²). Ein Gleiches findet statt in Hinsicht auf Ackergeräthe, Zug- und Hornvieh, insofern solches zur Bestellung unentbehrlich ist, und bei einer etwa bestellten Generalhypothek darf daran Execution oder Abpfändung nicht vollzogen werden²³). Ferner ist der Landmann bei nothwendigen und unaufschieblichen Feldgeschäften den Sabbatsedicten nicht unterworfen. Wer ihm Geld zum Ankaufe von Brod- und Saatkorn oder zur Bestellung der Felder leihet, ist im Concurse besonders bevorzugt. Selbst seine Prozesse sollen nach den Gesetzen mehrerer Lande summarisch behandelt und in der Kürze abgethan werden²⁴), und in den Fällen, wo er ohne Rechtsbeistand war, oder solchen nicht füglich haben konnte, soll ihm Restitution gegen Verabsäumung in Rechtsgeschäften ertheilt wer-

19) Münter, Weiderecht §. 103. Pagemann, Landw.-Recht §. 71.

20) Kehtlich schon im L. 1. C. de agric. et censit. (11. 47.)

21) Pagemann a. a. D. Gabke, Grundsätze des Bauernrechtes §. 450.

22) Fischer, Cammeralrecht Bb. 2. §. 1018.

23) Gabke a. a. D. §. 450. Münter, Weiderecht §. 231. Pagemann a. a. D. §. 71. S. 111.

24) Fischer a. a. D. Bb. 1. §. 1305 fig. und Bb. 2. §. 1017 fig.

den ²⁵⁾. Die Verfassung der Wechselfähigkeit ²⁶⁾ steht in der Mitte zwischen Zurücksetzung und Begünstigung. Vor allen Dingen ist dem Gutsherrn zur Bedingung gemacht, daß er die Abgaben und Leistungen an Zinsen und Diensten nicht steigern, verändern oder erschweren dürfe ²⁷⁾.

Dagegen mußte aber auch die Sorge des Staates für die Grundherren und für sich selbst, so viel besonders die Bevölkerung und Erschwerung oder Vertheilung der Abgaben betrifft, manche Beschränkungen herbeiführen, die dem Bauer besonders in der Erwerbung und Veräußerung seiner Güter Fesseln anlegen und, so wie die Sachen jetzt stehen, ihn noch keineswegs mündig sein lassen. So darf der Bauer in allen den Fällen, wo er einen Guts- oder Zinsherrn anerkennt — als Folge des getheilten Eigenthums — ohne dessen Zustimmung die Güter weder im Ganzen noch in einzelnen Theilen verpfänden, versetzen oder sonst veräußern, selbst in einigen Staaten die Uebertragungen oder Vererbungen in der Familie ohne dessen Consens nicht vornehmen ²⁸⁾. Er darf ferner keinen Vertrag schließen, der dingliche Gegenstände betrifft, ohne solchen der Obrigkeit zur Prüfung und Bestätigung vorgelegt zu haben. Bevor dieß geschehen, wird sogar häufig nicht einmal ein Klagerrecht oder eine Einrede für oder gegen den Bauer daraus gestattet ²⁹⁾.

Auch darf er nicht mehrere Höfe erwerben, ohne dazu die besondere Erlaubniß der Regierung eingeholt zu haben ³⁰⁾, und die Gesetze mehrerer Staaten schreiben ihm noch jetzt vor, welche Abfindungen und Auslobungen er bei Vererbungen in der Familie aussetzen, wie er bauen, wieviel er bei Hochzeiten oder Kindtaufen verwenden, selbst wie er sich kleiden soll ³¹⁾ u. s. w.

Dagegen aber verdienen die neuesten Bestrebungen, diesen eben so wichtigen als zahlreichen Stand in seinem Besitztume mehr zu heben und wo möglich zu emancipiren, ehrenvolle Anerkennung. Beweise dieser Sorgfalt liefern die Gesetze der meisten teutschen Staaten wegen Theilung der Hute und Weide, Zusammenlegens der Felder und Wiesen (Verkoppelungen), die Vorschriften, theils auf einseitige, theils auf gegenseitige Kündigung, wegen Ablösung der Lehns-, Dienst-, Zehnt- und Zinsverhältnisse, und die dem Stande bald unter gewissen Verhält-

25) St u b e n, rechtl. Verh. Th. 1. S. 121, 402, u. Th. 4. S. 33.

26) P ü t t m a n n, Grundsätze des Wechselrechtes §. 31.

27) G a b l e a. a. D. §. 448. P a g e m a n n a. a. D. S. 112.

28) J. B. in den königlich hannoverschen Landen, während in andern, z. B. im Herzogthume Braunschweig, dem Gutsherrn bei Vererbungen in der Familie nur ein Widerspruchsrecht aus besonderen Gründen zusteht.

29) J. B. im Herzogthume Braunschweig laut Verordnung von 1620 und späteren Declarationen.

30) Der Grund liegt in dem Wunsche der Bevölkerung, und, der veränderten Zeitumstände ungeachtet, gilt die Vorschrift in mehreren Staaten noch jetzt.

31) J. B. sächsische Kleiderordnung von 1750 §. 6.

nissen und Güterbestz, bald durchgängig gestattete Theilnahme an der ständischen Vertretung.

Allerdings haben diese neuen Anordnungen der Theilungen und Ablösungen eine höhere und weitere Richtung — wie denn überhaupt der Staat allgemeinere Gesetze selten nach dem Vortheile eines Standes allein bemessen darf. — Sie sollen den Staatsmechanismus vereinfachen, indem sie den Zündstoff zahlloser Streitigkeiten und das Abmühen in zeitraubenden Berechnungen und Formen hinwegnehmen; sollen vom Richter und dem verwaltenden Beamten nicht allein Last und Mühe wälzen, sondern auch einem großen Theile der Staatsbürger Ausgaben ersparen, die nur mit Widerwillen gezahlt wurden; sollen Ackerbau und Viehzucht heben, und den Verkehr mit Gegenständen fördern, die früher gleichsam gefesselt und todt lagen u. s. w.

Dennoch aber ist nicht zu verkennen, daß der Bauer bei diesen Reformen am meisten gewinnen muß. Die Förderung des Ackerbaues und der Viehzucht³²⁾ berührt ihn zunächst, Ersparung von Zeit, Mühe und Kosten gereichen auch ihm zum Vortheile, und wenn nicht Alles täuscht, so wird die moralische Besserung des Bauernstandes den aufgeklärten Gesinnungen, welche die Gesetzgeber durch jene Anordnungen nebenbei bekündeten, dankbar und lohnend entgegen kommen.

Gemeinschaft der Acker und Wiesen, selbst der Aecker zur huthbaren Zeit, führten Streit und Unfrieden zwischen Hirten und Eigenthümer auf der einen Seite, und Ueberlistung auf der anderen Seite herbei, das Durcheinanderliegen der Aecker aber zahlloses Abflügen. Die Meierzinsen wurden entweder nicht zur bestimmten Zeit, noch mehr aber schlecht und betrüglich im Gemäße geliefert, der Zehnte, zog ihn der Empfänger in Natur, wurde betrüglich ausgesetzt, und wurde er verpachtet³³⁾, durch Verabredungen ein schlechtes Pachtgeld erzwungen, und im Dienste endlich war der fleißigste Landwirth träge. Unbewandert in der Geschichte, unfähig die Rechtsverhältnisse zu beurtheilen, eingehüllt dagegen in Vorurtheile, sieht der ungebildete Landmann alle diese Leistungen als etwas Gehässiges und Aufgebrungenes an, und das Alter unterrichtet schon früh die Jugend, wie sie durch List und Betrug dagegen anzukämpfen habe.

Kurz, es ist nicht zu leugnen, daß alle diese älteren Institute, so rechtlich begründet sie sind, nur dazu beitragen, Unrecht und Betrug zu erzeugen, und wenn es wahr ist, daß Unrecht und Betrug am sichersten durch Hinwegnahme der Gelegenheit gehoben werde, so muß auch die Folge sich als richtig darstellen, daß der Staat durch Theilungen der Gemeinheiten und Ablösung der erwähnten Lasten zugleich die moralische Verbesserung des Landmannes erreichen, und zwar um so sicherer erreichen müsse, wenn er ihm nebenbei durch Bewilligung mehrerer Vorrechte mit Vertrauen entgegen kommt.

32) Unserer Ansicht nach mehr Rindvieh als Schafzucht.

33) Nach vielen Landesgesetzen haben die Zehntpflichtigen ein Vorrecht.

III. Die Eigenthümlichkeiten, womit der Bauer aus der Geschichte hervorging, seine gleichförmige, früh begonnene und später fortgesetzte Beschäftigung mit Ackerbau und Viehzucht, die Abgeschlossenheit von Gewerben, Handel und Fabriken, von geistlicher Beschäftigung, Bildung und Aemtern, verbunden mit der bisherigen Richtung der Gesetze, ihn nur auf das, was seines Standes ist, zu leiten und dabei zu erhalten — alle diese Verhältnisse mußten bei dem Bauernstande eine gewisse Abgeschlossenheit in Sprache, eigenthümlichen Sitten und Gebräuchen zu Wege bringen. In der That entdecken wir sie auf eine hervorragende Weise. Zuvörderst ist es die Sprache, die den Landmann auszeichnet. Klebend am Alten und abgesondert von Bildung, mußte ihm auch die Bildung der Sprache fremd bleiben. Die altfäsischen, wendischen, slavischen und andere Ueberreste mußten sich bei dem deutschen Bauer am längsten erhalten³⁴⁾.

So wie der Bauer sich in der Sprache das Alte bewahrte, so finden wir auch bei ihm noch die guten und schlechteren inneren Eigenschaften, sowie die äußeren Sitten und Gebräuche der Vorzeit.

Der Landmann ist es, der bei Unglücksfällen seinen Nächsten am kräftigsten unterstützt. Die Verabreichung von Naturalien, die Leistung der Fuhren bei Brandunglück sind in mehreren Gegenden bis zur Ueberservanz erhoben, und der Zurückbleibende wird ausgezeichnet. Dem Freunde oder Fremden wird freundlich die Rechte gereicht, und während der Mund das Willkommen ausspricht, bethätigt der gedeckte Tisch das Natürliche und Wohlgemeinte.

Nicht minder zeichnet sich der Landmann in äußeren Sitten und Gebräuchen aus. In der Kleidung bekämpfte er am längsten fremde Trachten und Moden; die alte teutsche Sitte, in eigenen Erzeugnissen sich wohlfeil, dauerhaft und bequem zu kleiden, behielt er bei, und städtische Gebräuche wirkten auf die alltägliche Kleidung wenig ein. Da die eigenen Erzeugnisse örtlich verschieden sind, so erklärt sich die Verschiedenheit der Trachten nach den Vertlichkeiten.

Die Gesetze der Staaten waren es, die den Bauer besonders bei angemessenen Trachten zu erhalten suchten. Die Polizei dehnte die Kleiderordnungen auch auf das Land aus³⁵⁾.

Am auffallendsten sind die Gebräuche bei feierlichen Gelegenheiten, bei Verlobnissen und Hochzeiten, bei Kindtaufen und Begräbnissen; die letzten weniger als die ersten. Sie bieten für den Gesetzgeber, Richter und Anwalt mehrere bemerkenswerthe Seiten dar, und verdienen daher eine Besprechung.

Der Sohn der Natur befolgt den Grundsatz, daß Freude durch Genüsse erhöht, und Traurigkeit durch Genüsse verschleucht werden

34) Auch Frankreich kennt sein Patois und Gaslognisch, England sein Irisch und Altirisch, Spanien sein Baskisch. Nur in Schweden, Dänemark und Rußland trennte sich die Sprache weniger.

35) Mittermaier in der allgemeinen Encyclopädie von Ersch und Gruber Th. 8. S. 169. Sp. 1 a. C.

müsse. Der Landmann trägt daher kein Kind zur Taufe, keine Leiche zur Grabstätte, ohne Freunde und Bekannte zur Theilnahme einzuladen und sie gastlich zu bewirthen. Bei der Taufe zeigt sich die Freigebigkeit der Gvattern durch Geldgeschenke³⁶⁾, und man lud deren sonst 6 bis 8, bis die meisten Landesgesetze sie auf die Hälfte herabsetzten, auch meistens die Schmausereien bei Kindtaufen untersagten³⁷⁾.

Mehr noch gibt es der Formen und Feierlichkeiten bei Verlobungen und Hochzeiten.

Die Wichtigkeit und Feierlichkeit der bürgerlichen Hochzeiten wurde noch vermehrt, als die Güter der Bauern erblich wurden. Der Gutsherr erhielt einen neuen erblichen Bebauer, der Staat und die Gemeinde ein neues Mitglied mit Grundbesitz. Die Gewehre und Auflassungen, Bedemund und Weinkaufsgelder wurden eingeführt und mit Feierlichkeiten verbunden. Sollte der neue Wirth die Verbindlichkeiten gegen Familie, Staat, Gutsherr und Gemeinde erfüllen, so mußte er mit Geldmitteln und Naturalien unterstützt werden. Dieß konnte nur durch Hilfe der Freunde und des neuen Ehegatten geschehen, und zwar in dem Maße, als der Hof es bedurfte. Brautgabe und Aussteuer mußten berücksichtigt werden.

Alt ist daher schon die Sitte, daß zu Hochzeiten auch der Geschenke wegen zahlreiche Gäste geladen, und daß weniger gefreiet wurde nach persönlicher Liebe und Zuneigung, als vielmehr nach Arbeitsfähigkeit und Gesundheit, nach Größe und Angemessenheit des Zugebrachten zum Hofe und des Hofes zum Zugebrachten.

Hof und Güter persönlich zu erforschen oder zu bekunden war nicht angemessen. Alt ist daher bei dem Bauer das Institut der Freierwerber. Vortraute, kundige Männer wurden zu Eheverwebern gebraucht, und — jedoch nur für den Fall der wirklich geschlossenen Verbindung — für ihre Mühe entschädigt, bald nach Uebereinkunft, bald nach üblicher Sitte³⁸⁾. Eben dieser Mann spielt daher bei bürgerlichen Verlobungen und Hochzeiten eine nicht unwichtige Rolle. Er erforscht und ermittelt das Zuzubringende und die Gegenverschreibung (Widerlage), berebet den Tag der Verlobung, ist Zeuge dieser Feier und sammelt am Tage der Hochzeit die Geschenke ein (Brautgeschenke oder Brauttafel³⁹⁾).

Der Verlauf und die Ordnung dieser wichtigen Feier — die wir

36) Von der Sitte, die Geschenke in Tücher zu binden oder zu knöten, Eingebinde oder Gvatterknote genannt.

37) Z. B. im Braunschweig'schen und Hildesheim'schen. Vgl. Polizeiordnung vom 20. Oct. 1665.

38) Der Vertrag ist der Mandats- oder Maklercontract, und das Honorar bald Geld bald Kleidung (Kuppelpelz). In Niedersachsen meist Gut und Pomb, ohne das baare Geld.

39) Sie bestehen nach gewöhnlicher Sitte in feinem Golde, auch wohl in silbernen Edelfeln, betragen oft mehrere hundert Thaler und haben den Namen davon, weil sie an dem Tische der Braut in eigenen Geschirren geopfert werden.

wenig abgehandelt fanden ⁴⁰⁾ — sind folgende: Die Verlobung des Bauern theilt sich in zwei Geschäfte, in die sogenannte Handverlobung und das förmliche Verlöbniß.

Die erste wird zwar durch Handschlag und Geschenke gefeiert, jedoch nach den Gesetzen der meisten Staaten nicht als verbindend angesehen. Erst die zweite Handlung, das eigentliche Verlöbniß, ist an Formen gebunden (wohin das Weissein nicht allein der Eltern und Vormünder, sondern auch nach den meisten Vorschriften die Gegenwart der Prediger und einer Gerichtsperson gehört), und erzeugt verbindliche Kraft ⁴¹⁾.

Der Verlobung folgt die Verschreibung der Güter (des Zugewachst, Dos, und der Gegenverschreibung, Widerlage), Bestimmung der Abfindungen oder Auslobungen, und des Auszuges oder der Leibzucht, auch wohl Ehestiftung oder Ehezarter genannt; Verschreibung oder Ehestiftung ist der eigentliche Vertrag in bürgerlich rechtlicher Form.

Den Beschluß macht die kirchliche Form der Trauung oder Copulation, die dem vorausgegangenen eben erwähnten weltlichen Vertrage den eigentlichen Bindepunct gibt. In den meisten Staaten darf jedoch auch die Copulation nicht eher vorgenommen werden, bevor der sogenannte Bedemund oder Trauschein, d. h. die Bescheinigung, daß von Gerichtswegen gegen die Verbindung nichts einzuwenden sei, vorgezeigt worden ⁴²⁾.

Die äußerliche und weltliche Feier der Hochzeit findet am Tage der Trauung und nach derselben statt, und dauert gewöhnlich mehrere Tage, insofern Gesetze oder Gebrauch sie nicht auf einen Tag beschränken. Die Zahl der Tische wird nach der Ausdehnung der Bekanntschaft und nach der Größe der Höfe bestimmt. Dem, welcher die Hochzeit auszurichten hat, liegt daran, die Kosten nicht zu vermehren und den jungen Eheleuten dagegen die Zahl der Gäste zu vergrößern, weil alsdann die sogenannte Brauttasel reichlicher ausfällt. Die Unterhandlungen und Bestimmungen über die Dauer und den Umfang der Hochzeit nach der Anzahl der Tische erfolgen bei Gelegenheit des schriftlichen Ehevertrages ⁴³⁾, wenn nicht — wie häufig geschieht — Beides polizeilich bestimmt ist.

40) Selbst in der „Feier der Liebe, oder Beschreibung der Verlobungs- und Hochzeitsceremonien aller Nationen“ (Berlin 1824. 2. Aufl.), findet sich über bäurische Gebräuche wenig.

41) Nach den Gesetzen einiger Staaten, z. B. im Herzogthume Braunschweig (Verordnung vom 15. Februar 1814), erzeugen Verlobungen überall keine Klage auf Vollziehung der Ehe, sondern nur auf Entschädigung.

42) Z. B. im Braunschweig'schen allgemeine Landesordnung Art. 99, im Hannover'schen Polizeiordnung von 1665 Art. 82.

43) Ein solcher Tisch faßt in Niedersachsen gewöhnlich 12 bis 15 Personen, und ein Tisch erfordert eine Tonne Bier (108 Quart). Daher die Bezeichnung nach Tischen oder gewissen Tonnen Bier in den Verträgen gleichbedeutend ist. Die Ausrichtung einer Hochzeit zu 4 Tonnen Bier und 2 Tagen wird hiernach verständlich.

Auf die Ausrichtung der Hochzeit, in der versprochenen oder gesetzlich bestimmten Größe und Dauer, findet ein Klagerecht statt, wobei, wenn ein Dritter sie ausrichtet, der übliche Kostenaufwand, und wenn die Ausrichtung in Natur unterbleibt, die Brauttafelgelder als *lucrum cessans* in Anschlag kommen. Die Hochzeit einer Verlobten nach ländlicher Sitte ist ein Theil der Ausstattung oder *dos*. Sie würde also, wenn sie nicht versprochen wurde, mittelst der *condictio ex moribus*, und wenn sie versprochen aber nicht geleistet wurde, mittelst der Klage aus dem Vertrage oder *actione de dote petenda* gefordert werden können⁴⁴).

Die Freigebigkeit und Geschenke der Hochzeitsgäste — ein gleichfalls alter Gebrauch⁴⁵) — äußern sich auf mehrfache Weise. Einmal durch Zusendung von Butter, Milch, Eier, Fleisch oder Geflügel am Tag vor der Hochzeit (diese Geschenke kommen dem Ausrichtenden zu statten, und werden durch kleine Gegengeschenke von Kuchen oder Weisbrodt erwidert), dann wieder durch die mehrerwähnten Gaben in die Brauttafel, die den angehenden Eheleuten als Regel zukommen, und wofür diese, oder in deren Namen der Freiverber, Dank und Annahme öffentlich aussprechen, endlich aber durch Geschenke von Seiten der Jugend, die in einem Brautfranze und Wändern, besonders aber, als Zeichen des Fleißes und der Häuslichkeit, in einem Spinnrocken und Haspel bestehen.

Musik und Tanz dürfen bei keiner Hochzeit fehlen, jedoch werden in den meisten Gegenden die Spielleute nicht von dem Hochzeitgeber, sondern von der männlichen Jugend bezahlt. Der darüber errichtete Vertrag entscheidet über den Spiellohn. Sämmtliche erschienene Gäste erhalten ein Andenken, meistens in Tüchern bestehend.

Bauergüter. Ohne Grundbesitz würde der Bauer sich nur in persönlichen Rechten bewegen, und da er weder im Handel noch in Gewerben besonders thätig auftritt, sich wenig bemerkbar machen. Der Besitz der Güter ist es, der ihm dingliche Rechte gibt, ihn mit dem Grunde und Boden gleichsam verwebt, und in dieser Beziehung spielt er im Staatsleben wie im Rechtsgebiete eine vorzügliche Rolle.

Der Besitz seiner Grundstücke ist der zahlreichste und umfassendste. Die drei Grundquellen des gesammten Staatseinkommens — Grundrente, Arbeitslohn und Capitalgewinn — berührt er am stärksten, und die Eigenthümlichkeiten und Gewohnheiten, worein der Bauer sich und seine Güter gehüllt hat, fordern Gesetzgebung, Theorie und Praxis auf, ein besonderes Augenmerk auf ihn und sein Besitzthum zu richten.

44) Schmidt von Klagen und Einreden §. 350. (6. Ausg.) L. ult. C. de dot. promiss. L. unic. §. 1. C. de rei uxori. act. Wobei sich jedoch versteht, daß das Klagerecht nicht weiter ausgedehnt werden könne, als die Gesetze der Staaten die Dauer oder Größe solcher Verabreichungen gestatten. Ein gewöhnlicher Fehler solcher Gesetze ist aber das Alter, z. B. braunschweigische Verlobniß-, Hochzeits- u. Ordnung von 1646, und Landesordnung von 1647.

45) Schon Tacitus a. a. D. sagt: *Intersunt parentes et propinqui, et munera probant.*

Beleuchten wir zunächst die vorhin schon erwähnten Classen der Bauern und deren Güter in der rechtlichen Bedeutung, soweit der Raum es gestattet.

Zuvörderst schicken wir die allgemeine Bemerkung voraus, daß der Bauer, so lange er noch einen Zinsherrn anerkennt — also nicht sogenannte Freigüter besitzt oder sie sich durch Ablösung der lastbaren Verhältnisse erwirbt — an dem Gute selbst, es heiße Meiergut, Erbzins-, schlechtes Zinsgut u. s. w. ein freies Eigenthum nicht hat. Da wo sich nicht bloße Pachtverhältnisse herausstellen⁴⁶⁾, ist bei allen diesen Gütern das Eigenthum getheilt. Das Ober- oder Grundeigenthum steht dem Meier- oder Zinsherrn zu, und was der Meier- und Zinsmann sein nennen kann, ist nur der erbliche Besitz und das Nußeigenthum⁴⁷⁾, so lange er den Bedingungen Genüge leistet, woran auch dieses dominium utile gebunden ist.

Läßt der meier- und zinspflichtige Bauer seine gutsherrlichen Abgaben gewisse Jahre unberichtigt, veräußert er auf irgend eine Weise das Gut ganz oder theilweise, oder bringt er solches durch schlechte Wirthschaft herunter; so kann er entsetzt werden. Er muß sogar, wie wir sahen, nach mehreren Meierordnungen die Meierstatt herausgeben, wenn der Gutsherr ihrer zu seinem und der Seinigen nothwendigen Lebensunterhalte bedarf. Also auch das Nußeigenthum ist bei diesen Bauern noch ein bedingtes.

Was der Bauer aber unter allen Verhältnissen sein Eigen nennen kann, ist das Inventar, sowohl das mit dem Gute verbundene (alodium cum villa coniunctum seu inseparabile), als das Nichtverbundene oder Trennbare (a. non coniunctum seu separabile)⁴⁸⁾. Das erste muß er zwar in der Stätte lassen, kann aber unter Umständen Bezahlung verlangen, das letzte darf er dagegen frei veräußern oder hinwegnehmen.

Eben dieses bedingte Eigenthum an der Stätte mußte denn besondere Beschränkungen in der Disposition jeder Art, wohin besonders Geschlossenheit des Hofes und Unveräußerlichkeit der Zubehörungen, selbst ein bei allen Bauergütern vorherrschendes Oberaufsichtsrecht des Gutsherrn und des Staates, herbeiführen, also eine Art dingliche Curatel, der die Besitzungen anderer großjährigen Staatsbürger nicht unterworfen sind. Diese Grundzüge tragen sich mit wenigen Ausnahmen auf alle Bauergüter über, die wir jetzt nach ihren wesentlichsten Classen und Eigenschaften näher kennen lernen wollen.

46) Sie sind selten, finden sich jedoch aber z. B. im Hannover'schen, besonders in Göttingen und Grubenhagen.

47) Einige gestehen, namentlich dem Meier, auch dieses nicht zu. Gese-nius, Meierrecht Th. 2. S. 108 — 130. Richtiger ist die obige Ansicht. Vergl. v. Bülow und Hagemann, pract. Erdr. Th. 2. S. 273. Pufendorf T. 4. obs. 177.

48) Worin solches bestehe vgl. v. Bülow und Hagemann a. a. O. Th. 1. S. 187, und Scholz des Dritten Intestaterbrecht der Ehegatten auf teutschen Bauergütern S. 29 ff.

1) Die bei weitem zahlreichste Classe bilden die Meiergüter, d. h. solche, deren Benutzung dem Besizer gegen Entrichtung eines gewissen sich gleichbleibenden Meierzinses⁴⁹⁾ erblich überlassen ist⁵⁰⁾. Zu den Nebeneigenschaften gehört, daß meistens ein Contract unterliegt, daß dieser in gewissen Zeiträumen (gewöhnlich alle 6 oder 9 Jahre) erneuert und bei der Erneuerung eine Abgabe (Weinkauf) entrichtet werden muß⁵¹⁾.

Die hervorstechenden Eigenschaften im Begriffe dieser Güter sind, daß dem Besizer ein nutznießliches Eigenthum in dinglicher Eigenschaft zusteht⁵²⁾ (wenn ihm Particularrechte solches nicht ausdrücklich entziehen), daß der Zins nicht erhöht oder verändert werden kann, und daß die Güter in der Familie vererben. Sie kommen auch unter der Benennung vor: Erbleihen, Erbpächter⁵³⁾, Erbpachtgüter⁵⁴⁾, Schillingsgüter⁵⁵⁾, Schafft- und Voigteigüter⁵⁶⁾, auch Güter zu Waltrecht und zu Landsiedelrecht⁵⁷⁾. Zu leugnen ist aber nicht, daß provinziell hin und wieder wohl das Eine oder Andere von den obigen Eigenschaften abgeändert ist.

2) Den sogenannten Colonatgütern nähern sich der Zahl nach die Erbzinsgüter. Sie wurden keineswegs durch das römische Recht und dessen Grundsätze von der Emphyteuse erst auf den teutschen Boden gerufen, gehörten ihm vielmehr schon früher an; obwohl immerhin sein mag, daß die sieghaften teutschen Stämme sie den Römern nachbildeten. Sie kommen schon früh vor. So kennt sie z. B. der Sachsenspiegel, und mehrere Erbzinsbriefe sind uns schon aus dem 13. und 14. Jahrhundert überliefert⁵⁸⁾.

Eben daher sind auch diese teutschen Emphyteutgüter von den römischen sehr verschieden, und nicht nach diesen fremden Grundsätzen zu beurtheilen⁵⁹⁾. Die Unterschiede äußern sich besonders in der Heimischung anderer Verträge, z. B. der Zahlung eines Kauf- oder Er-

49) Gewöhnlich in Getreide oder sonstigen Naturalien bestehend, z. B. Hühner, Eier u. s. w.

50) Hagemann, Landw.-Recht §. 114 nimmt auch Leistung der Dienste mit in den Begriff auf. Diese Eigenschaft ist jedoch nur zufällig.

51) Mittermaier teutsches Privatrecht §. 443.

52) Ueber die Gründe vergl. Scholz des Dritten a. a. D. §. 3b. Das preuß. Landrecht Th. 1. Tit. 21. §. 192, unterscheidet zwischen Erbpachtrecht und erblichem Nutzungsrecht.

53) Z. B. am Rheine. Vergl. Koch, Abhandlung 1c. von den Erbleihen 1c. Mainz 1791.

54) Preuß. Landr. a. a. D. §. 187.

55) Im Hannoverschen. Pufendorf obs. T. 3. obs. 31. Spangenberg neues vaterl. Archiv 1824. S. 3. S. 91.

56) Z. B. im Luxemburgischen.

57) Z. B. im Hessischen. Rommel Geschichte Ann. S. 190.

58) Vergl. Sachsenspiegel III. 79. Schott jurist. Wochenblatt 4. S. 598.

59) Mittermaier, teutsches Privatr. §. 435. Hagemann Landw.-Recht S. 200. Danz, teutsches Privatr. §. 506.

werbsgelde, der Entrichtung eines Cautions; der sich mehr dem Erbpachtgelde als dem Zeichen des Obereigenthumes (in recognitionem dominii) nähert; und in anderen Bedingungen des Heimfalles u. s. w. ⁶⁰⁾

Meistens entscheidet der Contract über die vorherrschenden Eigenschaften; jedoch haben viele Landesgesetze geglaubt, auch bei diesen Gütern die Grundsätze des römischen Rechtes geradezu anwenden zu müssen ⁶¹⁾, während Andere auch hier sich mehr dem teutschrechtlichen Colonnatsverhältnisse nähern ⁶²⁾.

Für Verhältnisse letzterer Art muß billig die Vermuthung streiten, und selbst der Name Erbzins darf noch nicht berechtigen, die römische Emphyteuse anzunehmen, weil es nicht an Beispielen fehlt, daß die Benennung Erbzins bei Meierzinsgütern vorkommt ⁶³⁾, oder daß die Benennung als Gegensatz vom einfachen oder schlechten Zinse genommen wird ⁶⁴⁾.

In teutscher Eigenschaft kommen die Erbzinsgüter unter verschiedenen Benennungen vor, z. B. Oberbesserung in Hessen ⁶⁵⁾, Festehufen in Holstein und Schleswig ⁶⁶⁾, Erbrechtsgüter in Bayern ⁶⁷⁾. Auch werden sie in mehreren Ländern Gültgüter genannt ⁶⁸⁾. Kurmede oder Kurmedialgüter sind bald Erbzins-, bald Meiergüter. Sie haben ihren Namen nur von der Abgabe, die der frühere Leihherr aus dem Nachlasse des Verstorbenen nahm (Mortuarium) ⁶⁹⁾.

3) Eine gleichfalls vorkommende Gattung sind die sogenannten einfachen Zins- oder schlechten Zinsgüter. Ihre Kennzeichen sind, wenn der Bauer einen gleichförmigen, sehr geringen Geldzins entrichtet. Eine solche Abgabe wird der Entstehung nach für ein Zeichen früherer Unterwürfigkeit oder eines früheren Eigenthumes des Herrn gehalten, welches jetzt sein Ende erreicht hat und gleichsam nur im Andenken be-

60) Das preuß. Landr. Th. 1. Tit. 18. §. 681, nimmt an, daß dem Besitzer des Grundstückes in der Regel das volle Eigenthum gebüre und dieses nur mit der Abgabe belastet sei.

61) Vergl. Curtius, sächsisches Civilrecht Th. 2. S. 176. Heine mann, Abh. von statut. Rechten S. 254. Oesterreichisches Gesetzbuch §. 1123. Bayer'sches Landr. von 1710. Th. 4. Tit. 6.

62) Preuß. Landr. a. a. D. und im Mecklenburgischen, Kampff, mecklenb. Privatr. Th. 2. S. 299. Hohenlohisches Landr. Th. 3. Tit. 8. Adlerflucht, frankfurt'sches Pr.-R. 2. S. 884. Leu, eidgenössisches Landr. 2. S. 435.

63) Paderborn'sche Meierordn. v. 23. Dec. 1765.

64) Mittermaier a. a. D. §. 435.

65) Ulrich de natura et indole dominii utilis, quod Oberbesserung voc. Marburg 1801.

66) Falk, staatsbürgerl. Mag. 3. S. 501.

67) Bayer'sches Landr. Th. 4. Cap. 7.

68) Hagemann, Landw.-R. S. 200.

69) Derf. S. 206. Danz, Handbuch des t. Privatr. §. 549.

währt werden soll. Die Wirkung eines solchen Zinses ist, daß ein volles Eigenthum des Zinsmannes am Gute vermuthet wird⁷⁰⁾.

Sehr häufig erscheint dieser Zins in selbst aufgelegter Gestalt von Seiten des Besitzers, während der größere Zins zu dem von Seiten des Gutsherrn und Obereigenthümers bei der Verleihung der Benutzung vorbehaltenen gehört⁷¹⁾.

4) Die unter der Benennung: *Niederding*-, *Wolgding*-, *Probstding*-, *Freiending*-, *Häger*- oder *Hägerding*sgüter u. s. w. vorkommenden Zinsgüter deuten keine besondere Eigenschaft oder Unterscheidung der Güter in Hinsicht auf die Natur des Zinses an, haben vielmehr den Namen nur von den Gerichten (Ding), wovon sie früher in der einen oder anderen Eigenschaft relevirten⁷²⁾.

Das Eigenthümliche dieser Güter — wenn man es sonst bemerkenswerth hält — besteht bloß darin, daß die Zinsbauern da, wo jene Dinge oder Gerichte gehalten werden, erscheinen, ihre Güter muthen oder gefinnen müssen, und nach bezahlten Gebühren einen Ding- oder Anfaßschein erhalten.

Ebenso beziehen sich die Namen *Stifts*-, *Kloster*-, *Kirchen*-, *Pfarrmeier* u. s. w. bloß auf die Herrschaft, von der sie ihre Verleihung erhielten.

5) Mehr greifen schon in die Rechtsverhältnisse ein: die *Gewinn*- oder *Leibgewinnsgüter* am Niederrhein, die hin und wieder wohl als *Zeitpachtgüter* angesehen werden⁷³⁾. Die *Behandlungsgüter* im Cleveschen, die in dem Maasse auf den Fall stehen, daß nach dem Absterben der zwei Hände neue Verleihung oder Behandlung zu suchen ist⁷⁴⁾. Die *Kürgüter*, bei welchen der Herr aus dem Nachlasse des Zinspflichtigen gewisse Stücke erhält (ähnlich den *Kürmedegütern*⁷⁵⁾, und die *Laten* oder *Lafsgüter*, die einem gewissen Gerichte (Latenbank) und dessen Statuten (Latenrechte) unterworfen sind. Sie kommen besonders am Niederrhein und in Westphalen vor⁷⁶⁾, und sind mit Zinsgütern gleichbedeutend⁷⁷⁾. Ebenso die *Neustiftsgüter*, die sich im Bayer'schen finden und nach dem Tode des Zinsherrn zur neuen Verleihung heimfallen⁷⁸⁾. Die *Bauerlehne* (*Beutellehne*, *feudasträ*) sind dem Lehnrechte nachgebildet. Die *Observanz* hat oft eingeführt, daß sie auch in weibliche Hand übergehen, wenn auch der Ausdruck: *Mannlehn* vorkommt⁷⁹⁾.

70) Hagemann a. a. D. S. 201. Vergl. Fischer, *Commerzialrecht* Bb. 2. §. 835. Gabke, *Grundsätze des Dorf- u. Bauernrechtes* §. 176 fig.

71) Hagemann a. a. D. S. 475. Vergl. Danz, *Pandb. des deutschen Privatr.* §. 504.

72) Hagemann a. a. D. S. 205.

73) Mittermaier, *deutsches Privatr.* §. 437.

74) Ders. a. a. D. und v. Buri *Abhandl. von Bauergütern* S. 98.

75) Rive von *Bauergütern* S. 342.

76) Mittermaier a. a. D. §. 438.

77) v. Buri a. a. D. S. 378.

78) *Bayer'sches Landr. Th. 4. Cap. 7. §. 80.*

79) Mittermaier a. a. D. §. 434.

6) Erwähnt ist schon früher, daß sich in einigen Gegenden deutscher Zunge noch Leibeigene oder eigenhörige Bauern finden⁸⁰). Sie sind bis zur Stunde zwar nicht die Sklaven (*servi*) der Römer ohne Bürgerrechte und Vermögen, doch aber für sich und ihre Nachkommen dem Herrn des Gutes unterworfen, das sie bebauen, und zu dessen Diensten verpflichtet.

Ein nicht viel besseres Loos theilen die reinen Pachtgüter oder Güter mit widerruflicher Verleihung bald auf Lebenszeit, bald auf gewisse Jahre, also ohne erblichen Besitz. Sie kommen unter der Benennung vor: Güter auf Herrngunst und Leibrechtsgüter im Bayer'schen⁸¹); ferner Todbestände und Schupflehen im Württemberg'schen⁸²) und Badischen⁸³). Auch der sogenannte Brydie oder Broidie im Schleswig'schen steht auf Kündigung⁸⁴). Hafs- oder Hobsgut deutet kein unfreies oder widerrufliches Gut, sondern ein solches an, das von einem größeren Gute abhängig ist⁸⁵).

Alle diese der Eigenhörigkeit und Willkür des Gutsherrn unterworfenen Bauern gehören zwar mit in die Kette, bilden aber ein so schwaches Glied, daß sie in die Rubrik der Begüterten eigentlich nicht aufgenommen werden können. Güter auf Gnade und Willkür sind keine Güter mit rechtlicher Bedeutung. Anzunehmen ist aber, daß das leidliche Loos, welches ihnen die billigen Gefinnungen der Grundherren hin und wieder bereiteten, durch die Gesetzgebung jener Staaten bald auf immer werde gesichert werden.

7) Die früher schon erwähnten Benennungen: Ackerhof, Vollspannerhof, Vollmeierhof, dann wieder Halbackerhof, Dreiviertelspanner- und Halbspannerhof, so wie Groß- und Kleinköthcherhof, Rothfassenhof u. s. w.⁸⁶) verdienen keine Auszeichnung in Hinsicht auf das Verhältniß zum Gutsherrn. Der größere wie der kleinere steht gewöhnlich in eben dem Zinsverbände.

Der auf den Bauergütern meistens ruhende Herrendienst war es, der diese Hofclassen hervorrief. Der Ackermann oder Vollspanner ist gewöhnlich verbunden, mit einem vollen Gespanne (4 Pferden) zwei Tage in der Woche zu dienen. Der Dreiviertel- oder Halbspanner nur $1\frac{1}{2}$ oder einen Tag, und der Rothfasse oder Köther, groß oder klein, unterscheidet sich von den größeren Classen dadurch, daß er nicht mit Pfer-

80) Mittermaier a. a. D. §. 438. Hagemann, Landw.-R. S. 80 flg. Kunde, deutsches Privatr. §. 536 flg.

81) Bayer'sches Landr. Th. 4. Cap. 7. §. 29 u. 31.

82) Weisshaar, württembergisches Privatr. Th. 2. S. 34.

83) Badisches Landr. von 1809 Art. 1831.

84) Stengel, Beiträge Bd. 2. S. 156. Mittermaier a. a. D. §. 439.

85) Mittermaier a. a. D. §. 433.

86) Im Altenburgischen u. s. w. kommen auch die Benennungen vor: Anspanngüter, Handgüter, Gärtnergüter und Kleinhäuser.

den nur mit der Hand dient, oft zwei oft nur einen Tag in der Woche⁸⁷⁾.

Feste und gleichförmige Regeln über diesen Dienst gibt es eben so wenig, als darüber, welche Summe Acker oder Hufen die Benennung und Classen der Vollspanner, Halbspänner u. s. w. eigentlich hervorgerufen habe, oder jetzt bestimme. Es gibt Halbspännerhöfe, die den Vollspannerhof in dem Ländereibesitze überbieten, ebenso Rothsaßenhöfe, die mehr Land haben als die Halbspännerhöfe, und ebenso wieder kleinere Höfe, die stärkeren Dienst leisten als größere⁸⁸⁾. Was sich von diesen sämmtlichen, der Größe nach classificirten, Bauershöfen als eine feste Regel annehmen läßt, ist, daß sie die eigentliche Dorfgemeinde bilden, und daher die sind, welche an den Gemeindevorteilen und Gemeindefasten (sogenannte Reihelasten) Theil nehmen, und zwar insofern der Antheil (wie gewöhnlich) auf den Höfen lastet, also dinglich ist, nach der Größe der Höfe⁸⁹⁾.

8) Zu den eigentlichen Bauergütern oder Reihewirthen werden in der Regel nicht gezählt: die Brinkfiser, Hintersättler und die sogenannten Anbauer, Neubauern oder Weibauern, weil sie sich erst anbauen, als der Gemeindeverband schon bestand und sie die Erlaubniß dazu von der Gemeinde erhielten⁹⁰⁾. Insofern sie jedoch — wie sich auch wohl findet — Länderei, Wiesen oder Gärten von der Gemeinde erwarben, werden sie auch den Gemeinheitsgliedern beizählt⁹¹⁾.

Auch werden sie gewöhnlich zum Herrendienste herbeigezogen und erkennen oft einen Zinsherrn an. Insofern dieß der Fall ist, hindert nichts, auch Brinkfiser und Anbauerstellen unter die Bauergüter und deren Rechtsverhältnisse zu stellen.

Auf keinen Fall kann dieß aber geschehen bei den sogenannten Einliegern, wohin Häuslinge und Tagelöhner, Dienstboten, Handwerksgefelln oder Lehrlinge gerechnet werden.

Zu einem anschaulichen Bilde der Bauergüter — soll es auch nur im Umrisse gezeigt werden — gehört auch die Ansicht von den einzelnen Besizungen, deren Benutzung und der darauf ruhenden Lasten.

Ackerbau und Viehzucht sind es besonders, die das Gewerbe der

87) In mehreren Gegenden wird auch der Spanndienst nur mit Ochsen oder Kühen geleistet, z. B. im Altenburg'schen und einigen Sandgegenden Braunschweigs, Hannovers und Preussens.

88) Daß ein volles Ackergut aus 4 Hufen Landes bestehen müsse, ist nur örtlich. Vergl. Hagemann, Landwirthschaftsrecht S. 84. Pufendorf T. 2. obs. 185. v. Bülow und Hagemann, practische Erörter. Bd. 3. Nr. 43.

89) Mag auch die Verbindlichkeit selbst aus dem Gesellschaftsverbande, also einem persönlichen Rechtsverhältnisse, hergeleitet werden (Danz, deutsches Privat. §. 491, Hagemann, Landw.-R. S. 465), so hindert doch nichts, den größten Theil der einzelnen Leistungen dinglich sein zu lassen.

90) Hagemann a. a. O. S. 85.

91) v. Berg, Polizeirecht Th. 3. S. 262.

Besitzer und die Quelle ihrer Einnahmen bilden⁹²). Nach diesem Betriebe modellt sich

1) die Gestalt und der Umfang der Gebäude und des Gehöftes. Wohnhaus, Scheuer, Stallung, Hofraum, Einfahrt, Tränke (Schwemme), Wagenscheuer (Schuppen), Brunnen u. s. w. gehören zu den Bedürfnissen, und nehmen eine diesen Bedürfnissen angemessene eigenthümliche Form und Ausdehnung an. Aus welchem Material die Gebäude gebauet sein sollen, Holz, Stein, Erde (Lehm), richtet sich nach der Dertlichkeit und der Zweckmäßigkeit. Die allgemeine Polizei, die den Bauer und dessen ländlichen Verkehr besonders umfasste, schreibt in den meisten Staaten das zu gebrauchende Material, selbst Form, Größe und Abstand der Gebäude vor⁹³). Sogar kann der Landmann unter Umständen zum Neubaue gezwungen werden⁹⁴).

2) Der Feldbau bringt einen eigenthümlichen Betrieb, Eintheilung der Felder und Wechsel in den Fruchtarten hervor. Die Dreifelderwirthschaft als die gewöhnliche (Winterfeld, Sommerfeld, Brachfeld oder Dreischfeld), dann wieder die Vierfelderwirthschaft und auch die Siebenfelder- oder Schlagwirthschaft⁹⁵) wird dadurch hervorgerufen. Die Dertlichkeit entscheidet über die Beobachtung und den Wechsel dieser Felder und der einzelnen Fruchtarten in denselben. Hiernächst aber sind es die Zehntpflichtigkeit, die gegenseitige Gestattung der Servituten bei dem Bestellen und Befahren der Aecker und die Weidspflicht, die den Bebauer an die gewöhnliche hergebrachte Feldordnung, selbst an das nicht zu starke Bestellen (Bestömmern) der Braache binden⁹⁶). Selbst wenn sich durch Vermehrung der Viehzucht und Düngmittel eine andere Bewirthschaftungsart (Feldrotation) als vortheilhafter herausstellen sollte, würde die Einführung derselben Schwierigkeit haben.

Was man dem Bauer wohl nachließ, war stärkeres Bestellen (Bestömmern) der Braache und der Anbau der Futterkräuter, deren Schonung im Hüten die Polizeigesetze der meisten Staaten geboten.

Umfang und Größe der Aecker, Wiesen, Weiden u. s. w. erhalten besondere Bestimmungen und Benennungen. Die Huße, als das größ-

92) Gartenbau wird auf den Gütern selten getrieben. Er erfordert schon mehr Kunst und Sorgfalt, als der gewöhnliche Bauer leisten kann, und die Entfernung der Städte und Märkte ist dem Absatze hinderlich. Mehr wird in einigen Gegenden schon Obstbau und Bienenzucht getrieben, und eben so strichweise der Weinbau.

93) v. Berg, Handbuch des Polizeirechtes Theil 1. S. 323. Th. 3. S. 27.

94) J. B. zum Bebauen wüster Höfe. Pufendorf T. 3. obs. 133. §. 2. Pagemann a. a. D. S. 735.

95) Die letzte besonders im Mecklenburg'schen üblich und mehr auf Viehzucht berechnet.

96) Kind quaest for. T. 2. p. 327 sq. Fischer, Cammeral- und Polizeirecht Bd. 2. S. 1096. Pufendorf T. 2. obs. 157. Pagemann a. a. D. S. 214. Münter, Weiderecht.

ßere Ackermaaß hält gewöhnlich 30 Morgen, oft aber auch (die sogenannte kleine Hufe) nur 20 Morgen. Sie hat 120 Quadratruthen (Dezimalmaaße), die Ruthe 16 Quadratfuß⁹⁷⁾. Borling ist $\frac{1}{2}$ Morgen und Dreiborling (auch wohl Dreiverling) $1\frac{1}{2}$ Morgen.

Wo Vermessungen stattfanden, kommen Wannen (Eintheilung der Felder nach Morgenzahl) vor, und die Benennungen Sauchert, Suck, Hund, Scheffelstück, Dron, Tonne u. s. w. sind Acker großentheils nach der Vermessung, auch nach der Einsaat provinziell benannt⁹⁸⁾.

Das Zusammenlegen (Verwannen, Verkoppelung) der Felder jedes Reihewohners sind nützliche Ergebnisse der Gemeinheits- oder Hufthe- und Weidetheilungen, welche die neuere Gesetzgebung hervorrief⁹⁹⁾.

3) Die Viehzucht der Bauergüter muß dem Ackerbaue die Hand bieten und befördert ihn in der Regel, sowie umgekehrt ein fleißigerer Betrieb des Ackerbaues die Viehzucht hebt. Anbau von Futtergewächsen (wohin Kartoffeln, Rüben, Klee, Luzerne, Esparsette, Spörgel u. s. w. gehören) sind diese Beförderungsmittel¹⁰⁰⁾. Oft aber, namentlich wenn Ungunst des Bodens oder geringer Preis der Cerealien den Ackerbau nicht belohnt, bleibt Viehzucht der hervorstechende Betrieb ganzer Gegenden. Mit welcher Viehart? bleibt der Dertlichkeit überlassen.

Vorzüglich ist es die Schaafviehzucht, die hier eine Rolle spielt. Die Veredlung dieser Viehgattung gegen Ende des vorigen Jahrhunderts, eigener Handel und Märkte für Vieh und Wolle u. s. w. haben einen eigenthümlichen Umschwung in die Erzeugung, Behandlung und Ernährung dieser Viehgattung gebracht.

Sie war es vornämlich, die Hufthe und Weide in erweiterter und veränderter Gestalt in Anspruch nahm, die Bestellung der Fruchtarten änderte und Servitutenfragen in das Leben rief, die früher entweder nicht waren oder für immer zu ruhen schienen¹⁰¹⁾.

4) Zum Handel und Gewerbe konnten von jeher die Bauern und deren Güter nicht gelangen, weil ihr gewohntes Leben und Treiben sich dazu nicht eignet. Handwerke kehren zwar jetzt zahlreicher auf dem Lande ein, sie sind jedoch entweder die Zugabe kleiner Höfe, oder haben das gänzliche Niederlegen des Ackerbaues zur Folge. Dasselbe gilt von Fabriken. Mehrere derselben, namentlich Bierbrauerei, Brennerei, selbst die neuere Zuckerriederei aus Runkelrüben, sind zwar mit der Bewirth-

97) In mehreren Gegenden hält der Waldmorgen, oft auch der Feldmorgen, 160 □Ruthen, auch wohl die Ruthe ein anderes Gemäß.

98) Ueber die verschiedenen Ackermaaßen vergl. Krünitz, Encyclopädie Th. 1. S. 292 flg. Gesenius, Meierrecht Bd. 2. §. 5. Thaer's, Annalen des Ackerbaues, Jahrgang 1805. S. 296.

99) Vergl. Meyer über Gemeinheitsheilungen.

100) Die Gesetzgebung der meisten Staaten nahm sie durch untersagte Hufthe in Schutz.

101) Vergl. Scholz des Dritten Schäferrecht, Braunschweig 1837.

Schaftung größerer Bauergüter verträglich, würden sie selbst heben, allein die Gesetzgebung und die Gerechtsamen der Städte oder größerer Gutsbesitzer pflegen hier hinderlich zu sein.

5) Groß ist die Summe der Lasten und Abgaben, die auf den Bauergütern ruhet, und mit vollem Rechte wurde von jeher der Bauer als der größte Lastträger im Staate bezeichnet¹⁰²). Die Aufklärung der neueren Zeit nahm zwar von ihm die ausschließliche Verpflichtung zum Kriegsdienste hinweg, auch theilt er in vielen Staaten mit Adel und Staatsdiener ein und dasselbe Gericht, selbst Einquartirung, Kriegsführen und gewöhnliche Grundsteuer¹⁰³). Was er aber ausschließlich behielt, ist der sogenannte Herrendienst oder Frohndienst, gewöhnlicher und ungewöhnlicher Spann- und Handdienst¹⁰⁴), Zinsen jeder Art (Natural- und Geldzinsen), Zehnten¹⁰⁵) (von Früchten und Vieh) und meistens auch eine stärkere Grund- und Viehsteuer als die übrigen Staatsbürger, sowie eigenthümliche Abgaben, die jene sogenannten Unterwürfigkeitslasten hervorriefen. Nebenbei bringt auch die Verschönerung seiner Erzeugnisse auf dem Markte der Städte noch sogenannte indirecte Abgaben hervor.

Hier nächst sind es die Hutheservituten, die eine Felder, Wiesen, Holzungen und Ager bedrücken, sogar oft deren Cultur hemmen, und dann wieder die Gemeindelasten, womit er den gesellschaftlichen Dorf- und Gemeindeverband theurerer kaufen muß als andere Gemeinheiten. Kirchen-, Pfarr- und Schulhausbauten, Hirtenhäuser, Backhäuser u. s. w., dann wieder Wegbau, Brückenbau, Deichbau, Canäle und Wasserleitungen sind die hervorstechenden Belastungen des Gemeindeverbandes. Auch sind in einigen Gegenden die Bann- oder Zwangsrechte bei Bier-, Wein-, Mahl- und Backbedürfnissen als eine eigenthümliche Last des Bauernstandes nicht zu übersehen¹⁰⁶).

Hat der Bauer endlich Zins-, Dienst-, Zehnt- und Weideherren, Staat und Gemeinde befriedigt, so ist es noch das Recht der Natur, dem er besonders steuerbar wird. Unglücksfälle an Früchten und Vieh, Hagelschlag, Mißwachs, Schnecken- und Mäusefraß, Ueberschwemmungen und Viehsterben heißen die Naturereignisse, denen die übrigen Staatsbürger meistens entgehen, oder sie nur im geringen Grade theilen. Sind wir auch in den neueren Zeiten durch Versicherungsanstalten dahin ge-

102) Herzog Ferdinand Albrecht von Braunschweig rechtfertigte seine besondere Begünstigung des Standes durch den Wahlspruch: Der Bauer erwirbt, der Adel verdirbt. Er starb nach halbjähriger Regierung (1735) plötzlich nach einem Frühmahle auf der Jagd, wohin ihn der Adel begleitet hatte!

103) Z. B. im Braunschweig'schen, Verordnung vom 29. October 1821.

104) Ein ungemessener Dienst, den die frühere Geschichte kennt, existirt nur noch in wenigen Staaten.

105) Oft auch der fünfte, sechste, siebente Theil der Früchte und Erzeugnisse.

106) Mittermaier a. a. D. §. 154a.

langt, daß dergleichen Unglücksfälle, selbst in totaler Gestalt, nicht grade den Untergang der Bauergüter mit sich bringen, so drücken sie doch fortwährend durch die jährlichen Versicherungsbeiträge.

VI. Die staatsrechtlichen und polizeilichen Maßregeln, welche durch eine wohlbegründete allgemeine Sorge für die Bauern und deren Güter hervorgerufen, angeregt und in Thätigkeit erhalten werden, sämmtlich aufzuführen gestattet der Raum nicht. Vornämlich aber sind es folgende Rücksichten, die eine wohlgeordnete innere Staatsverwaltung ihnen widmete und widmen muß.

1) Burden von den Bauern und deren Gütern, wie schon früher erwähnt, nicht allein die Leibeigenschaft und ungemessene Dienste größtentheils hinweggenommen, sondern der Staat trat auch in die Mitte zwischen Zinsherrn und Bauern, indem er Aufkündbarkeit und Willkür bei der Verleihung abstellte, und nicht allein eine Erschwerung oder Erhöhung des Zinses, der Dienste, Zehnten u. s. w. untersagte, sondern auch einen erblichen Besitz derselben anordnete. Hiernächst wurde

2) den Gütern und deren Bebauern durch eine allgemeinere und zweckmäßigere Vertheilung der Staatslasten, sowohl was persönliche als dingliche Leistungen betrifft, geholfen¹⁰⁷⁾. Führte diese Maßregel auch bei den neuerlich vermehrten Bedürfnissen der Staatsverwaltung eine wirkliche Verminderung der Abgaben nicht herbei, so war sie doch das Mittel, von den bäurischen Besitzungen eine durch eben jene Bedürfnisse hervorgerufene, drückendere Last abzuwenden.

3) Sowie man auf das Schonen des Standes bei den sogenannten directen Steuern sein Augenmerk richtete; so strebte man hin und wieder, ihm unter die Arme zu greifen durch die Verminderung der indirecten Steuern, durch erleichterte Viehsteuer, Zoll, Accise u. s. w., durch Zollverbindungen und Freizügigkeit.

4) Eine harte Last für diesen ebenso zahlreichen als fleißigen Stand — theilt er sie auch jetzt mehr mit anderen Staatsbürgern — ist das Abrufen der arbeitenden Hand zu der meist ruhenden militärischen Hand. Durch Verminderung des stehenden Militärs, durch Beurlaubungen, Abkürzung und Erleichterung der Dienstzeit kam man dem Bauer schon wesentlich zu Hilfe. Möge das fernere Bestreben auf noch größere Erleichterung nie ruhen!

5) Die Cultur der Bauergüter wurde gehoben und kann noch immer mehr gehoben werden durch Gebote für Hutheberechtigte, die mehrere Bestellung der Braache nicht zu hemmen und die Futterkräuter zu schonen, durch Prämien und Belobungen für Fleiß und Producte, durch landwirthschaftliche Vereine und zweckmäßige Versicherungen.

6) Nicht minder kam man dem Landmanne zu Hilfe, indem man — mindestens für die nothwendigsten Gegenstände — Handwerker und

107) Der Adel wurde neuerlich in mehreren Staaten zur Grund- und Viehsteuer herangezogen.

Gewerbtreibende auch auf dem Lande sich setzen ließ. Offenbar ersparte man dadurch dem Landwirth die Zeit und Reise zur Stadt, selbst mehr Geldeausgaben.

7) Man griff ihm unter die Arme durch Remissionen bei Unglücksfällen, durch Baufreiheiten, Erleichterungen beim Ankaufe des Baumaterials und zweckmäßige Anleitungen, wie gebaut und Gebäude geschätzt werden sollen.

8) Was allerdings fleißig schon geschah, aber noch fleißiger geschehen kann, ist Sorge und Befehl auf Besserung der Dorf- und Verbindungs- oder Nachbarwege¹⁰⁸). Sowie die Adern das Blut zum Herzen führen und im Körper vertheilen, so fördern Wege die Producte und Handelserzeugnisse zum Markte und in bedürftige Theile des Staates. Zeit und Raum haben im Staatsleben einen hohen Werth, und wer die Verluste an Zeit, die Kosten für Beschädigungen an Wagen und Pferden, Geschirr u. s. w. — Alles Dinge, die schlechte Wege nothwendig herbeiführen müssen — nur einigermaßen zu berechnen versteht, wird sich überzeugen, welche Wohlthat dem Landmanne besonders erzeugt wird, wenn man ihn anhält oder ihm förderlich ist, alle Verbindungswege in guten Stand zu setzen und darin zu erhalten.

9) Die bisherige Abhängigkeit der Bauergüter vom Zins- und Dienstherrn auf der einen Seite, sowie Unkunde und Unvorsichtigkeit in Rechtsgeschäften auf der anderen Seite, machten bis dahin nothwendig, daß der Landmann Verträge über dingliche Gegenstände nicht ohne Bestätigung und Zustimmung von Gutsherrn und Obrigkeit schließen, einige Verträge (z. B. Wechsel- und Verfaßverträge) aber überall nicht schließen durfte.

Der Zeit und der neuen Gestaltung der Dinge, selbst der Dertlichkeit muß es überlassen bleiben, ob bei den wesentlichen Veränderungen, die durch Theilungs- und Ablösungsordnungen im Zustande der Bauergüter nothwendig herbeigeführt werden müssen, dem Stande auch mehr Freiheit in Rechtsgeschäften gestattet werden soll und kann.

Nach diesen Vorbemerkungen, die dazu dienen sollen, den Bauer und dessen Güter in seinen Beziehungen zum Grundherrn, zur Gemeinde und zum Staate, nebenbei auch in Sitten, Gebräuchen und Beschäftigung kennen zu lernen, werden sich deutlicher die eigenthümlichen Rechte und Gewohnheiten beurtheilen lassen, die sich in privatrechtlicher Beziehung und zwar zunächst in dinglicher Gestalt an seine Güter knüpfen.

Ueber die Begrenzung dieser Rechte müssen wir uns zuvor etwas näher erklären. Sämmtliche Rechtsverhältnisse, die den Bauer in Beziehung auf Staat, Gemeinde und Grundherrn, selbst in Beziehung auf Beschäftigung, Sitten und Gewohnheiten in persönlicher und dinglicher

108) Mehrere Staaten blieben in diesem polizeilichen Zweige noch sehr zurück, weniger in der Gesetzgebung, als in der Sorge für Vollziehung der Gesetze.

Gestalt berühren, gehören in das Bauernrecht, von dem hier, soweit es nicht in andere Lehren einschlägt, weiter die Rede sein soll.

Selbst von Privatrechtsverhältnissen der Bauergüter sollen nur die beleuchtet werden, die das Vererben und Verheurathen, das Abfinden und Aufreien betreffen.

In dieser Beziehung sind es besonders sechs Eigenthümlichkeiten, wodurch sich die Bauergüter vor anderen auszeichnen:

1) die Erbllichkeit in der Familie des eigentlichen Besitzers;

2) die Untheilbarkeit oder Geschlossenheit der Höfe, und dadurch hervorgerufen

3) die Abfindung oder Auslobung, dann wieder

4) das Verbleiben des Eingebrachten im Hofe;

5) die Leibzucht, das Altentheil oder der Auszug und endlich

6) die Interimswirthschaft.

Zu 1. Die natürlichen Eigenschaften aller Völker, Trieb zur Freiheit, Trieb zum Eigenthume und Liebe zu den Kindern, mußten auch bei den Deutschen den Wunsch erregen, daß die Kinder derselben Glücksgüter theilhaftig werden möchten, welche die Eltern genossen. Der Grund und Boden war bei dem teutschen Bauer namentlich der Gegenstand, wogauf sein Leben und Beschäftigung zunächst gerichtet war. Er war gleichsam mit seiner Existenz verschmolzen, weil er frei oder unfrei ihn ausschließlich ernährte, und daß die Kinder in dessen Besitz einrücken, ihn nach seinem Tode fortsetzen möchten¹⁰⁹), war ein naturgemäßer Wunsch.

Was aber auf teutschem Boden schon früh Wurzel faßte, war die eigenthümliche Vererbung dieser Grundstücke. Wahrscheinlich trug die Gewohnheit eines teutschen Völkerstammes, der Longobarden, wonach die, welche auf militärische oder auch wohl auf bürgerliche Weise Dienste geleistet hatten oder ferner leisten sollten, im nächsten männlichen Stamme mit Grundstücken beliehen wurden, und dann wieder die natürliche Ansicht, daß dergleichen Dienste nur von der männlichen Geburt geleistet, oder die Grundstücke cultivirt werden können, daß ferner der Familienschutz (Mundium) nicht von Weibern ausgehen könne — alle diese Umstände, sagen wir, trugen dazu bei, daß auch die Güter, die eigentlich nicht zu Lehdiensten gerade weggegeben waren, dennoch vor Allem in der Familie und hier wieder in der männlichen Hand zunächst bleiben mußten.

Diese Grundsätze finden wir wenigstens bei allen Bauergütern schon früh, und besonders seit Einführung des erblichen Besitzes, durchgängig vorherrschen.

Im Bauernstande gilt also die Regel, daß zwar dessen freies oder Allodialvermögen ganz nach gemeiner Erbgangsweise und in den gewöhnlichen Formen übergeht, dagegen aber die Vererbung des Bau-

109) Barth, Urgeschichte der Deutschen, S. 355. Mittermaier, teutsches Privatr. §. 382.

erngutes selbst eine eigenthümliche und beschränkte sei, d. h. daß das Gut nur in der Familie dessen bleiben müsse, von welchem es herrührt, und daß im Zweifel die Söhne vor den Töchtern den Vorzug haben ¹¹⁰).

Die sogenannten Aufkömmlinge, d. h. die, welche zum eigentlichen Hofsbesitzer einheurathen und deren Kinder, können daher nie die Rechte erlangen, welche den Kindern dieses zustehen.

Besondere Rechte am Colonate konnte der Ehegatte unter Umständen auch durch die Gütergemeinschaft geltend machen, dessen Kinder aber durch Einkindschaft. Die Entwicklung der Grundsätze muß jedoch ausgesetzt werden. (S. diese Art.)

Seit der Erblichkeit des Colonats kann der Bauer, vorausgesetzt, daß er sich innerhalb obiger Regeln hält, auf jede beliebige Weise über die Güter verfügen, und namentlich auch durch ein Institut, welches die Römer nicht kannten, durch Erbverträge. (S. d. Art.)

Steht auch dem Bauer am Gute selbst kein freies Eigenthum zu, so hat er doch, wie früher gezeigt, einen erblichen Besitz, ein erbliches Benutzungsrecht, und dieses kann er in der Familie übertragen, ohne an die Einwilligung des Meier- oder Zinsherrn gebunden zu sein ¹¹¹).

In der Regel steht diesem nur ein Widerspruchsrecht aus erheblichen Gründen zu, worüber der Richter zu entscheiden hat ¹¹²).

Nach mehreren Gesetzen braucht auch der Erbe keinen neuen Meier-, Zins- oder Leihbrief zu lösen. Er hat vielmehr, wie die Gesetze sich ausdrücken, der noch übrigen Jahre zu genießen ¹¹³).

Stirbt der Bauer ohne Testament oder Erbvertrag, also ohne über die Nachfolge im Hofe unter gleich nahen Erben bestimmt zu haben, so entscheidet in der Regel das Loos ¹¹⁴). Doch aber fehlt es auch nicht an Beispielen, daß dem Gutsherrn die Wahl des Nachfolgers zusteht ¹¹⁵).

Mit dem Vorbehalte, daß die Söhne vor den Töchtern einen Vorzug haben und unter diesen oft der Jüngere vor dem Älteren ¹¹⁶), gilt unter den übrigen Anverwandten die Ordnung des gemeinen Rechtes ¹¹⁷).

In einigen Staaten ist den Ehegatten ein gleiches Erbrecht mit

110) Rittermaier a. a. D. §. 445. Gesenius, Meierrecht Th. 1. S. 536.

111) Ausnahme von der Regel ist, wenn einige Meierordnungen, z. B. Hildesheim'sche Verordnung über Ablagen und Leibzuchten vom 9. April 1781, auch zu vertragsmäßigen Vererbungen in der Familie den gutsherrlichen Consens erfordern.

112) Struben, rechtl. Bed. Th. 1. Nr. 4. v. Bülow und Pagemann a. a. D. Th. 6. S. 283.

113) Gesenius a. a. D. Th. 2. S. 241.

114) L. 3. C. comm. de legat. (6. 43.) Rittermaier a. a. D. §. 445.

115) v. Bülow und Pagemann a. a. D. IV. 50.

116) Gesenius a. a. D. Th. 1. S. 539.

117) Jedoch gehen in der Regel die Geschwister den Abscendenten vor. Rittermaier a. a. D. §. 445.

den Kindern zugewilligt, theils allgemein, theils statutlich mit gewissen Beschränkungen¹¹⁸⁾. Wo dieß aber nicht der Fall ist, steht dem Ehegatten als Aufkömmling, wie schon bemerkt, für sich und seine Kinder kein eigentliches Erbrecht am Colonnate zu. Jedoch gehören die Bemerkungen hierher — die durch das, was später über die Dotalverhältnisse bemerkt werden soll, sich noch deutlicher ergeben werden — daß die Kinder zweiter Ehe allerdings, als quasi zur Familie gehörig, an die Reihe kommen, wenn der Stamm des eigentlichen Hofbesizers oder A n e r b e n erloschen ist, und, daß sie ein gewisses Civiltheil (Abfindungen) selbst vom Colonnate als Erbtheil verlangen können, insofern der Aufkömmling (auffahrende, aufgeheurrathete Ehegatte) dem Hofe Arbeit oder Vortheile zuwendete. Er bekommt in diesem Falle, weil er das Zugebrachte im Hofe lassen mußte, gleichsam wegen Nutzverwendungen, das Recht, bis zur Großjährigkeit des A n e r b e n das Gut zu bewirthschaften, solches auch einem zweiten Ehemanne so lange zuzuschreiben und nach Beendigung der Nutzungsjahre für sich selbst eine Leibzucht, für seine in zweiter Ehe erzeugten Kinder aber eine Abfindung aus dem Hofe zu verlangen¹¹⁹⁾. Diese Abfindung können die Kinder als wirkliches Erbtheil verlangen, und zwar nicht, weil sie zur Verwandtschaft (Sippe) gehören, sondern weil sich ihre Eltern gleichsam in die Sippe und das Erbe einkauften¹²⁰⁾.

Bei allen diesen Vererbungen muß auf die Erhaltung der Güter und deren Kräfte eine besondere Rücksicht genommen werden, und insofern spielen Gutsherr und Staat auch bei dem Erbübergange in der Familie immer eine bedeutende Rolle. Es gelten folgende Regeln:

1) Sobald der Bauer dem Gute wegen Alter und Schwäche oder Unglücksfälle nicht mehr gehörig vorstehen kann, muß er solches dem Nachfolger überlassen¹²¹⁾. Unter Umständen findet also bei den Bauergütern ein Vererbungszwang statt, und die Rechtsregel: *viventis hereditas nulla est*, leidet ihre Ausnahmen.

2) Er kann sogar auf Antrag des Gutsherrn der Stelle entsetzt werden, wenn er den Leih- und Zinsbriefen kein Genüge leistet und das Gut durch üble Wirthschaft verschlechtert¹²²⁾. Folge davon ist gewöhnlich die Vererbung in der Familie, obwohl der Gutsherr, weil ihm die Stelle zurückfällt, eigentlich daran nicht gebunden ist¹²³⁾.

118) Allgemeiner z. B. im Herzogthume Braunschweig durch die Verordnung von 1754, und beschränkter durch die Statuten von Hildesheim und Einbeck.

119) Kunde, von der Interimswirthschaft §. 13. S. 32 und §. 90. (2. Ausg.)

120) Scholz Intestaterbrecht u. s. w. S. 80 u. 87.

121) Kunde von der Leibzucht §. 65. Einige Meierordnungen schreiben sogar ein gewisses Jahr, das 60. oder 70. Lebensjahr vor, z. B. in Calenberg, Hildesheim, Hessen und Fulda.

122) v. Bülow und Hagemann a. a. D. Th. 1. S. 271. Th. 4. S. 61. Preuß. Landrecht Th. 2. Tit. 7. §. 287 flg.

123) v. Bülow und Hagemann a. a. D. Th. 4. S. 56. Vergl. Scholz über bürgerliche Abfindungen.

3) Er darf das Colonat sammt dem damit verbundenen Erbe nicht unter mehrere Erben vertheilen, sondern ist verbunden, es nur Einem zu hinterlassen (das Weitere nachfolgend).

4) Er darf erbtheilungs- oder vermächtnißweise den Miterben oder Legataren ein Mehreres nicht zuwenden, als die Kräfte des Hofes zu tragen vermögen. Vergrößert er die Erbtheile zur Ungebühr, so steht dem Anerben ein besonderes und eigenthümliches Klagerrecht auf Verminderung derselben zu¹²⁴⁾.

5) Aus gleichem Grunde darf der Bauer auch dem Ehegatten und dessen Erben, es sei unter Lebenden oder auf den Todesfall, nicht mehr zuthellen, als die Kräfte des Colonats vermögen, und zwar mit Rücksicht auf die Vortheile (Arbeit und dos), welche der Ehegatte dem Hofe zuwendete.

Die unter 1 und 2 erwähnten Fälle, wo der Bauer die Güter verläßt, verdienen noch einiger Erörterung.

Wenn der Bauer wegen Alters und Schwäche oder sonstigen Unvermögens dem Hofe nicht länger vorstehen kann, so muß er die Stelle übergeben. Der Meierherr kann zutreten, und der Unvermögende bekommt einen Nachfolger. Aber in den meisten Fällen wartet der Bauer diesen Zwang nicht ab, er tritt von selbst zurück, übergibt das Gut und zieht sich auf die Leibzucht zurück. (S. d. Art. Auszug.)

6) Eine anscheinende Härte liegt in der sogenannten *Abmeierung*, wonach der Bauer, wenn er die Stelle durch üble Wirthschaft in Verfall kommen läßt, derselben für verlustig erklärt wird. Die Härte wird aber gemindert durch die Rücksichten, daß jeder Staatsbürger, wenn er sich unfähig oder verschwenderisch in der Vermögensverwaltung ausweist, zeitig oder gänzlich der Verwaltung beraubt werden kann, und daß namentlich da, wo es außer dem öffentlichen Interesse, auch noch das Obereigenthum und Einkommen eines dritten, des Gutsherrn, gilt, billig ein absichtliches oder verschuldetes Vergeuden anvertrauter Güter nicht geduldet werden dürfe. Wort- und Vertragsbrüchigkeit liegt ohnehin meistens zum Grunde.

Man hat gefragt, ob die Anträge auf Abmeierung nicht auch dem Staate, den Kindern, der Gemeinde, oder der Ehefrau wegen Sicherheit für das Eingebachte, zustehen? Allein wohl nur, weil man Anträge auf Curatel und Prodigalität nicht gehödig von Abmeierungsanträgen scheidet. Die Ersten würden jenen Interessenten nicht zu verfangen sein, dagegen aber müssen die Letzten nur dem Guts- oder Meierherrn zustehen: ihm aber unbedenklich¹²⁵⁾. Der Grund liegt im ver-

124) Und zwar ganz verschieden von der Klage auf Verletzung im Pflichttheile. Vergl. Scholz, jurist. Magaz. alte Folge Bb. 2. S. 1. S. 96 flg. Die in mehreren Staaten, z. B. im Braunschweig'schen (Verordnung von 1620), vorgeschriebene richterliche Bestätigung der Abfindungsverträge hat hierauf ein besonderes Augenmerk zu richten.

125) Struben de iur. villic. cap. 8. p. 329. Runde von der Leibzucht §. 6. S. 305. Carstens de success. villic. Nr. 28. p. 36. Im

letzten Verträge, im Obergenthume an der Stelle mit verbundenem Inventare, überhaupt im privatrechtlichen Gutsinteresse. Dabei versteht sich jedoch von selbst, daß dergleichen Abmeierungsanträge nicht ohne Untersuchung und Beweis geschehen können ¹²⁶).

Hart treffen dergleichen Schritte allerdings die Erben und Nachfolger, indem gerade, weil der Gutsherr Partei und Antragender ist, das Gut zu seiner Disposition zurückfallen muß; allein da die meisten Particulargesetze ihn verbinden, die Güter nicht in eigener Cultur zu behalten, sondern wiederum an Andere auszuthun, so pflegt meistens die billige Folge einzutreten, daß der Hof auch wieder an einen der nächsten Erben gelangt und diesem auch die Bedingung einer zu verabreichenden Abfindung an die Miterben gemacht wird ¹²⁷). In mehreren Staaten ist die Abmeierungsbefugniß ganz aus der Hand des Gutsherrn genommen ¹²⁸).

An den allgemeinen Faden des erblichen Gutsüberganges knüpfen wir die Bemerkungen, daß die Erbschaft auf gewöhnliche Weise erworben wird, vertragmäßig durch den Abschluß des Geschäftes, und ad intestato oder mit einem Testamente durch den Tod des Vorbesizers; im Falle des Zwanges aber von Zeit der rechtskräftigen Verfügung.

Die Antretung wird, wie im gemeinen Rechte bei dem suus, nicht erfordert, wohl aber bei den entfernten Erben.

Die Ausübung oder der Genuß der Erbschaft wird bedingt, wenn das Gut von der Mutter herrührt, durch das lebenslängliche Nießbrauchsrecht des Vaters, wenn vom Vater, durch ein Leibzucht u. s. w.; bis zur Großjährigkeit, durch Interimswirtschaft, Leibzucht u. s. w.

Die Gutserbschaft ist, insofern sie vertragmäßig erstüht wird, gewöhnlich eine singulare ¹²⁹), kann aber bei anderen Uebergangsarten auch eine universelle sein ¹³⁰).

Zu bemerken ist noch, daß, obwohl bei der Vererbung der Bauergüter, dem Lehnrechte ähnlich, vornämlich die Familienglieder des Besizers und unter diesen die männlichen Erben vor den weiblichen einen Vorzug behaupten, obwohl nur Einer das Gut, die übrigen aber nur Abfindungen bekommen können u. s. w., — daß, sagen wir, dennoch nicht auf stemmatische Weise succedit wird, also die Nachfolger ihr Recht nicht vom ersten Erwerber, sondern immer nur vom letzten Besizer

Herzogth. Braunschweig Landt.-Absch. von 1597 Art. 19, und mehrere hannoversche und andere Verordnungen, die Struben a. a. D. nennt.

126) Vergl. preuß. Landrecht Th. 2. Tit. 7. §. 387 flg., worin aber auch dem Staate dergleichen Rechte eingeräumt sind, obwohl als Ausnahme von der Regel.

127) Vergl. Scholz a. a. D. §. 24 flg.

128) Z. B. bayer'sches Gesetz vom 26. Mai 1818 §. 16. Preuß. Verordn. v. 25. Sept. 1820 §. 52 u. 53.

129) Kunde a. a. D. S. 299.

130) Scholz a. a. D. §. 43, 44 flg.

herleiten¹³¹), sie also dessen Handlungen, Schulden u. s. w. leisten und tragen müssen.

Eine Verwirkung der Stelle in der Hand des letzten Besizer zerstört also auch das Erbrecht.

Zu 2. Unter Untheilbarkeit, Geschlossenheit oder Untrennbarkeit der Bauergüter (einer Eigenthümlichkeit die sie mit Lehn- und Fideicommissgütern theilen), verstehen wir, daß der Besizer weder bei Lebzeiten eigentliche Bestandtheile (Zubehörungen) derselben veräußern, noch bei Vererbungen derselben unter mehreren Miterben in Natur vertheilen kann¹³²).

Der Grund des Verbotes liegt bald in der Abhängigkeit der Bauergüter vom Gutsherrn, selbst von der Dorfverfassung und Gemeinheit, bald in dem Dienstverbande. Der Eine wie der Andere dieser Berechtigten kann nicht angehalten werden, die Verbindlichkeit zu den mehrfachen Leistungen, die auf dem Ganzen haftet, auf einzelne Theile zu legen oder die Entrichtung von mehreren Inhabern zu fordern. Wie denn auch dem Staate selbst daran liegt, daß die Güter nicht zu sehr zerplittert werden¹³³).

Sowie das Verbot der Veräußerung ohne gutherrliche Einwilligung im Bauernrechte liegt, so auch das der Zerplitterung, oder die Untheilbarkeit. Meistentheils sind es aber auch besondere Gesetze, selbst Verträge, die darüber ausdrücklich bestimmen.

Unter den Bestandtheilen des Gutes werden die Zubehörungen verstanden, die dem Besizer vom Gutsherrn eingethan, oder solche, die von Altersher dem Dienste unterworfen waren. Außerdem gehören aber auch die Inventarien dahin, die, obwohl zum Allode des Besizers gezählt, doch aber vom Gute nicht getrennt werden können (*allodium cum villa coniunctum*)¹³⁴).

Dagegen gehört dahin nicht das sogenannte freie Allodium (*a. separabile*) und die zugekauften Grundstücke (Umländerei, flüchtige Länderei), oder auch neu erworbene Höfe¹³⁵); vielmehr kann Alles, was zu den Höfen später hinzukam, auch wieder getrennt werden.

Die Grundsätze der Unveräußerlichkeit und Untheilbarkeit schufen denn auch die sogenannte *Pertinenz* eigenschaft der Bauergüter (*s. d. Art.*), worunter man die Vorschrift mehrerer *Particularrechte* versteht, daß entweder die Theile, welche seit einem gewissen Normaljahre¹³⁶) sich bei einem Bauergute befanden, oder die, welche von Al-

131) Mittermaier a. a. D. §. 445. *Selchow elect. iur. germ. Exercit. 7. p. 415.*

132) Hagemann, *Landw.-R.* §. 272.

133) Mehrere Ablösungsordnungen behielten daher den Grundsatz entweder bei, oder gestatteten die Theilung selbst bei der Abfindung des Zins- und Dienstherrn nur unter gewissen Bedingungen.

134) v. Bülow und Hagemann a. a. D. Th. 1. S. 187. *Scholz Intestaterbrecht bürgerlicher Ehegatten* S. 29.

135) Mehrere Gesetze gestatten den Zukauf nur unter der Bedingung, daß die Höfe bei Vererbungen wieder getrennt werden.

136) Geseuius, *Meierrecht* Th. 1. S. 469.

tes her in den Dienst gehören¹³⁷), davon nicht abgebracht werden dürfen.

Man gestattet dem Bauer in solchen Fällen ein vindicationsrecht (welches ihm wegen fehlenden Eigenthumsrechtes eigentlich nicht zukommen würde), und macht ihm sogar die Ausübung desselben durch Gesetze und Verträge zur Bedingung. Das auf diesem Wege versuchte Herbeiziehen der Pertinenzien wird das Reuniren genannt. Die Vorschriften kommen daher auch unter dem Namen Reunionsedictte, Reintegrations- oder Reunionsconstitutionen vor¹³⁸).

Zu 3. Eine unmittelbare Folge von der unterfügten Theilung der Bauergüter sind die Abfindungen bei den Vererbungen der Güter, deren Grundsätze in den Hauptzügen und jetzt beschäftigen sollen.

Abfindungen, Auslobungen, Ablagen, Abschichtungen, Auskehrungen, und bei den Töchtern auch wohl Aussteuer, Mitgabe, Mitgift, Brautschag genannt, sind die Erbtheile, welche den Miterben aus einem Bauergute und dessen Zubehörungen angewiesen werden, und deshalb ausgeworfen werden müssen, weil das Gut nicht in Natur getheilt werden darf. Sie sind Surrogate des Naturaltheiles oder bürgerliche Theile (Civiltheile), und können in Naturalien (Vieh, Getreide und Effecten) oder in baarem Geld bestehen. Bei der Vertheilung des reinen Allodialvermögens werden die obigen Ausdrücke selten gebraucht.

Grund, Gegenstand und Größe kommen hierbei zuvörderst in Betracht.

1) Wir nannten sie Erbtheile und wiesen ihnen einen erbrechtlichen Grund an. Darüber ist man jedoch keineswegs einig. Man sagt: das Bauergut könne eigentlich nur Einer erben, der sogenannte Aerbe, und das, was die Uebrigen, die sogenannten Abfindlinge, bekommen, sei nur eine Entschädigung, um sich anderweit besetzen zu können, eine Art Alimente oder Brautschag¹³⁹). Wenn man aber im Bauernrechte einmal die deutschen Grundsätze der Verwandtschaft (Parentel, Sippe), die gleichen Rechte gleicher Erzeugung annimmt¹⁴⁰), und das etwaige Vorrecht einiger Glieder, z. B. des Schwertmagens bei Lehn- und Bauergütern, als bloße Ausnahmen oder vielmehr Vorzüge bei gleicher Berechtigung ansieht und, wir möchten sagen, das Natürliche nicht zu sehr verkünstelt, so muß das gleiche Erbrecht gleich nahe

137) Frederdsdorf, Promtuar. herzogl. braunsch. Verordn. Th. 1. S. 496.

138) Frederdsdorf a. a. D. S. 501. Pagemann a. a. D. §. 160. Albrecht, Rechtsfälle, Bb. 2. S. 49.

139) Vergl. Danz, Handbuch des deutschen Privatr. Bb. 5. §. 530. S. 393. Runde, deutsches Privatr. §. 520. und Rittermaier, deutsches Privatr. §. 446. (3. Ausg.)

140) Leg. Salic. Tit. 46. §. 10. u. tit. 63. leg. Burgund. §. 3. leg. Alemann. tit. 84. cap. 3. a. 811. §. 9. Sächsisches Landr. Buch 1. Art. 3. Eisenhart Sprichw. S. 283.

Besippter billig die Oberhand behalten; um so mehr, wenn man sonst zugibt, daß, wenn von Geschwistern der Bevorzugte wegfällt, der zweite gleich Nahe eintritt, oder wenn über die Nachfolge nichts bestimmt war, die Gleichstehenden über Hof oder Surrogat, wobei das Jünglein einsteht, losen müssen¹⁴¹⁾.

2) Eben so wenig ist man darüber einig, was eigentlich der Gegenstand der Abfindung sei? Einige zählen dahin nur das eigentliche Allodialvermögen¹⁴²⁾ und schließen das Colonat aus. Unstreitig wurde man dazu verleitet, weil man, aus vorhin bemerkten Gründen, annahm, daß die Stelle nur Einem erbrechtlich gehöre. Die vorhin erwähnten Gegengründe mögen aber hier gleichfalls entscheiden. — Das Colonat selbst wird eigentlich bei Bauergütern überall nicht vererbt. Was auf die Erben übergeht, ist das erbliche Benutzungsrecht oder der Ertrag des Gutes mit seinen verbundenen Theilen, und da dies eine Sache von Werth ist, ja vornehmlich das Erbe bildet, so ist schwer abzusehen, warum gleichnahe Erben daran nicht auch ihren Antheil genießen sollten. Wir glauben hinzufügen zu müssen, daß in vielen Staaten die Praxis dafür entschieden habe.

Auch ist die Frage aufgeworfen, von welchen Grundstücken Abfindung erfolge, ob bloß von solchen, die mit Land u. d. d. dotirt sind, oder auch von solchen, wobei kein Land ist, z. B. von Brinkfiger- und Anbauerstellen? Wir tragen kein Bedenken auch die Letzten dahin zu zählen, obwohl im verjüngten Maßstabe. Die Erfahrung spricht dafür.

3) Nur versteht sich bei jeder Abfindung von selbst, daß der eigentliche Anerbe ein Vorrecht haben müsse, daß also, wenn von dem Verrage oder der Größe der Abfindung die Rede ist, die Waage zu Gunsten des Anerben falle. Dafür sprechen andere Gründe, die dem Bauernrechte einmal eingeprägt sind, namentlich die Erhaltung und Schonung des Hofes und dessen neuen Wirthes, oder wenn man will, die Nothwendigkeit, daß der Anerbe auch Anerbe bleibe. Der Erbe des Hofes hat Lasten und Unglücksfälle zu tragen und sein Brot dem Gute durch Mühe und Arbeit sauer abzugewinnen, während der Abfindling seinen Antheil ohne alle Mühe, Lasten und Gefahr hinwegnimmt. Wer ferner die Gebundenheit der Bauerhöfe kennt, muß wissen, daß gerade die eigentliche Belastung derselben von mehreren verschiedenen Seiten den Bewirthschafter hindert, manchen ungünstigen Conjunctionen, denen die Erzeugnisse unterworfen sind, durch Aenderung der Wirthschaftsart so aus dem Wege zu gehen, wie größere und freiere Landwirthschaft es können¹⁴³⁾. Für Alles dieses muß ihm billig ein Vor-

141) Runde, von der Interimswirthschaft §. 65. (2. Ausg.) Pfeiffers, pract. Ausführ. Bd. 4. S. 144. Gebr. Overbeck Meditat. Bd. 6. med. 326. stimmen für das Erbtheil.

142) Vergl. Pagemann a. a. D. S. 519.

143) Z. B. wenn die Cerealien nicht den gehörigen Ertrag liefern Vermehrung der Viehzucht oder Aushilfe durch Brauerei, Brennerei, Stallfütterung u. s. w.

zug werden, und unbedenklich unterschreiben wir den Grundsatz, daß Abfindungen dem wahren oder Kaufwerthe des Hofes nie gleichgesetzt werden können, sondern immer nur hauswirthschaftlich mit Rücksicht auf dergleichen und ähnliche Verhältnisse ermäßigt werden müssen¹⁴⁴).

4) Fragen wir hiernächst, wem die Abfindungen zustehen und wer sie zahlen müsse? Insofern sie Erbtheile sind, die vom Gute selbst ausgewiesen werden, gebühren sie in der Regel allen denen, die an eben diesem Gute Erbansprüche haben, oder die das Gut würden erlangen können, wenn ihnen der Anerbe im Besitze nicht vorginge. Die Ordnung selbst wird nach den gewöhnlichen Erbgangsregeln beurtheilt. Eine Ausnahme machen hier die Kinder des Auffömmelings, wenn er zur zweiten Ehe schreitet. Ihnen stehen eigentlich keine Anrechte am Colonate, dennoch aber Abfindungen zu. Das Nähere soll entwickelt werden, wenn wir auf die Unbeweglichkeit der dos kommen, worin der Grund dieses Anspruches liegt. Da die Auslobungen vom Bauer-gute in erblicher, also dinglicher Gestalt erfolgen, so ist der Besitzer des Gutes der, welcher sie zu zahlen hat, und bis zu wirklich erfolgter Zahlung bleiben die Miterben in einer Gemeinschaft oder in einem erb-rechtlichen Miteigenthume¹⁴⁵).

Wenn also die Erben nicht etwa eine Novation oder Delegation glittig vorgenommen haben, so bleibt immer der Hofbesitzer Schuldner der Abfindlinge, selbst in dem Falle, wenn er — wie oft vorkommt — bei der Annahme des Hofes die Zusage vom Erblasser entgegen nahm, daß dieser die Abfindungen zahlen wolle, jedoch nicht zahlte oder zahlen konnte¹⁴⁶).

Da sich jede Erbschaft erst nach Abzug der Schulden versteht, so muß auch der Abfindling sich die auf dem Colonate haftenden Schulden abziehen lassen, und zwar, wie man sich ausdrückt, minus capiendo, d. h. daß die Abfindung um so viel schwächer wird, als die Schulden die Colonatmasse mindern. Die Ueberschuldung kann zur Folge haben, daß gar keine Abfindungen erfolgen.

Die Abfindlinge können, wie wir sahen, vom Colonate Abfindungen fordern, und der Besitzer ist ihr Schuldner. Jedoch kann es Fälle geben, wo der Anerbe nicht allein nichts zu zahlen braucht, sondern auch noch Gläubiger seiner Miterben wird. Dieser Fall tritt ein, wenn die Allodialmasse größer ist als die Colonatmasse, und das Verhältniß hat seinen Grund darin, weil bei einer bäuerlichen Erbschaft, die nicht bloß den Hof, sondern auch das Allodium umfaßt, der Erbtheil oder die Abfindung vom Colonate immer nur eventueller Natur ist, die Abfindlinge also solche nicht eher von diesem Gegenstande fordern können, bis sich ausgewiesen hat, daß das eigentliche Erbe nicht ausreicht.

144) Der eigentliche Maassstab ist schwer zu bestimmen. Vergl. Scholz über bäuerliche Abfindungen §. 33.

145) v. Bülow, Abhandlungen über einzelne Materien des bürgerlichen Rechtes Th. 1. S. 331.

146) Scholz, jur. Mag. neue Folge Bd. 1. S. 4. S. 31.

Aus demselben Grunde folgt auch, daß der Abfindling nicht eher ein Klagerrecht auf Auslobung habe, bis sich nach dem Tode des Erblassers ergibt, daß das Erbe zu seiner Befriedigung nicht ausreicht.

5) Da die Abfindungen, als erbrechtliche Ansprüche, denen zustehen, die das Colonat selbst würden bekommen können, so müssen sie unter Umständen auch natürlichen Kindern gereicht werden.

Der Fall tritt ein, wenn der Hof von der Mutter herrührt. Von den natürlichen Kindern gilt bekanntlich die Regel: *matrem sequuntur*, und das Bauernrecht macht hier keine Ausnahme¹⁴⁷). Bringt also eine Hofbesitzerin ein solches natürliches Kind mit in die Ehe (einerlei, ob es von dem auffahrenden Ehemanne erzeugt war oder nicht), so kann das Kind das Colonat erben, und eben daher müssen ihm auch Abfindungen gereicht werden. Selbst, wenn die natürliche Mutter Auffömmeling sein und das Vermögen in den Hof gebracht haben sollte, würde ein solches Kind Alimente unbedenklich, unserer Ansicht nach aber auch (aus dem Grunde der Verwendung des mütterlichen Vermögens) eine angemessene Abfindung aus dem Hofe verlangen können.

Dem Bedenken dagegen wird nach der Praxis gewöhnlich dadurch aus dem Wege gegangen, daß beim Eingehen der Ehe über Aussteuer oder Abfindung solcher Kinder Bestimmung getroffen wird¹⁴⁸).

6) Das Recht auf die Abfindungen wird mit dem Erbansfalle erworben. Eigenthümlichkeiten hat aber wiederum die Zahlungszeit. Sie wird häufig verschoben, weil dem überlebenden Ehegatten noch Nutzungsrechte, Interimswirthschaft u. s. w. zustehen, und wenn dem so ist, dann tritt das Recht, die wirkliche Zahlung zu verlangen — sobald darüber nicht ein Anderes bestimmt ist — erst nach Beendigung dieser elterlichen Benützung des Colonates ein. Stehen diese Nießbrauchsrechte nicht entgegen, so ist Regel, daß gezahlt werden muß, sobald der Abfindling Gelegenheit zur Heurath findet, oder wenn er seine Volljährigkeit erreicht hat.

Was die Töchter aber auch früher verlangen können, ist nach den Grundsätzen des römischen Rechtes eine *dos*¹⁴⁹), vorausgesetzt, daß sie sich nicht gegen den elterlichen Willen verheuratheten¹⁵⁰), und es steht nichts entgegen, diese Grundsätze auch im Bauernrechte anzuwenden.

Ueber den Betrag des Heurathsgutes (Aussteuer, Mitgift im engeren Sinne)¹⁵¹) lassen sich keine bestimmte Regeln geben; der Stand und das Vermögen geben den Maassstab an die Hand.

Gewöhnlich und rathamer Weise gehen die Bestimmungen der

147) Die Vorschriften des Lehnrechtes bleiben gleichfalls ausgeschlossen.

148) Scholz der Dritte über bäuerliche Abfindungen §. 42.

149) L. 19. u. 69. §. 4. D. de rit. nupt. (23. 2.)

150) v. Wenig-Ingenheim, Lehrbuch Bd. 4. §. 375. - Mackel-dey, Lehrbuch §. 519. (9. Aufl.)

151) Im Altenburg'schen u. s. w. Kammerwagen genannt.

Erblaffer dem Bedenken über Zahlungszeit und über den Betrag der Dotalgegenstände aus dem Wege.

7) Auch hat das Bauernrecht — unstreitig durch die Grundsätze über Schonung der Güter veranlaßt — das Eigenthümliche, daß Absfindungen unverheurateter verstorbenen und minderjähriger Geschwister, wenn der Absfindling nicht besonders darüber bestimmte, in der Regel in den Hof zurückfallen, also nicht an die sonstigen Erben gelangen¹⁵²). In vielen Gegenden wird jedoch — und zwar von Grundsätzen hoher Billigkeit geleitet — angenommen, daß die Erzeugung unehelicher Kinder den Rückfall hemme, diesen also aus dem Absfindungsvermögen vom Hofbesitzer Alimente u. s. w. gezahlt werden müssen¹⁵³).

Ebenso ist in vielen Gegenden durch Observanz, selbst durch ausdrückliche Vorschriften¹⁵⁴) eingeführt, daß Absfindungen nicht verzinst werden. Jedoch erscheint es billig die Zeit der geschehenen Annahmung auszunehmen¹⁵⁵).

Auch herrscht in einigen Ländern die Observanz, daß dem Hofserben bei der Zahlung der Absfindungen billige Fristen gesetzt werden.

8) Die Collationsverbindlichkeit ist allerdings streitig. Mehrere nehmen an, daß diese römisch-rechtliche Theorie besonders dann nicht anzuwenden sei, wenn der Grundsatz: *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* im Bauernrechte angenommen wird¹⁵⁶), und mehrere Particularrechte sind gleichfalls dagegen¹⁵⁷). Allein da, wo Gesetz und Observanz nicht ein Anderes bestimmen, dürfen diese Gründe nicht ausreichend sein, weil der Grund der Einwerfungsverbindlichkeit nicht in dem obigen Grundsatz: *nemo pro parte etc.* sondern darin liegt, daß die Gleichheit der Erben nicht gestört werden soll¹⁵⁸).

Die Theorie der Collation hat ohnehin die Billigkeit auf ihrer Seite, und wir tragen daher mit mehreren Anderen¹⁵⁹) kein Bedenken, in allen den Fällen, wo das römische Recht das Einwerfen anordnet¹⁶⁰), solches auch hier anzunehmen. Die Vorschrift ging auch in andere Colonatsordnungen über, theils allgemein, theils wenn Verkürzungen im Pflichttheile stattfanden¹⁶¹).

152) Gesenius, Meierrecht Th. 1. S. 529.

153) Ders. S. 546.

154) J. B. Hildesheim'sche Verordnung über Ablagen u. Leibzuchten vom 9. April 1781 Abschn. 1. §. 17.

155) Scholz über bairische Absfindungen §. 59.

156) Haffe, von der Gütergemeinschaft S. 136. Fischer, Geschichte der Erbfolge. Urkundenb. S. 7. Mittermaier, deutsches Privatr. §. 417.

157) J. B. preuß. Landr. Th. 1. Tit. 12. §. 281. Oesterreichisches Gesetzbuch §. 560, und Zeiler, Comment. II. S. 429.

158) Schweppe, röm. Privatr. §. 862. (3. Ausg.)

159) Vergl. Kunde, Rechtslehre von der Interimswirthschaft S. 151. (2. Aufl.)

160) Thibaut, System des Pandectenr. §. 732.

161) Hildesheim'sche Verordn. a. a. D. §. 17.

9) Etwas Aehnliches mit den Abfindungen hat auch die Verbindlichkeit des Anerben, Franke und zum Ausheuratben unfähige Miterben im Hofe behalten und alimentiren zu müssen. Der Grund liegt, wenn wir ihn nicht in der gemeinen Alimentationspflicht gewisser Verwandten suchen wollen, in dem Erbrechte und dem gemeinschaftlichen Eigenthume an der Erbschaft bis zu erfolgter Abschichtung¹⁶²⁾. Jedoch versteht sich von selbst, daß die Verbindlichkeit nur aushelfender (subsidiärer) Natur ist, daß also das sonstige Vermögen der zu Verpflegenden zuerst verwendet werden müsse, und der Verabreichende auch mit der Abfindung in solchen Fällen compensiren könne. Auch sind die zu Alimentirenden zu angemessenen Arbeiten im Hofe verbunden¹⁶³⁾. Bis zu erreichter Confirmation (gewöhnlich das 14. Jahr) müssen die Kinder unter allen Umständen im Hofe verpflegt und schon in polizeilicher Hinsicht zu Schule und Kirche angehalten werden.

10) Den Abfindungen gebührt im Concurse billigerweise ein Vorrecht, und zwar deshalb, weil den Erben oder Abfindlingen — wie vorgezeigt — bis zu erfolgter Theilung ein gemeinschaftliches Eigenthum an dem Hofe oder dem Gegenstande zusteht, woraus sie erfolgen. Es ist den Gläubigern dieser Art daher ein Separations- und unter Umständen ein Vindicationrecht nicht abzusprechen¹⁶⁴⁾.

Jedoch ist dagegen anzunehmen:

a) daß Schulden, die vor angefallener Erbschaft schon auf dem Colonate haften, den Vorgang behaupten;

b) daß, wenn dem Gutsherrn wegen des Obereigenthumes gleichfalls ein Separationsrecht zusteht¹⁶⁵⁾, auch dieses vorgehen müsse, weil das Recht eher vorhanden, bevor von der Vererbung die Rede war. Und dann muß

c) das Vorrecht auch wegfallen, wenn nach der Theilung der Miterbe dem Anerben Credit gegeben oder sonst eine Novation vorgenommen hat¹⁶⁶⁾.

11) Die Abfindungen gehen endlich, theils auf gewöhnliche Weise, theils bauerrechtlich verloren: durch Enterbung, durch Verzicht, durch den Tod des minderjährigen oder unverheurateten Abfindlings im Hofe, durch Compensation des Anerben mit Alimentern, durch Unfähigkeit oder Vergehen des Abfindlings (z. B. Hochverrath) und durch Verjährung.

Zu dem Verzichte soll nach einigen Meinungen als eine Eigenthümlichkeit der Bauergüter auch gezählt werden, wenn über dasjenige, was Erbenzins- und Meierleute ihren Kindern mitgeben, werde es auch

162) In mehreren Ländern bestimmen darüber die Gesetze besonders, vgl. hildesheim'sche Verordn. a. a. D. §. 22.

163) Hildesheim'sche Verordn. a. a. D. §. 23.

164) Pufendorf T. 1, obs. 103. v. Bülow, Abhandl. über einzelne Materien des bürgerl. Rechtes Th. 1. Abh. 6. Zweifel dagegen mit-
termaier, deutsches Privatr. §. 416.

165) Z. B. im Herzogthum Braunschweig nach der Verordnung v. 21. April 1745. Fredericksdorf Promt. Th. 1. S. 235.

166) Pufendorf l. c. p. 284. §. 5.

Brautpflicht oder Mitgift genannt, quittirt wird. Dergleichen soll den vollen Erbtheil ausmachen, und nach der Eltern Tode den Abzufindenden ein Mehreres nicht gebühren¹⁶⁷). Allein richtiger macht man dergleichen Zahlungen und Quittungen zur quaestio facti¹⁶⁸), nimmt also hier nicht gerade eine durchgreifende allgemeine Regel an, sondern sieht darauf, was empfangen, und unter welchen Umständen empfangen und quittirt ist¹⁶⁹).

12) Wenn über bäuerische Abfindungen — einer bei Bauergütern sehr wichtigen Materie — Klagen entstehen, so wissen die Praktiker häufig nicht, was damit anzufangen.

Also auch darüber noch Einiges. So lange die Gesetzgebung einzelner Staaten noch nicht dahin gelangt ist, für rein teutsche Einrichtungen und Rechtsverhältnisse besondere Klagen und Rechtsmittel anzuordnen¹⁷⁰), bleibt schon nichts Anderes übrig, als das gemeine Recht zur Hilfe zu nehmen, und wenn solches nicht ganz paßt, sich des Ausfunftsmittels in analoger oder nützlicher Gestalt zu bedienen, sollte es auch mit einigem Kopfzerbrechen geschehen.

Bei den Abfindungen, denen wir einen erbrechtlichen Grund unterlegten, kommen meistens die durch das Erbrecht erzeugten Klagen und Rechtsmittel vor. Sie können auch in der Regel über den allgemeinen Leisten gezogen werden. Der Abzufindende kann seine Rechte, gleich jedem anderen Erben, possessorisch und petitorisch geltend machen, kann vorbereitend, z. B. durch Editionsanträge erbschaftlicher Urkunden, durch Anträge auf Verwaltung gegen Sicherheit, auf Zulegung eines Inventars oder eidlichen Verzeichnisses u. s. w. einschreiten¹⁷¹), kann wie jeder Andere auf Anerkennung seines Abfindungsrechtes als alleiniger oder Miterbe, dann wieder, wo seine Theilnahme selbst nicht bestritten wird, auf Theilung dringen, also im ersten Falle die römisch-rechtliche hereditatis petitio und im zweiten die actio familiae erciscundae anstellen. Ebenso stehen ihm, wenn er durch Testamente, Erbverträge, Schenkungen, Aussteuer oder das sich in formeller oder materieller Hinsicht verletzt fühlt, die im gemeinen Rechte vorkommenden Klagen auf Ungiltigkeit und pflichttheilswidrige Anordnungen zu, theils direct, theils in analoger oder nützlicher Form. Wo es aber eigenthümliche Verordnungen, Gewohnheiten, Statuten u. s. w. gilt, kann der Erbe die *condictio ex lege, ex moribus, seu iure consuetudinaria, ex statuto* etc. anstellen.

Bei einer sehr wichtigen Materie (bei den Erbverträgen), die den Römern fremd war, kamen ohnehin Doctrin und Praxis längst zu

167) Strube, rechtl. Bedenken Th. 3. S. 97.

168) v. Bülow und Hagemann, pract. Erörter. Bd. 1. S. 203 u. 206. Pfeiffer, pract. Ausführungen Bd. 4. S. 162.

169) Vgl. Scholz über bäuerische Abfindungen §. 56.

170) Diese Lücke findet sich in allen Meierordnungen, und den meisten Staaten fehlen sogar diese.

171) Vgl. Schmidt über Klagen und Einreden §. 507 fig. (6. Ausg.)

Hilfe, indem man auch hierauf die römischrechtlichen Erbschaftsklagen und Rechtsmittel bei Verletzungen anwendete¹⁷²⁾.

Zu 4. Ganz eigenthümliche Rechtsverhältnisse knüpfen sich an das in die Bauergüter Eingebachte, es heiße Mitgift, Aussteuer, zugefreites Gut, Hauptgut, dos u. s. w., bestehe in Naturalien oder baarem Gelde.

Die Grundregel, daß alle dergleichen Gegenstände nicht zurückgefordert werden können, wenn die Ehe sich auflöst, oder mit anderen Worten die Unbeweglichkeit der dos, ist es, die diese Eigenthümlichkeiten erzeugt, und schon an sich eine Abweichung vom gemeinen Rechte bildet.

Wenn der junge Bauer in die Reihe eines neuen Landwirthes tritt, so vermählt er sich gleichsam auf eine doppelte Weise, einmal mit dem Gute und zweitens mit einem Ehegemahl. Durch das Gut wird ihm der feste Standpunct angewiesen, worauf er wirken und leben soll; das Gut soll ihn ernähren, und er soll die damit verbundenen Lasten und Verbindlichkeiten gegen Staat, Gutsherrn, Gemeinde und Verwandte lösen. Das Ehegemahl dagegen soll ihm das eigene Familienleben eröffnen, ihn durch Arbeit und Geld unterstützen und mit ihm vereint vom Gute lebenslängliche Versorgung empfangen. Beide wollen jetzt die Rolle gemeinschaftlich beginnen, wozu sie sich auf der großen Bühne berufen fühlen, und mit dinglichen und persönlichen Lasten sich an den Staat binden.

Soll der Bauer die mit dem Gute verbundenen Lasten tragen, wobei ihn besonders die Leibzucht, Abfindungen und Kosten der neuen Einrichtung zu drücken pflegen, so muß er sich nach einem angemessenen und reichlichen Heurathsgute umsehen. Empfängt er solches und ist das Heurathsgut in das Gut verwendet, so würde das Gut in der That keine Hilfe erlangt, sondern eine schwere Last sich aufgebürdet haben, wenn eben dieses Heurathsgut wiederum über kurz oder lang aus demselben herausgezogen werden sollte, noch dazu zu einer Zeit, wo der Tod des Einen oder Anderen der Ehegatten dem Hofe ohnehin bemerkbare Wunden schlägt. Dieß dürfte nun einmal nicht geschehen.

Statt dessen mußte der auffahrende Ehegatte auf andere Weise zufrieden gestellt werden, und dieß geschah durch die Zusicherung angemessener Gegenvortheile, die darin bestehen: 1) daß der Eingehurathete den zeitigen oder lebenslänglichen Mitgenuß des Colonats und 2) die Erlaubniß wieder zu heurathen bekommt, 3) wenn die Frau die überlebende ist, sie die Freiheit hat, einen Interimswirth zu sich aufzunehmen, daß sie ferner 4) für die aus dieser neuen Ehe erzielten Kinder eine Abfindung vom Hofe, und endlich 5) für sich und den zweiten

172) Glück, Commentar Th. 6. §. 540. Martin, Rechtsgutachten Bd. 1. S. 165 fig. Schmidt a. a. D. §. 537.

Ehegatten eine theils den Hofkräften, theils den zugewendeten Vortheilen angemessene Leibzucht fordern darf¹⁷³⁾.

Diese den Bauergütern angemessenen und dauerlichen, natürlichen Verhältnisse waren es, welche die Grundsätze der unbeweglichen des und die unter 1 bis 5 erwähnten Gegenzufagen hervorbrachten, die wir unter dem Namen **Widerlage, Gegenverschreibung** (in re-compensationem datio) kennen.

Die Leibzucht, das Leibgedinge oder Leibgut wurde von diesen Vortheilen für das Wesentlichste gehalten und das Eingebachte hieß **Freigut, Heurathsgut oder Hauptgut**.

Die alte Paromie: Leibgut schwindet Hauptgut, d. h. Leibgut macht, daß Hauptgut verschwindet, deutet solches an¹⁷⁴⁾, und die Glosse zum sächsischen Lehnrechte¹⁷⁵⁾ führt man nicht ohne Grund als Beweis dafür an, daß schon in den mittlern Zeiten das Leibgeding durch zweite Heurath nicht verloren ging. Der neuere und fast allgemeine Gebrauch hat sich wenigstens erhalten¹⁷⁶⁾.

Was natürlich oder dem Wesen der Bauergüter angemessen ist, muß immer die Regel bilden, und die obigen Rechtsverhältnisse haben diese Eigenschaft. Es braucht daher nur leise berührt zu werden, daß allerdings einige Meierordnungen, namentlich bei der zweiten Heurath der Wittve, das Zurückfordern des Eingebachten und Kindesheil, dafür aber auch keine Leibzucht gestatten¹⁷⁷⁾. Sie bilden nur Ausnahmen von der obigen Regel, die sich mehrseitig als ein allgemeines Gewohnheitsrecht bestätigt findet¹⁷⁸⁾.

Dagegen aber erscheint es eben so billig als angemessen, der Ehefrau die Rückforderung des Eingebachten zu gestatten, wenn der Ehemann in Concurß verfällt, indem hier ohne der Ehefrauens Schuld die erwähnten Surrogate nicht erfolgen können¹⁷⁹⁾.

Zu erwähnen ist noch, wie es sich mit dem Zugebrachten des Mannes, mit dem vorbehaltenen Vermögen der Frau und mit den Rechten der Kinder zweiter Ehe verhalte.

1) Liegt es, wie wir annahmen, einmal im Wesen der Bauergüter, daß das Zugebrachte darin bleiben müsse, so müssen Mann und Frau sich gleichsetzen. Und in der That ist dem auch so. Auch das,

173) In mehreren Staaten kommt auch noch das Erbrecht hinzu, bald in beschränkter Form, preuß. Landr. Th. 2. Tit. 1. §. 623, bald zum vollen Kindesheile, z. B. im Herzogthume Braunschweig: Verordnung vom 30. Dec. 1754.

174) Eisenhart Sprüchwörter S. 143.

175) Capitel 57.

176) Hagemann, pract. Erbr. Th. 7. S. 279.

177) Oldenburg'sche Brautshaßordnung, bei Kunde von der Leibzucht S. 373.

178) Vgl. die Entscheidungen des Oberappellationsgerichtes zu Celle bei Kunde a. a. D.

179) Hagemann a. a. D. S. 270. Kalenberg'sche Meierordn. Cap. 9. §. 8.

was der Ehemann der den Hof besitzenden Frau (der Anerbin) als Auffahrender zubringt, unterliegt dem Verbleiben im Hofe. Auch er hat die vorhin aufgezählten Gegenvorteile: die Bewirthschaftung und den Fortgenuß des Colonats, das Recht wieder zu heurathen, eine Abfindung für Kinder zweiter Ehe und eine Leibzucht zu genießen, und muß sich daher derselben Regel unterwerfen; gewissermaßen noch eher als die weibliche Hälfte, weil seine Vortheile größer sind, wohin namentlich das schon gemeinrechtlich begründete Recht der lebenslänglichen Benutzung des Mutter- oder Kindergutes gehört, während die Frau solches nur bis zur Großjährigkeit des Anerben ausübt.

Da, wo die obigen Regeln einmal herrschen, ist es daher ein Fehler der Beamten, wenn sie in den Ehe- und Hofverlassverträgen das Zugebrachte von Seiten des auffahrenden Ehemannes nicht eben so stellen, wie das weiblich Zugebrachte. So gut wie er der Ehefrau die Gegenvorteile als Widerlage verschreibt, eben sowohl muß er sich solche von dieser verschreiben lassen, wenn er der Zubringende ist.

2) Allerdings kann es Fälle geben, wo der auffahrende Ehegatte sich Güter vorbehält, die von der Dotaleigenschaft verschieden sind: sogenannte Paraphernalien und Receptitien; allein sie gehören zu den großen Seltenheiten, und obwohl die Bestellung eines Brautschatzes als Thatsache (res facti) des Beweises bedarf, so würden wir im Bauernrechte umgekehrt die Vermuthung da für und nicht für vorbehaltenes Vermögen eintreten lassen¹⁸⁰).

Wo sich aber ein Vermögen dieser Art ergibt, würde man der Frau, insofern es nicht in den Hof verwendet wurde, auch dafür jene Gegenvorteile nicht zugestehen können. Wir legen auf das Wort da für ein Gewicht, weil es zugleich Regel ist, daß der Frau, auch wenn sie wenig oder gar nichts einbrachte, für ihre dem Hofe geleistete Arbeit und Beihilfe immer Etwas von jenen Vortheilen zu Gute kommen muß. Der Unterschied liegt also nur in der Größe der Gegenvorteile.

In der Regel bestimmen darüber Verträge. Wo es nicht geschah, muß der Weg des Rechtes und das Gutachten Sachverständiger ermitteln und entscheiden, wieviel durch Verwendung von Geld, Naturalien oder Arbeit dem Hofe genützt ist, und wie viel auf der andern Seite nach den Kräften des Hofes an Leibzucht, Abfindungen u. s. w. dem Aufkömmlinge zugestanden werden soll.

3) Es ist schon früher (zu 3 bei Abfindlingen) erwähnt, daß das Recht, Abfindungen oder Erbtheile vom Bauergute zu fordern, eigentlich nicht an die Kinder zweiter Ehe gelangen könne, weil diese nicht zum Hofe und in die bäuerliche Sippe gehören, daß ihnen aber dergleichen dennoch nach allgemeiner Observanz zugestanden werde.

180) Pufendorf obs. iur. T. 1. obs. 206. §. 14., Leyser med. spec. 302. med. 4. 5., Schiller exercit. 36. 80. sind ohnehin im Allgemeinen dafür, daß die Dotaleigenschaft eine Vermuthung auf ihrer Seite habe. Vgl. Scholz Intestaterbr. der bäuerlichen Ehegatten §. 6 a.

Wir sind darüber Erklärung schuldig und bemerken, daß der Grund der Observanz in der Unbeweglichkeit des Zugebrachten und in der nützlichen Verwendung desselben von Seiten des Aufkömmlings liegt.

Die Beihilfe des sogenannten auffahrenden Ehegatten durch Geld, Naturalien oder Arbeit dient, wie wir sahen, nothwendig zur Bewirthschaftung und Erhaltung des Colonats. Der Anerbe oder eigentliche Besitzer des Hofes kann einmal ohne diese Vortheile nicht bestehen, und der Aufheuerathende kann dagegen für die Verwendung seines Vermögens und seiner Kräfte nicht ohne Vergütung oder Gegenvortheile bleiben. Treten Todesfälle ein, so steht dem Ueberlebenden der Genuß und das fernere Bewirthschaftsrecht des Bauergutes zu, und dieses kann theils nicht ausgeübt, theils dem eigentlichen Anerben der Hof nicht erhalten werden, wenn dem jetzt Alleinlebenden nicht das Recht wieder zu heurathen zugestanden wird. Folge der Wiederverheurathung sind Kinder zweiter Ehe, und diese können von der bloßen Leibzucht nichts erhalten, eben so wenig auf die ungewisse Errungenschaft angewiesen werden, zumal da auch der zweite Ehegatte — nach dem erwähnten Grundsatz — sein zugebrachtes Vermögen im Hofe lassen mußte. Es heißt hier also: wer den Zweck wollte, mußte auch die Mittel zum Zwecke wollen.

Das Colonat und dessen Besitzer mußten daher auch in die Versorgung der Kinder zweiter Ehe willigen, und ihre Rechte gestalten sich gleichfalls als Erbrechte aus dem Hofe, weil sie solche zwar von ihren Eltern zunächst ableiten, diese aber sie, wie wir sahen, einmal am Colonate erworben hatten, theils durch den Ehevertrag, theils durch Gewohnheitsrecht, theils durch nützliche Verwendung ihres Vermögens in den Hof.

Daß den Kindern zweiter Ehe eine Abfindung zukomme, darüber ist man einig¹⁸¹⁾. Nur wurde der Grund dieser im Bauernrechte so häufig vorkommenden Frage wenig erörtert¹⁸²⁾. Was von den Kindern des Interimswirthes gilt, muß auch von den Kindern des ersten männlichen Aufkömmlinges gelten, der, wenn er zur zweiten Ehe schreitet, eigentlich keine Interimswirtschaft begründet.

Zu 5 und 6. Ueber die ferneren Eigenthümlichkeiten der Bauergrüter: Auszug und Interimswirtschaft s. diese Artikel.

S. Scholz der Dritte.

Bayern. Bayern, in acht Kreise getheilt, bewahrt in dem achten Titel §. 7 seiner Verfassungsurkunde vom Jahre 1818 die Worte: Es soll für das Königreich ein und dasselbe bürgerliche und Strafgesetzbuch bestehen. — Aber wie von je es war, daß der Geist lebendig macht, und der Buchstabe tödtet, so ist es auch mit

181) Kunde, von der Interimswirtschaft. §. 13. S. 32. Gesenius, Meierrecht Th. 1. S. 556. v. Liebhaber, Landrecht Th. 2. S. 416. Pildesheim'sche Verordn. wegen Ablagen etc. vom 9. April 1831 §. 19.

182) Vgl. Scholz a. a. D. §. 30. S. 87.

dieser Stelle der Verfassungsurkunde geschehen. Würde dieselbe buchstäblich, unbeschränkt und mit einem Male in Ausübung gebracht worden sein, so würde kaum ein Jahrhundert die Spalten und Risse zu ebnen vermögen, welche ein solches gewaltsames Durchhauen des Knotens in den bürgerlichen und öffentlichen Verhältnissen jeder Art hervorgebracht hätte. Mehr als irgend ein Staat ist Bayern aus eigenthümlich gebildeten Einzelländern entstanden, welche sich mit den darin verwachsenen und verkörperten eigenthümlichen Rechten und Rechtsinstituten nicht in eine neologische Centralisirung einschnüren lassen, ohne daß nicht das Leben in seinen edleren Theilen tödtlich verlegt würde. Noch heutzutage beurtunden die Provinzen offenbar — auch dem oberflächlichen Beobachter — sowie im Dialecte so in Sitten und Gewohnheiten die Abstammung von den drei teutschen Stämmen, von den Bayern, den Schwaben und von den Cheruskern (Franken), und oft scheiden an der Grenze dieser Provinzen ein Fluß oder ein Raum von kaum einer Achtelmeile zwei Dörfer, in welchen sich die Verschiedenheit der Stämme zum Erstaunen hart, schroff und ohne Uebergang ausspricht. Wenn es schon bei den einzelnen Menschen ein großer Vorzug ist, einen (eigenthümlichen) Character zu haben, so tritt bei volksthümlichen, provinziellen Characteren dieser Vortheil mit weit mehr Segen in die Geschichte. Solche Provinzialitäten (wenn es erlaubt ist, eine solche Wortbildung zu gebrauchen), versichern z. B. vor Allem ein langes Volksleben, und solche ungleich große und bestimmte Körper bilden den Staat dauernder, und verkitten sich fester und zäher, als wie im Allgemeinen Theorien verflachter angeschwemmter Massen ohne Race und ohne Familienphysiognomie. Demnach scheint uns zum Gedeihen und zur Sicherung des gemeinsamen Wohles, und da die Gesetze für die Menschen, nicht aber umgekehrt die Menschen für die Gesetze gemacht werden, höchst förderlich, ja nothwendig, diejenigen privatrechtlichen, in's Leben wesentlich eingreifenden Einrichtungen, welche mit den Begriffen, Sitten und Interessen einer Völkerschaft im engen Verbande stehen, daraus ursprünglich hervorgegangen, jetzt damit gleichsam verwachsen und dem Ganzen unschädlich sind, z. B. das Ewiggeld, die Gütergemeinschaft unter Eheleuten u. a., wenigstens im Grundsatz aufrecht zu erhalten. Auch wurden solche Rücksichten nicht nur bei allen Gesetzgebungen der vorigen Jahrhunderte, sondern auch bei der Abfassung der französischen Gesetzbücher, laut des Berichtes ihrer Redactoren wohl beachtet. Nur also wenn und insofern dieß geschieht, wird ein allgemeines Civilgesetzbuch und die Verschmelzung so vieler Particularrechte in einen Code zur Wohlthat für die ganze Nation, und wir sind weit entfernt zu wünschen, daß der dormalige Zustand der Civilgesetzgebung in Bayern in seinem ganzen Umfang noch lange fortbauern möge, sondern halten ihn im Gegentheile in so vieler Beziehung für höchst nachtheilig, sind jedoch der Ansicht, daß es sich hier um die schwierigste Aufgabe handelt, die je einer Regierung zu lösen obliegt, und von der sich die meisten Staatsmänner nicht ohne Grund abgeschreckt fühlen.

Die Rechtspflege in Bayern ist im Allgemeinen genommen in einem lobenswerthen Zustande, geordnet in ihrem Instanzenzuge, prompt bei den Untergerichten, zuverlässig bei dem obersten Gerichtshofe, und überall, von dem Rathgeber wie von dem Gerichtstuhle, verkündet sich eine rechtswissenschaftliche Bildung — eine Bildung, wie dieselbe nur immer bei einem civilisirten germanischen Volke vorgekommen ist. Bei alle dem aber besteht dennoch weder für das bürgerliche noch für das peinliche Recht ein und dasselbe Gesetzbuch, und weder für den bürgerlichen noch für den peinlichen Prozeß eine und dieselbe gesetzliche Prozeßordnung, wie dieses im Nachstehenden für die einzelnen Gebiets-theile nachgewiesen und aufgezählt werden wird.

1) Vor Allem sondert sich die vormals Rheinkreis betitelte Pfalz von den übrigen sieben Kreisen, welche in der Gesetzesprache die sieben älteren Kreise genannt werden, vollständig durchaus und bestimmter ab. In der Pfalz nämlich, oder in dem Gebiete des Königreiches jenseits des Rheines mit den Kreishauptstädten Speyer und Zweibrücken, ist in Folge der Verordnng vom 20. März 1817 mit der französischen Gerichtsverfassung das französische Civilgesetzbuch (code Napoleon) beibehalten worden und noch gültig, und nebst demselben auch der französische Prozeßcodex (code de procedure civile), das Strafgesetzbuch (code pénal nebst dem code d'instruction criminelle), und endlich der Handlungscode (code de commerce) — zusammen die cinq codes — mit den übrigen eigenthümlichen Instituten des französischen Rechtes, dem Notariate, dem Friedens-, dem Cassations- und dem Geschworenengerichte.

Mit jenen Gesetzbüchern haben überdieß in diesem Kreise gleich verbindliche Kraft:

a) die daselbst von dem französischen Regierungskommissar Rüdler bis zum Jahre 1802 publicirten und in zwei Sammlungen enthaltenen Gesetze und Verordnungen¹⁾;

b) die französischen bulletins des lois bis zu den pariser Friedensschlüssen von 1814 und so viel die erst im folgenden Jahre von Frankreich abgetretene Festung Landau mit demselben am linken Ufer der Lauter liegenden Bezirke betrifft von 1815;

c) die unter dem Generalgouvernement des Mittelrheines, dann unter der österreichischen und bayerischen Landesadministration bis zum 1. Mai 1816 erschienenen Verordnungen²⁾.

1) Sammlung der Verordnungen und Beschlüsse, enthaltend die Gesetze, Ordonnanzen, Edicte, Declarationen u. des Vollziehungsdirectoriums, der Minister u. die seit dem 14. Brumaire des Jahres VI in den 4 Rheindepartementen kund gemacht worden sind. Straßburg bei Levrault in den Jahren VII und VIII. 12 Bde. 8. Fortsetzung dieser Sammlung vom Jahre VIII bis X. Mainz bei Groß. 6 Bde. 8.

2) Die Sammlung derselben erschien in Speyer 1829 in 2 Bänden. Eine vollständige Sammlung der französischen Gesetze enthält Rondonneau collection generale des lois von 1739 bis 1824. 16 Bde. Locré la legislation de la France Paris 1827. 31 Bde. Merlin Repertoire 18 Bde.

Die französischen Gesetze nun sind sowie ihre Doctrin nur in so weit gültig und anwendbar, als dieselben zur Zeit der Vereinigung dieses Gebietes (des Rheinkreises) mit Bayern dort eine verbindliche Kraft hatten; daher muß zur Anwendung dieser fünf Codices und ihrer Novellen genau auf diesen Zeitpunkt gesehen werden; denn von da an nehmen die Gesetze nicht mehr die Fortbildung und die Doctrin Frankreichs — als eines fremden Staates — an, sondern bestehen in ihrer Eigenthümlichkeit nunmehr innerhalb der bayer'schen Legislation fort. Diesem Rechtszustande folgegerecht hat auch die bayer'sche Gesetzgebung seitdem fortwährend in das übergegangene fremde Gesetz eingegriffen und beziehungsweise Abänderungen und Ergänzungen ergehen lassen, als da sind:

a) Mehrere in dem mit dem 1. Julius 1816 begonnenen Amtsblatte für den Rheinkreis publicirte, größtentheils reglementäre Verordnungen³⁾.

b) Das Gesetz vom 1. Juni 1822, die Forststrafen und die Vollziehung der Forststrafurtheile betreffend.

c) Das Gesetz von demselben Datum, die Vereinfachung des Verfahrens bei Zwangsveräußerungen von Immobilien betr.

d) Das Gesetz vom 11. Sept. 1825, über die Förmlichkeiten bei Anlegung und Abnahme der gerichtlichen Siegel, dann bei denjenigen Vermögenserbtheilungen und Veräußerungen, welche unter Mitwirkung des Richteramtes geschehen.

e) Das Gesetz vom 28. Dec. 1831, die Protocollirung und Vorladung in gemeinen Straffachen der einfachen Polizei betr.

f) Das Forststrafgesetz vom 28. Dec. 1831.

g) Das Gesetz vom 1. Juli 1834, die Vervollständigung der strafgesetzlichen Bestimmungen in Beziehung auf Brandstiftungen betr.

h) Das Gesetz vom 1. Juli 1834, über die Hypotheken- und Wechselbank, die Strafe der Fälschung der Banknoten betr.

Alle diese Gesetze sind in den bayer'schen Gesetzblättern der betreffenden Jahre abgedruckt.

Ältere, der französischen Herrschaft und Gesetzgebung vorhergegangene Rechtsgeschäfte und Verhältnisse werden nach den in den verschiedenen Territorien, woraus dieses zusammengesetzt ist, früher bestandenen Gesetzen und dem gemeinen Rechte beurtheilt und gerichtet.

Noch müssen wir bemerken, daß die Verfassung von 1818 zwar in diesem Kreise gleichfalls eingeführt, von deren beigefügten constitutionellen Edicten jedoch nur denen Gesetzeskraft verliehen wurde, welche mit den dem Kreise erhaltenen Institutionen nicht im Widerspruche stehen,

Man s. auch Dupin lois civiles, lois de procedure civile et organisation judiciaire. Paris 1819—1821. 6 Bde. 8. und die Sammlungen von Voeg und Siebenpfeifer.

3)-M. s. 7 Supplementhefte zu den 5 französischen Gesetzbüchern, Zweibrücken bei Ritter 1828—1833.

und in dem Amtsblatte von 1818 für den Rheinkreis ausdrücklich namhaft gemacht worden sind.

In den anderen sieben Kreisen des Königreiches, welche sind: Oberbayern, Niederbayern, Oberpfalz und Regensburg, Schwaben und Neuburg, Oberfranken, Mittelfranken, Unterfranken und Aschaffenburg, — in diesen sieben älteren Kreisen ist in Rücksicht der Civilgesetze dieselbe Richtung vorherrschend, welche wir so eben bei dem Gebiete jenseits des Rheines besprochen haben. Für alle diejenigen ehemals im teutschen Reiche selbstständig bestandenen Reichsgebiete, welche entweder durch den Reichsdeputationshauptschluß vom Jahre 1803 oder durch die Friedensschlüsse von Presburg 1804, Wien 1809, Paris 1814 und 1815, den Vertrag mit Frankreich 1810, oder auch in Folge des Rheinbundes von 1806, der Auflösung des teutschen Ordens von 1809, des wiener Congresses v. 1815, und endlich des Territorialvertrages mit Oesterreich von 1816 u. s. w. das jetzige Königreich Bayern bilden, sind die älteren Particularcivilgesetzgebungen beibehalten und als gültig erkannt worden, und diese Gültigkeit besteht zum größten Theile noch heutzutage; ja diese Verschiedenheit der Particularcivilgesetze erstreckt sich noch über die eben angegebenen Epochen hinaus, und reicht in die Zeiten des teutschen Reiches selbst hinein, indem schon das dort durch Tractate und Erbschaften angewachsene Kurfürstenthum solche Provinzialrechte, wie z. B. das oberpfälzische Landrecht, mit sich führte. Auch bei diesen Gesetzgebungen besteht die Regel, daß das Jahr, in welchem die Gebiete mit dem Königreiche vereinigt worden sind, das Stillstehen jener Legislaturen bezeichnet, denn, mit diesem Momente werden jene Gesetze fixirt und treten in ihrer Fortbildung und Doctrin in die allgemeine bayer'sche Gesetzgebung über, so zwar, daß alle jene Gesetze in dem sie betreffenden Landestheile gültig sind, insofern dieselbe seit dem Normativtage — der Vereinigung mit Bayern — nicht in der allgemeinen Civilgesetzgebung abgeändert wurden.

Diese nun begreift in sich:

- 1) die Urkunde über die Verfassung des Königreiches vom 26. Mai mit ihren 12 Beilagen, von welchen die Edicte über den Adel, die gutsherrlichen Rechte, die Fideicommissse, die Siegelmäßigkeit, die Staatsdiener und das Concordat mit dem römischen Hofe theils ganz, theils in einzelnen Materien privatrechtliche Bestimmungen enthalten;
- 2) das königl. Haus- und Familiengesetz von 1819;
- 3) das Hypothekengesetz mit der Prioritätsordnung von 1822;
- 4) das Gesetz über die Staatsschuld von 1822;
- 5) das Gesetz über das Edict die Familienfideicommissse betreffend von 1825;
- 6) das Gesetz über die Vereine der bayer'schen Gutbesitzer von 1825;
- 7) das Gesetz über den Zinsfuß der Judenschulden von 1825;
- 8) das Stempelgesetz von 1825;
- 9) das Gesetz über das Staatsschuldenwesen von 1825;

- 10) das Gesetz über das Staatsgut von 1828;
- 11) das Gesetz über die Militärgerichtsbarkeit in bürgerlichen Rechts-
sachen von 1828;
- 12) das Lehnedict von 1808 mit dem Gesetz über die Revision
desselben von 1828;
- 13) das Finanzgesetz von 1831;
- 14) das Gesetz über einige civilrechtliche Gegenstände auf den Fall
des Eindringens der asiatischen Cholera von 1831;
- 15) der Landtagsabschied von 1831;
- 16) das Gesetz über die Verhütung ungleichartiger Erkenntnisse
beim obersten Gerichtshofe von 1837;
- 17) das Expropriationsgesetz von 1837;
- 18) das Zollstrafgesetz von 1837, welches das von 1834 außer
Kraft setzt.

Die Organe aber, durch welche die allgemeine Gesetzgebung gesetz-
lich promulgirt wurde, sind bis zum Jahre 1818 die königlichen Regie-
rungsblätter, und von diesem Jahre die Gesetzblätter mit den darin
enthaltenen Abschieden für die Ständeversammlungen, deren bis jetzt acht
vorliegen, nämlich von den Jahren 1818, 1819, 1822, 1825, 1828,
1831, 1834 und 1837.

Unter diesen Gesichtspunct gebracht, bestehen im Königreiche je für
die betreffenden Gebietsheile verschiedene Civilgesetze, welchen allen bei-
nahe das römische, canonische und teutsche Privatrecht als gemeines
und supplicirendes Recht gesetzlich unterliegt, und worüber wir hier aus
dem vollständigsten Civilgesetze des Reiches — aus dem Codex Maxi-
milianeus — folgende Worte (Theil I. Cap. 2. §. 8—12.) als be-
zeichnend und erläuternd anführen: Nach dem Unterschiede der Per-
sonen und Sachen wird das Recht theils weltlich, theils geistlich be-
namset. Das letztere soll nur in geistlichen Händen und so weit sol-
ches mit denen concordatis und der Observanz einstimmig ist, be-
obachtet werden. Das römische Recht, welches zwar ursprünglich
eine denen Römern gegebene, hernach aber auch in anderen und son-
derbar teutschen und hiesigen Landen eingeführt worden, soll in Sa-
chen, welche etwa durch einheimisches Recht nicht genug bestimmt sind,
auf schicklich und thuntliche Weis zur Hilf gebraucht werden. — Mit
denen longobardischen Lehenrechten, welche den römischen Gesetzbüchern
mit beigelegt sind, hat es die nämliche Beschaffenheit. — Des heil-
igen römischen Reiches gemeine Satz- und Ordnungen kommen in bür-
gerlichen Sachen nur so weit in gebührende Beobachtung, als durch
besondere Landesstatuta, Privilegien und Gewohnheiten kein anderes
versehen und hergebracht ist. — Alle obige benannte Rechte sind un-
ter dem Namen des gemeinen Rechtes begriffen. Der Sachsen- und
Schwabenspiegel aber wird in hiesigen Kurlanden so wenig als andere
dergleichen veraltete teutsche Gesetze unter dem gemeinen Rechte ver-
standen.

Ehe wir zur Aufzählung der in Bayern diesseits des Rheines gel-
tenden Provinzialgesetze und Statuten übergehen, scheint es nothwendig,

über die bedeutendsten derselben, die österreichischen und preussischen, nähere Kenntniß zu geben. In Oesterreich nämlich waren bis zum Jahre 1810 in Kraft:

- a) Das österreichische Consuetudinarium, auch das Motivenbuch genannt, vom Jahre 1550;
- b) die oberösterreichische Landgerichtsordnung;
- c) der Tractat de iuribus incorporalibus;
- d) der Codex Austriacus oder Leopoldinus (eine bis auf das Jahr 1704 gehende Gesessammlung von dem Regierungskanzler vdn Quasient veranlaßt);
- e) Supplementa Codicis Austriaci, enthaltend die Gesetze von 1704—1740;
- f) der thesesianische Codex;
- g) die Sammlung der österreichischen Gesetze im Justizfache von Joseph II., Leopold II. und Franz II., worunter vorzüglich:
 - 1) das Ehepatent vom 16. Januar 1783,
 - 2) das oberösterreichische Landtafelpatent vom 7. August 1762,
 - 3) die allgemeine Concursordnung vom 1. Mai 1781,
 - 4) das Erbfolgepatent vom 3. Mai 1786,
 - 5) das oberösterreichische Grundbuchpatent vom 2. Nov. 1792,
 - 6) der 1. Theil des österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches von 1786,
 - 7) die Gesessammlung von Fredebramsdorf, Kropatschek, Freiherrn v. Podt und Rees;
 - h) das Ehepatent vom Jahre 1808.

Im Jahre 1811 erschien das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch (wozu Zeiller's Commentar).

In Preußens fränkischen Provinzen galten im Jahre 1806 folgende Gesetze:

- a) das allgemeine preussische Landrecht von 1794 sammt den dazu gehörigen Novellen bis zur Abtretung der fränkischen Fürstenthümer, jedoch allenthalben nur als subsidiares Recht mit Beibehaltung der älteren Provinzialrechte;
- b) die preussische Hypothekenordnung und
- c) die preuß. Depositalordnung von 1783;
- d) die preuß. Gerichtsordnung.

Die vielen einzelnen Novellen s. in Klein's Annalen und den Sammlungen von Stengel, Eisenberg, Amelang, Gründler, zusammen gegen 30 Bände.

Von diesen Gesetzen sind die sub lit. b. c. genannten nebst den darauf bezüglichen Novellen seit 1810 und 1822 außer Kraft.

Das spezifische Verzeichniß unserer verschiedenen Civilgesetzgebungen, von welchen der Präsident v. Weber demnächst eine vollständige Darstellung liefern wird (Augsburg bei Kollmann 8.), und von denen wir oben bereits die allgemeinen Gesichtspuncte angegeben haben, ist folgendes:

I. In Oberbayern bestehen:

a) Der Codex Maximilianicus bavaricus civilis, oder neubessert- und ergänzt-kurbayer'sches Landrecht vom Jahre 1756 mit dem alten von 1616 als subsidiärem Recht und den darauf Bezug habenden bis zum Jahre 1819 einschließlicly erschienenen Novellen, letztere gesammelt und herausgegeben von Moriz, Memmingen 1820. 8. Man s. auch Mayer's Generaliensammlung 8 Bde in Fol. 1784—1822. Der hierzu gehörige Commentar unter dem Titel: Anmerkungen, ist 1758 in 5 Bänden in Fol. und 8. erschienen und hat (usuell wenigstens) wo nicht gesetzliche Kraft, doch allenthalben die höchste doctrinelle Autorität, da sein Verfasser, geh. Kanzler Freih. v. Kreitmaier auch das Gesetzbuch verfaßt hat. Dasselbe gilt von dem Commentar des B. Schmid zu dem alten Landrechte 3 Bde Fol. 1695.

b) Die österreichischen Civilgesetze bis zum Jahre 1809 hinsichtlich der damals abgetretenen Länder, soweit solche noch zu Bayern gehören.

c) Die fürstlich=erzbischöflichen und kurfürstlich=salzburgischen Landesverordnungen sammt den vom Jahre 1806 bis 1810 daselbst eingeführten österreichischen Verordnungen, unter welche auch das Ehepatent vom Jahre 1808 gehört. (Man s. Zauner's Auszug aus den wichtigsten salzburgischen Anordnungen 1785—1790, und dessen Sammlung der salzburgischen Landesgesetze bis zum Schlusse der erzbischöflichen Regierung 1805. Sammlung der kurfürstlichen Landesgesetze unter Ferdinand I. vom Jahre 1803 bis 1805. 3 Hefte, Salzburg 1805—1808. Verordnung für das Herzogthum Salzburg und das Fürstenthum Berchtesgaden, Salzburg 1806 bis 1808.)

d) Die fürstlich=probsteilich=berchtesgadischen Landesverordnungen, von denen jedoch nur das Circular über die Eröffnung der Testamente von Geistlichen das Civilrecht berührt. Im Bisthum Freisingen war schon vor der Säkularisation der bayer'sche Civilcodex adoptirt. Besondere das Civilrecht betreffende Landesverordnungen existiren nicht.

e) Die Statuten der Stadt München, von denen noch folgende gültig sind, nämlich 1) die Ewiggeldordnung von 1571, nebst den Privilegien von 1453; 2) das privilegium Albertinum von 1500 über das Erbrecht der Ehefrauen; 3) das Statut über die Testamente; 4) die Bau- und Kundschaftsordnung von 1489, erneuert 1556 mit dem obgenannten privilegium Albertinum, die Fatalien in Bau-sachen betreffend.

II. In Niederbayern:

a) Der oben genannte Codex Maximilianicus mit dem alten bayer'schen Landrechte und den Novellen.

b) Die fürstlich=bischöflich=passauische Landesverordnung.

c) Die Verordnungen der Grafschaft Ortenburg.

III. In der Oberpfalz und Regensburg:

a) Neben dem obengenannten Codex Maximilianus das oberpfälzische Landrecht vom Jahre 1657, jedoch nur noch in drei in jenem Codex ausdrücklich benannten Fällen, nämlich hinsichtlich der Nutznießung der Eltern von dem Vermögen der Kinder, ferner der Einkindschaft und endlich der obrigkeitlichen Errichtung der Kaufbriefe bei Unstieglmäßigen über unbewegliche Güter bei Strafe der Nichtigkeit, wozu bis 1825 auch noch eine Prioritätsordnung gehörte.

b) Die fürstlich-bischöflich-regensburgische Landesverordnung.

c) Das Statutarrecht der Stadt Regensburg, vornämlich die Heurathsgedingsordnung von 1580 in 3 Theilen, die revidirte Wachtgedingsordnung von 1774 und die Vorschriften über die Vorrechte der Weiber in der Concursordnung von 1743 nebst mehreren späteren Verordnungen, namentlich über die Fidejussion der Weiber vom 16. Dec. 1738 und die Curatel der Abwesenden vom 16. Juli 1691.

d) Das teutsche Privatsürstenrecht für die in diesem Kreise wohnende, ehemals reichsunmittelbare, jetzt mediatisirte fürstliche Familie.

IV. Für Schwaben und Neuburg:

a) Der obengenannte Codex Maximilianus civilis.

b) Die fürstlich-bischöflich-augsburgischen Landesverordnungen.

c) Die österreichischen Civilgesetze, und zwar die älteren bis zum preßburger Frieden (1805).

d) Die fürstlich-öttingen-wallersteinischen General-Landesverordnungen, mit Einschluß der älteren öttingen-öttingenschen Generalien.

e) Die fürstlich-öttingen-spielbergischen General-Landesverordnungen, mit Einschluß der älteren obengenannten öttingen-öttingenschen Generalien, und das öttingensche Wogtbuch von 1660.

f) Die fürstlich-gräfllich-fuggerschen Landesverordnungen, vorzüglich die über die Contracte mit Juden, den Vorzug der weiblichen Ältern und die Alimentations- und Satisfactionsforderungen.

g) Die Verordnungen für die Gebiete der Deutsch-Demens-Walleien.

h) Die fürstlich-kemptensche Landesverordnung vom Jahre 1690, sammt den bis zu dem Jahre 1802 nachgefolgten Novellen.

i) Die Stift Kaiserheim'schen Verordnungen, von denen jedoch nur drei von 1762 und 1788 bekannt sind.

k) Die stift-jesenschen Verordnungen, von denen aber nur die Gewährschaftsordnung civilrechtlich ist.

l) Die stift-wettenhausenschen Verordnungen.

m) Das Statutarrecht der Stadt Augsburg, vorzüglich die Pflegeordnung von 1779, die Wechselordnung von 1778, die Bau-

ordnung von 1740, die Kaufloosordnung von 1775, die Pfandordnung von 1779 nebst mehreren Rathsschlüssen über einzelne Gegenstände (man s. Huber's Abhandlung über die augsbургischen Statuten 1821), und das Gesetz über die Nothfrist bei Berufungen in Wechsel-sachen von 1825.

n) Das Statutarrecht der Stadt Nördlingen vom 16. Decem-ber 1650.

o) Das Statutarrecht der Stadt Memmingen, vorzüglich die Ehestandsordnung von 1756.

p) Das Statutarrecht der Stadt Kempten, vorzüglich die Vor-mundschaftsordnung von 1799 nebst mehreren fragmentarischen Ver-ordnungen.

q) Die Zehntordnung des Stiftes Ottobeuren v. J. 1778.

r) Das Statutarrecht der Stadt Kaufbeuren von 1765.

s) Das Statutarrecht der Stadt Lindau, namentlich das Erbrecht von 1540, der Rathsschluß von 1636 darüber, die Vormundschafts-ordnung von 1739 und die Ordnung über das Näherrecht von 1738.

t) Die Verordnungen des Stiftes St. Stephan in Augs-burg.

u) Der Landesbrauch der Grafschaft Rothenfels von 1629.

v) Die Landesordnung der Herrschaft Stauffen von 1621.

w) Die friedberg-scheerischen Statuten über das Näherrecht in der Grafschaft Trauchberg.

x) Die tettenberger Landesordnung vom Fürst Bischof von Augsburg v. J. 1538.

y) Das ulmer Stadtrecht von 1683 in den von dem ehemali-gen städtischen Gebiete abgerissenen, in Bayern liegenden Ortschaften giltig; die Ehegerichtsordnung von 1683 und die Baugerichtsordnung.

z) Das Statutarrecht der Stadt Wangen v. J. 1762 in den zu Bayern gehörigen Districten jener ehemaligen Reichsstadt giltig.

Endlich aa) das obengenannte Privatfürstenrecht für die in diesem Kreise begüterten, vormalis reichsständischen, jetzt mittelbar gewor-denen fürstlichen und gräflichen Familien.

V. Für Oberfranken:

a) Das fürstlich brandenburg-kulmbach'sche Provin-zialrecht, insofern dasselbe nicht in einzelnen Theilen durch königliche preussische Verordnungen aufgehoben ist (m. s. unten VI. lit. b.).

b) Das allgemeine preussische Landrecht vom Jahre 1794 sammt den dazu gehörigen Novellen bis zum Frieden von Tilsit.

c) Das österreichische Civilrecht und namentlich das allge-meine bürgerliche Gesetzbuch vom Jahre 1811 (wegen des Amtes Redwig), nebst dem Gesetze von 1822 über den Großjährigkeits-termin.

d) Das fürstlich bischöflich bambergische Landrecht vom J. 1769 nebst den dazu gehörigen einzelnen Verordnungen. (M. s. G. M. Weber bambergisches Landrecht 1807 4 Bde.)

e) Die herzoglich sachsen-coburgischen Provinzialgesetze.

f) Die gräflich giesischen Verordnungen für die Herrschaft Thurnau.

g) Die gräflich sodensche Verordnung von 1794 für die Herrschaft Soden.

h) Die herzoglich sachsen-meiningenschen Provinzialgesetze, welche wie die coburgischen noch in einigen Orten des ehemaligen Landesgerichtes Banz gelten.

i) Das oben genannte Privatfürstenrecht für die in diesem Kreise begüterten, vormals reichsständischen, jetzt mittelbar gewordenen, gräflichen Familien.

VI. Für Mittelfranken:

a) Das markgräflich brandenburg-onolzbachische Provinzialrecht, insofern dasselbe nicht in einzelnen Theilen durch königlich preussische Verordnungen aufgehoben ist. Es enthält eine eigne Eheordnung von 1743 und mehrere nachfolgende Verordnungen über diese Materie, ferner die Amtsordnung von 1608 und die Pupillarordnung vom 19. April 1790.

b) Das markgräflich baireuthische Provinzialrecht, enthalten in dem corpus constitut. culmbacens. Baireuth 1743. 3 Theile, und die Justiznovellen von 1720—1803.

c) Das allgemeine preussische Landrecht vom Jahre 1794 sammt den dazu gehörigen Novellen, bis zu dem Frieden von Tilsit.

d) Das fürstlich bischöfliche eichstädtische Provinzialrecht, welches sich indessen nur auf wenige noch in Kraft bestehende fürstlich bischöfliche Verordnungen, den Retract, die Einkindschaft, die Protocollirung der Contracte mit Juden und eine ausführliche Handlohnordnung von 1709 beschränkt.

e) Die fürstlich schwarzenbergischen Verordnungen, worunter die von 1764, 1791 und 1797 über die Juden nebst der neuesten über die Einkindschaft.

f) Das fürstlich hohenlohensche Landrecht vom Jahre 1787.

g) Die gräflich limburgischen Verordnungen.

h) Die gräflich kastellischen Verordnungen, worunter vorzüglich die Eheordnung von 1795 und die von 1801 über Gütergemeinschaft, Eheverträge, Testamente und Vormundschaften.

i) Die gräflich pappenheimischen Verordnungen; subsidiarisch gilt daselbst das bayer'sche Recht.

k) Die Ordnung der Herrschaft Oberholzing.

l) Die Statuten der ehemals reichsritterschaftlichen Herrschaft Oberzell.

m) Die nürnberg'sche Reformation vom Jahre 1564 sammt Novellen und Additionaldecreten, worunter vorzüglich die neue Ehecheidungsordnung (man sehe die Lahner'sche Additionaliensammlung 1773. 4.), die Bankgerichts- und die Wechselordnung, jene vom J. 1697 und diese v. J. 1722.

n) Das Landrecht der Stadt Rottenburg, enthaltend die Eheordnung vom 20. Januar 1656 und verschiedene auf das Eherecht, Güterübergaben, Grenzen, Handlohn, Todensfall und Zehnten sich beziehenden Präjudicien.

o) Das Statutarrecht der Stadt Weissenburg, worunter die Verordnung beider Räte von 1372 nebst dessen Additionalartikeln, das kaiserliche Decret vom 5. Juni 1799, die Statuten von 1793 und die Verordnungen von 1768, 1747, 1779 und die onolzbachische Verordnung über Viehhandel von 1722.

p) Das Statutarrecht der Stadt Dünkelsbühl von 1733.

q) Das Statutarrecht der Stadt Windsheim, blos in Observedenzen über das Eherecht bestehend.

r) Das teutsche Privatsfürstenrecht für die in diesem Kreise ansässigen, vormals reichsfürstlichen, jetzt mittelbar gewordenen fürstlichen und gräflichen Familien.

VII. Unterfranken und Aschaffenburg:

a) Das fürstlich=bischöflich würzburger Landrecht, bestehend aus der Ordnung des kaiserlichen Landgerichtes, Herzogthums Franken, vom Jahre 1618; aus der Sammlung der hochfürstlich würzburgischen Landesverordnungen mit den Nachträgen (3 Theile in Fol. 1771 und 1801, enthaltend die Verordnungen bis 1800, Nachtrag von 1810 mit den Verordnungen von 1800—1803), und endlich aus mehreren, theils von 1803 bis 1806 unter damaliger kurpfalz-bayer'scher, theils von 1806 bis 1814 unter der kurfürstlich, nachher großherzoglich würzburgischen Regierung und in den Regierungsblättern dieser Jahre erlassenen Verordnungen, nebst dem Gesetze von 1822 (m. s. Schneidt elementa iur. franconici s. Würzburgensis privati 1790. u. thesaurus iur. franconici 1787—1789. 9 Bde) über die Verkündung der Einkindschaftsverträge.

b) Das kurfürstliche mainzer Landrecht vom Jahre 1755 sammt den seit diesem Jahre nachgetragenen Verordnungen.

c) Das fürstlich fuldaische Provinzialrecht (m. s. Thomas, System der fuldaischen Privatrechte 3 Bde 1790) mit den Novellen von 1822 über den Großjährigkeitstermin.

d) Die herzoglich sachsen-meining'schen Provinzialgesetze.

e) Das herzoglich sachsen-gothaische Landrecht.

f) Die fürstlich löwenstein-werthheimischen Verordnungen, namentlich die von 1755 und 1805.

g) Die fürstlich leining'schen Verordnungen, besonders die über den Geschäftsgang der Justizämter von 1805, nebst dem Gesetze von 1825 über eine Modification derselben.

h) Die gräflich limburg'sche Verordnung vom 11. Januar 1790 über die unehelichen Kinder.

i) Die gräflich erbachische Landesordnung von 1604 und die Steinsegerordnung von 1695.

k) Das Statutarrecht der Stadt Schweinfurt vom Jahre

1724 und einigen das Eherecht betreffenden Erläuterungen von 1737 und 1755.

l) Die Statuten des Klosters Kottenbuch.

m) Das oben genannte Privatfürstenrecht.

Außer diesen Provinzialgesetzen, Verordnungen und Statuten zählt man in Bayern noch 19 besondere Observanzen, nämlich münchener, österreichische, ansbach'sche, eichstädtische, öttinger-wallersteinische, Stadt regensburgische, Stadt fürth'sche, sulzbach'sche, turnauer, Markt erlenbacher, Domprobst hambergisch = burglengensfelder, jettingische, papenheimische, lüftenau'sche, gallingische, windsheimer (s. oben) und sonthofer, nach welcher letzteren gegen alle europäische und christliche Sitte die Ehefrau nicht den Geschlechtsnamen ihres Mannes annimmt, sondern den ihrigen behält.

3) Diese so eben aufgeführte Verschiedenheit der Gesetze in bürgerlichen Sachen, welche in den sieben älteren Kreisen des Königreiches noch gegenwärtig statt hat, besteht weder bei dem Wechsel- noch bei dem Lehenrechte, noch bei dem Civilprozeße.

Durch das Gesetz vom 11. Sept. 1825 nämlich wurden die schon durch die Verordnung vom 24. Nov. 1824 für den Isar-, Unterdonau- und Regenkreis vorgeschriebenen altbayer'schen Wechselgesetze: das Wechselrecht und die Wechselgerichtsbarkeit sammt der Wechselgerichtsordnung vom 24. Nov. 1785, nebst den in der Folge erschienenen erläuternden Verordnungen, insbesondere der vom 19. Juli 1787, auf das gesammte Königreich dießseits des Rheines ausgedehnt, mit Ausnahme der Städte Augsburg und Nürnberg und der ehemaligen Fürstenthümer Ansbach und Baireuth, von denen die erstere, wie oben bemerkt, besondere Wechselordnungen und letztere in den preußischen, daselbst eingeführten Gesetzbüchern ein eigenes Wechselrecht und einen eigenen Wechselprozeß haben. (Man s. Sammlung der Wechselgesetze für das Königreich Bayern, München bei Fleischmann 1821 8.)

Eingeführt wurde jedoch damit nicht das bayer'sche Merkantilrecht und die Merkantilgerichtsbarkeit, welche auf die Gebietstheile der im J. 1812 bestandenen Isar-, Regen-, Unterdonau- und Salzachkreise beschränkt bleibt.

Was das Lehenrecht betrifft, so wurde unterm 5. Juli 1808 ein neues Lehenedict erlassen und das ältere Lehenrecht in allen Provinzen des damaligen Königreiches abgeschafft, welchem bis zum Jahre 1818 mehrere Verordnungen über einzelne Materien, hauptsächlich die Allodification und Umwandlung der Lehen in andere Grundverträge, die Auflösung von Privatlehen und Passivlehen ic. folgten. Durch das Gesetz vom 15. August 1820 wurde dieses Edict im ganzen Königreiche dießseits des Rheines eingeführt.

Als allgemeines Civilprozeßgesetz ist in allen sieben älteren Kreisen der codex iuris bavarici iudiciarii oder neu verbesserte kurbayer'sche Gerichtsordnung vom Jahre 1753 mit den Anmerkungen des Baron Kreitmayer von 1755 eingeführt, zusammt den seitdem erschienenen Novellen, welche in 4 Bänden (1811, 1818, 1819 und 1823) gesam-

melt und neuerdings durch einige vorzüglich eingreifende Gesetze, das Gesetz vom 15. August 1828, über die Militärgerichtsbarkeit in bürgerlichen Rechtsfachen, die Gesetze von 1822, 1825 und 1831, im Grunde mehr civilrechtlich und daher oben allegirt, die Erlösung der Activ- und Passivforderungen an den königl. Fiskus bestimmend, der Landtagsabschied von 1831 mit den darin enthaltenen Bestimmungen über die Appellationssummen, und die Gesetze vom 22. Juli 1819 u. und 17. Nov. 1837, einige Verbesserungen der Gerichtsordnung betreffend, bedeutend vermehrt worden sind.

Dieser Judiciarcoder vom Jahre 1753 wurde ursprünglich nur für die bayer'schen Kurländer publicirt, aber bereits im Jahre 1778 auf die pfalz-, neuburg- und sulzbachischen Länder, später auf die Herrschaften Sulzburg, Pyrbaum, Parsberg und Breitenegg ausgedehnt, und so, vom Jahre 1803 an, wurde seine Giltigkeit je nach dem Zuwachs der Provinzen und Gebiete in Franken und Schwaben erweitert, bis endlich die Verordnung vom 4. Oct. 1810 demselben in allen Gebietstheilen des Königreiches mit dem 1. Januar 1811 gesetzliche Kraft ertheilte.

In den Jahren 1814, 1815, 1817 und 1823 wurde die allgemeine Giltigkeit desselben und seiner Novellen auch für die erst nach dem Jahre 1811 acquirirten hessischen und fuldischen Ämter, desgleichen Redwitz und Steinfeld, und das Fürstenthum Aschaffenburg publicirt.

Das allgemeine Strafgesetzbuch mit dem Verfahren in peinlichen Sachen ist in dem Jahre 1813 für die sieben älteren Kreise und in der Folge in jedem neu erworbenen Gebiete eingeführt worden. Eine namhafte Zahl Novellen hat sich seitdem bis zum Jahre 1818 daran gereiht; seit dieser Epoche aber das Gesetz von 1825 über die Fälschungen.

In dieser provinziellen Verschiedenheit der Gesetze bilden sich die verschiedenen Rechtsinstitute und Rechtsbestimmungen in Bayern. Uebrigens bestimmt das Territorium die Grenze des Rechtes, und es läßt sich daher sehr anschaulich eine Rechtsgeographie von Bayern aufstellen. Nur eine Classe von Staatsbürgern trägt ihr persönliches Recht mit sich: es sind dieses die mediatisirten Fürsten und Grafen, und ihr Recht wird theils durch ihre Hausgesetze, theils durch das gemeine teutsche Privatfürstenrecht, theils endlich durch die Verfassungsurkunde von 1818, und das IV. und VIII. constitutionelle Edict von demselben Jahre, für das herzoglich leuchtenbergische Haus aber noch besonders durch die königlich bayer'schen Declarationen von 1817 und 1834 (m. s. die Regierungsblätter von diesen Jahren und Kohler's Privatfürstenrecht der Mediatisirten 1832) bestimmt, wo sich die von jenen Hausgesetzen bekannt gewordenen angezeigt finden.

Was nun die in Bayern bestehenden Rechtsinstitute betrifft, so kann hier wie natürlich nur der wenigen gedacht werden, welche Bayern in seiner Totalität eigen thümlich angehören, weil es die hier nothwendigen Grenzen weit überschreiten würde, diejenigen aufzu-

führen und darzustellen, welche in seinen zahlreichen Provinzialrechten enthalten und theils gemeinrechtlich sind, theils aber auch in anderen teutschen Ländern bestehen und folglich keinen eigenthümlichen Character an sich tragen.

Namentlich weicht der Codex Maximilianus civilis sehr wenig von den Bestimmungen des gemeinen Rechtes ab und bindet sich oft mit ängstlicher Genauigkeit an die Ansichten der Juristen, welche zu jener Zeit die vorzüglichste Autorität für sich hatten.

Die wesentlichste Verschiedenheit und wohl auch die einflussreichste auf die Verhältnisse des bürgerlichen Lebens findet sich in den Bestimmungen der Provinzialgesetze über das Eherecht und namentlich über die gesetzliche, allgemeine eheliche Gütergemeinschaft. Diese ist nämlich in dem größten Theile von Ober-, Mittel- und Unterfranken sowie in Schwaben eingeführt; in den ehemaligen Herzogthümern Ober- und Niederbayern, Oberpfalz, Neuburg = Sulzbach und der Landgrafschaft Leuchtenberg hingegen hat sie nicht statt, außer wenn sie in den Eheverträgen besonders bedungen wird, und auch in den Gebieten des preussischen Landrechtes gilt sie nur da, wo sie durch Statutarrecht eingeführt ist. Dagegen bildet sie in der rheinischen Pfalz in Folge des daselbst noch geltenden französischen Rechtes die Regel in allen Fällen, wo das regime dotal, welchem gemäß das Vermögen der Frau von dem des Mannes rechtlich getrennt bleibt, nicht durch Vertrag stipulirt wurde.

Mehr Gleichförmigkeit findet sich in den Grundprincipien über Besitz, Eigenthum, Erbrecht und Verträge, so daß der Rechtszustand in dieser Beziehung wenigstens in der Hauptsache so ziemlich in ganz Bayern derselbe und nach den Grundsätzen des gemeinen römischen und teutschen Privatrechtes geregelt ist, von welchen die ersteren auch in dem französischen Rechte (als *raison ecrite*) größtentheils beibehalten worden sind, wenigstens so weit es die dasige Staatsverfassung und die Territorialverhältnisse gestatteten.

Unter den Instituten des Civilrechtes, welche, mit Ausnahme der Pfalz, in ganz Bayern diesseits des Rheines bestehen, nimmt das Hypothekenrecht vom Jahre 1822 sammt der dazu gehörigen Prioritätsordnung wohl die vorzüglichste Stelle ein. Der Entwurf desselben, von dem verstorbenen Staatsrathen von Gönner verfaßt, wurde den Ständen schon im Jahre 1819 vorgelegt, kam aber damals nicht, sondern erst bei der Ständeversammlung vom Jahre 1822 zur Berathung und Abstimmung, und wurde sodann unterm 1. Juni 1822 mit den von beiden Kammern votirten Modificationen als allgemeines Gesetz für das Königreich Bayern, mit Ausnahme des Rheinkreises, nebst einer besonderen Einföhrungsverordnung publicirt⁴⁾.

4) Bayer'sches Gesetzblatt vom Jahre 1822, Nr. 2. S. 17. (man s. von Gönners Commentar über das Hypothekengesetz für das Königreich Bayern, München 1823. 2 Bände 8. und die Verhandlungen der Stände des Königreichs Bayern beider Kammern von den Jahren 1819 und 1822).

Der Zustand des Hypothekenwesens in dem bei weitem größten Theile Bayerns war bis zu diesem Zeitpunkte wahrhaft beklagenswerth und eigentlich nur in den ehemaligen Fürstenthümern Ansbach und Baireuth, wo die preussische Hypothekenordnung fortbestand, vollkommen geordnet zu nennen. Namentlich war in den sogenannten altbayer'schen Landen der Realcredit beinahe verschwunden, theils weil es in denselben durchaus keine Hypothekendbücher gab, theils weil die Siegelmäßigen, wozu die Adelligen, Graduirten, Officiere, Geistliche und Beamten vom Secretär an aufwärts (und zwar die beiden letzteren Classen bis zum Jahre 1818) gehörten, ihre Hypothekenbriefe, ohne sie bei Gericht eintragen zu lassen oder auch nur daselbst anzuzeigen, mit voller rechtlicher Wirkung, in Beziehung auf Gültigkeit und Priorität, selbst ausstellen konnten, theils endlich, weil es ausdrücklich generelle und eine bedeutende Zahl stillschweigender oder gesetzlicher Hypotheken gab, — Gebrechen, von welchen schon jedes für sich allein, geschweige denn mit einander vereint, jede rechtliche Sicherheit der Gläubiger geradezu unmöglich machte. In manchen der seit dem Jahre 1802 mit Bayern vereinigten Territorien mußten zwar alle Hypotheken gerichtlich bestellt werden, auch gab es in dem Stifte Kempten sogar ein Hypothekenbuch unter dem Namen Landtafel, und das oben erwähnte Privilegium der Siegelmäßigkeit war in den neuerworbenen Gebieten unbekannt; allein förmliche, gut eingerichtete Hypothekendbücher waren da (die früher preussisch gewesenen Lande ausgenommen) nicht zu finden, und allenthalben existirten überdies noch die stillschweigenden Hypotheken, mit denen sich ein Creditssystem, das diesen Namen verdienen soll, schon an und für sich nicht verträgt. Die Stadt München allein hatte sich durch ihre sogenannten Ewigelder einer trefflichen, in dem neuen Gesetze ausdrücklich bestätigten Einrichtung zu erfreuen, welcher sie größtentheils ihre Existenz und ihr ferneres Bestehen zu verdanken hat, und von welcher wegen ihrer ganz besonderen Merkwürdigkeit später noch die Rede sein wird. —

Unter diesen Verhältnissen war die Erscheinung eines allgemeinen Hypothekengesetzes eine der wohlthätigsten Anordnungen der Regierung des verewigten Königs Maximilian Joseph und um so preiswürdiger, als sie gerade in den höheren Classen eine sich seit Jahrhunderten darin vererbte, nicht unbedeutende Opposition fand, welche im alten Herzogthume Bayern schon auf dem Landtage vom Jahre 1669 die Einführung eines Hypothekenbuches hintertrieb, und auch in der neueren Zeit, wie damals bei den privilegierten Ständen, Befürchtungen aller Art für ihren Credit zu erregen suchte, welche sich indeß durch den Erfolg als völlig grundlos dargestellt haben.

Dieses Gesetz nun beruht auf dem Principe der Publicität und Specialität, welches mit Consequenz durchgeführt ist und dessen Hauptbestimmungen sich auf folgende Punkte reduciren.

1) Nur der gilt als Eigenthümer einer unbeweglichen Sache, der als solcher im Hypothekenbuche eingetragen ist.

2) Keine Hypothek ist gültig, als die sich im Hypothekenbuche eingetragen findet.

3) Jede Hypothek muß für eine der Summe nach bestimmte Forderung auf bestimmte Immobilien eingetragen werden.

4) Zur Eintragung einer Forderung in das Hypothekenbuch ist ein Rechtstitel erforderlich, der entweder in einer Bestimmung des Gesetzes selbst oder in dem erklärten Privatwillen des Schuldners liegen kann.

5) Der Rang der Hypotheken wird durch ihre Zeitfolge bestimmt, bei welcher der Termin der Anmeldung entscheidet.

6) Der gesetzlichen Rechtstitel, welche einer ausdrücklichen Erklärung oder Anerkennung des Schuldners nicht bedürfen, um die Eintragung zu bewirken, sind zwölf, unter denen die des Staates — wegen rückständiger Staatsabgaben, der Guts Herren wegen grundherrlicher Rentenrückstände, der Minderjährigen und der ihnen gleichgestellten physischen und moralischen Personen wegen ihrer Ansprüche an ihre Vormünder und Verwalter, der Ehefrauen wegen ihrer Forderungen, der Kinder wegen ihres Vater- und Muttergutes, der Gläubiger eines Hypothekencapitals wegen der nicht über 2 Jahre rückständigen Zinsen davon — als die bemerkenswertheften erscheinen, übrigens aber mit den früheren legalen oder stillschweigenden Hypotheken nichts gemein haben, weil diese nach dem alten Rechte durch das Gesetz unmittelbar (*ipso facto et iure*) erworben wurden, nach der neuen Ordnung aber die Erwerbung der Hypothek nicht durch den bloßen Rechtstitel, sondern erst durch die wirkliche Eintragung einer Forderung in das Hypothekenbuch realisiert wird.

7) Gegen die aus einer zur Eintragung angemeldeten Forderung oder aus deren Eintragung selbst den Beteiligten widerrechtlich erwachsenden Nachtheile können sich diese bei dem Hypothekenamte verwahren, und diese Protestation hat zur Folge, daß von nun an nichts mehr zum Nachtheile des Rechtes geschehen kann, dessen Wahrung durch die Protestation bezweckt wurde, auch behält sie ihre Wirkung so lange, bis sie im Hypothekenbuche gelöscht ist.

8) Bescheinigte einen Rechtstitel zur Erwerbung einer Hypothek begründende Forderungen, deren Eintragung noch nicht formell zulässig ist, können unter den Hypotheken vorgemerkt werden. Diese Vormerkung gibt indeß noch keine Hypothek, sondern dient bloß zur Verwahrung des Rechtes auf deren Erwerbung.

9) Jeder nicht über 2 Jahre alte Zinsrückstand von eingetragenen Hypothekcapitalien wird ohne weitere Prozedur executiv beigetrieben, dem Schuldner zur Zahlung nur eine achttägige Frist gegönnt und derselbe mit keiner nicht auf der Stelle durch Urkunden liquidirlichen Einrede gehört, sowie dann auch die Berufung die Vollstreckung des Zahlungsmandates nicht aufhält, wobei jedoch dem Schuldner nach geschäheener Zahlung die Rechtsverfolgung vorbehalten bleibt.

10) Alle übrigen Streitigkeiten über Hypothekenforderungen, die die Hauptsache betreffen, unterliegen dem gewöhnlichen prozessualischen Verfahren.

In dem ehemaligen Rheinkreise, nunmehr die Pfalz genannt, gilt das französische Hypothekenrecht, welches jedoch — wenn auch sonst dem Grundsätze der Publicität und Specialität huldigend — außer vielen anderen, von mehreren französischen Juristen, und namentlich von *Fö n i r*, scharf gerügten Mängeln an einem Hauptgebrechen, nämlich dem der stillschweigenden Hypotheken leidet, welche das Gesetz den Ehefrauen, den Minderjährigen, den Interdicirten und dem Staate zugesetzt, und welche allein alle sonstigen Vorzüge desselben neutralisiren.

Ein weiteres in Bayern und so viel wir wissen nirgend anderswo in Deutschland bestehendes privatrechtliches Institut ist die Siegelmäßigkeit, welche von jeher in den alten bayer'schen Stammlanden, obwohl in größerer Ausdehnung, bestand, nach der Verfassung vom Jahre 1808 mit der Verkündung der neuen (indef nicht erschlenen) Gesetzbücher gänzlich aufhören sollte⁵⁾, durch die Verfassungs-urkunde vom Jahre 1818 aber auf das ganze Königreich, mit Ausnahme des Rheinkreises ausgedehnt, jedoch hinsichtlich der dazu berechtigten Personen bedeutend beschränkt wurde.

Seiner ursprünglichen Bedeutung nach war die Siegelmäßigkeit das Recht, ein adeliges Wappen und Siegel zu führen. Mit diesem Rechte wurden indef auch andere, sonst nur dem Adel zustehende, zum Theil nicht unbedeutende pecuniäre Vortheile gewährende Vorrechte verbunden, welche durch das constitutionelle Edict vom 16. Mai 1818 über die Siegelmäßigkeit nur dem Adel, den Collegialrathen und den höheren, zur Zeit indef noch nicht bestimmt bezeichneten Beamten verliehen oder vielmehr bestätigt worden sind.

Personen jener Kategorien haben nun dem gedachten Edicte zufolge das Recht, über alle unstreitigen Rechtsgeschäfte, wozu bei Unsiegelmäßigen die obrigkeitliche Protocollirung nothwendig ist, ihre Urkunden durch Unterschrift und Siegel selbst und mit gleicher Kraft zu fertigen. Doch sind ihre Verträge über unbewegliche Güter und die denselben gleich geachteten Realrechte, sowie ihre Hypothekverschreibungen erst von der Zeit an gegen dritte Personen wirksam, wo sie der zuständigen Obrigkeit zur Eintragung in die öffentlichen Bücher angezeigt werden. Ferner haben die männlichen Blutsverwandten eines Siegelmäßigen von väterlicher und mütterlicher Seite bei seinem Ableben das Recht der Versiegelung und Inventur seiner Verlassenschaft, wenn sie selbst siegelmäßig und bei der Erbschaft nicht theilhaftig sind. Desgleichen gebührt ihnen in diesem Falle das Recht, Vormünder aus ihrer Mitte zu bestellen, welche jedoch der Obrigkeit anzuzeigen sind, und dieser ihre Vormundschafspflicht schriftlich zu übergeben haben.

Eben so wird in Civilsachen die in das Protocoll wörtlich einzutragende Eidesformel siegelmäßiger Zeugen diesen bloß vorgelesen und zur Unterschrift vorgelegt, was der körperlichen Eidesleistung gleich gilt.

5) Organisches Gesetz über die Aufhebung der Siegelmäßigkeit vom 20. April 1808 (Regierungsblatt von 1809 St. IV. S. 115).

Auch ihre Prozeßschriften können die Siegelmäßigen ohne Mitunterschrift eines Advocaten in eigenem Namen unterzeichnen und einreichen.

Endlich wird auch die Gattin eines Siegelmäßigen für ihre Person der Rechte der Siegelmäßigkeit theilhaftig und bleibt es auch als Wittve, so lange sie ihren Stand nicht verändert; doch gehen jene Rechte nicht auf die Kinder über, wenn sie ihnen nicht vermöge ihres eigenen Standes zukommen, sowie sie denn auch mit dem Verluste des Standes, dem sie beigelegt sind, erlöschen.

In dem ehemaligen Rheinkreise ist die Siegelmäßigkeit nicht eingeführt worden, doch bezieht sich die Beschränkung dieses Rechtes nur auf die in diesem Kreise befindlichen Besitzungen und die dafelbst abgeschlossenen Contracte und Handlungen der Adlichen. Man s. die königlichen Verordnungen vom 12. Juni und 17. Oct. 1818 im Amtsblatte der königlich bayer'schen Regierung des Rheinkreises von 1818 Nr. 23. S. 848. und Nr. 24. S. 717.

Ein drittes Bayern eigenthümliches, dem Civilrechte angehöriges Institut — in der Art nämlich wie es besteht — ist das der Familien-Fideicommiss, welches durch das constitutionelle Edict darüber vom 26. Mai 1818 (Beilage 7 zum Titel V. der Verfassungs-urkunde, Gesetzblatt von 1818 S. 211 flg.), begründet wurde. Nach diesem Gesetze nun können Familienfideicommiss, kraft welcher ein Vermögen für alle oder doch für mehrere Geschlechtsfolger als unveräußerliches Gut der Familie bestimmt wird, nur zum Vortheil adeliger Personen und Familien errichtet, und können auch nur auf Genossen dieses Standes vererbt werden. Zu deren Errichtung wird aber absolut ein Grundvermögen erfordert, von welchem an Grund- und Dominicalsteuer in simplio wenigstens 25 fl. zu entrichten sind, was einem Capitalwerthe von ungefähr sechzehn bis zwanzigtausend Gulden gleich kommt. Unter dieses Grundvermögen gehört indeß nicht nur das Landeigenthum im strengen Sinne des Wortes, sondern auch die mit demselben in natürlicher Verbindung stehenden landwirthschaftlichen Industrieanstalten, insbesondere die Brauereien, bezgleichen die aus dem Obereigenthume fließenden Renten, Güten, Stiften, Zinsen-Ländereien, Frohnen und eben so die Jurisdictionserträgnisse und fruchtbringenden Realrechte auf fremden Eigenthume, vorzüglich Behenten. Dieses Grundvermögen, welches bei den erblichen Reichsräthen auf den sechsfachen Betrag des oben angegebenen Werthes erhöht ist, muß frei von Schulden und Lasten sein, und kann sowohl bei der Errichtung als in der Folge durch jede Art von beweglichen oder unbeweglichen Vermögen vermehrt werden. Diese Mehrung heißt alsdann Fideicommissüberschuß, muß aber, wenn er mit Schulden belastet ist, aus dessen Früchten in 20 Jahren davon frei gemacht werden.

Wirksam wird übrigens ein Familienfideicommiss erst durch gerichtliche Bestätigung, welche nach vorgängiger genauer Prüfung den Appellationsgerichten zusteht, und durch die Eintragung in die Fidei-

commisstrafikel, worauf es durch das Regierungsblatt mit seinen sämtlichen Bestandtheilen zur öffentlichen Kenntniß gebracht wird.

Errichtet kann ein Familienfideicommiß werden durch Handlungen, sowohl unter Lebenden als von Todeswegen, doch darf der, welcher eines gründet, die Pflichttheile derjenigen, welche ein Recht darauf haben, nicht verletzen; dasselbe wird indeß bei dessen weiterer Vererbung weder in den Pflichttheil eingerechnet, noch können alsdann die Notherben des Besitzers einen Pflichttheil daraus verlangen. Uebrigens hat jeder Fideicommißbesitzer alle Rechte sowie alle Verbindlichkeiten eines Nutzungseigenthümers, und kann eigenmächtig das Fideicommiß mit keinerlei Schuld, Last oder Dienstbarkeit beschweren, und noch weniger es ganz oder zum Theil veräußern, ohne zu allen diesem die Genehmigung der Anwärter und des Gerichtes erhalten zu haben. Auch haftet die Substanz des Fideicommisses nicht für die Allodialschulden seines Besitzers, und selbst dessen Früchte können dafür nur soweit angesprochen werden, als sie dem Schuldner nach Abzug der Fideicommisslasten zukommen, jedoch immer mit Vorbehalt der Competenz. Ferner geht die Verbindlichkeit, sie zu bezahlen, nach seinem Tode nur dann auf seinen Nachfolger über, wenn dieser zugleich sein Allodialerbe ist, oder sich dafür besonders verbürgt hat. Die Fideicommissschulden sind in zwei Classen getheilt. Die erste, welcher entweder der Constituent diesen Vorzug angewiesen hat, oder bei welcher die in dem Gesetze bestimmten Arten der *versio in rem* nachgewiesen werden können, haftet auf der Substanz und den Früchten des Fideicommisses zugleich; die zweite, welche die übrigen consentirten Schulden in sich faßt, haftet auf den Früchten allein. Beide müssen indeß immatriculirt sein, und sie gehen alsdann mit dem Fideicommiß auf jeden Nachfolger über.

Endlich muß hier noch bemerkt werden, daß für die Successionsordnung bei der Constituirung eines Fideicommisses nur die Primogenitur mit der Linealerbfolge im Mannesstamme gestattet ist, und daß ein Fideicommiß sowohl durch den Widerruf des Constituenten, als durch unabwendbare Verminderung der zu seiner Errichtung erforderlichen Summe des Grundvermögens, ferner durch gemeinsames Einverständnis der Betheiligten mit gerichtlicher Einwilligung, durch den Abgang der zur Succession berufenen Nachkommenschaft und durch seinen gänzlichen Untergang aufgelöst wird.

Uebrigens erstrecken sich gemeinere Fideicommissse nur auf einen Substituten und hören mit diesen auf, wenn auch die Disposition das Gegentheil enthalten sollte.

Dieses Gesetz ist indeß in der Pfalz, als mit den daselbst bestehenden Staatseinrichtungen und den noch gültigen französischen Gesetzen unvereinbar, in Folge der oben erwähnten königlichen Verordnung vom 12. Juni und 17. Oct. 1818 nicht gültig.

Ein viertes hier aufzuführendes in Bayern mit Ausnahme des Rheinkreises gültiges Rechtsinstitut ist die sogenannte *quarta scholarum*, oder die Abgabe des vierten Theiles aller Vermächtnisse *ad pias causas* an den Fonds der Land- und Bürgerschulen, insofern dieser in

solchen leßtvolligen Dispositionen nicht ohnehin schon selbst mit einer Summe bedacht ist, welche der gedachten Quote gleichkommt. Diese schon unterm 18. März 1803 getroffene Anordnung wurde durch eine weitere königliche Verordnung vom 31. Dec. 1810 auch in allen neu acquirirten Landen und Gebietsstheilen des Königreiches eingeführt, findet aber in der Pfalz, weil sie da nicht publicirt ist, keine Anwendung. Bemerkenswerth scheint, daß der gleiche Abzug einer weiteren Quart von solchen Vermächtnissen schon in den Jahren 1756, 1758 und 1760 den Armencaffen zugestanden und durch die Generalverordnungen vom 27. Juni 1801 wiederholt angeordnet, jedoch in den neu acquirirten Landen nicht eingeführt worden ist.

Eben so blieb auch das sogenannte, schon im Jahre 1672 gegebene unterm 13. Oct. 1764 näher bestimmte und seitdem bis zum Jahre 1793 öfter erneuerte und erläuterte Amortisationsgesetz, welches den geistlichen Körperschaften nicht mehr als 2000 fl. zu schenken oder zu legiren gestattet und jede Veräußerung von Immobilien an dieselben verbietet, gleichfalls nur auf die alten Kurlande beschränkt. Dagegen wurde für das ganze Königreich durch die allgemeinere Verordnung vom 10. November 1811⁶⁾ für alle außer Land gehenden Schenkungen und Vermächtnisse ad pias causas die landesherrliche Bewilligung bei Strafe der Nichtigkeit für absolut nothwendig erklärt.

Von höchster Wichtigkeit sind endlich die neuen Gesetze über die Verjährung der Forderungen an den Staat und des Staates an seine Angehörigen, welche hier um so weniger übergangen werden dürfen, als sie auf die Gestaltung des Rechtszustandes in Bayern in vieler Beziehung von dem wesentlichsten Einflusse sind, und für alle Kreise des Königreiches diesseits des Rheines gegeben wurden.

Durch das der damaligen Ständeversammlung vorgelegte, von ihr berathene und angenommene Gesetz vom 1. Juni 1822⁷⁾ wurden nämlich alle Forderungen aus Anlehen, wovon seit dem 1. Oct. 1811 noch keine Zinsen erhoben worden sind, sowie alle Zahlungsrückstände für die Zeit vor dem 1. Oct. 1811, welche der Staatsschuldentilgungscasse obgelegen hätten, und überhaupt alle Forderungen an dieselbe aus Titeln vor dem erwähnten Tage als erloschen betrachtet, wenn sie nicht bis 1. Oct. 1824 entweder bei dem Finanzministerium, oder bei der Staatsschuldentilgungsanstalt oder bei dem königlichen Appellationsgerichte für den Isarkreis angebracht waren.

Diese Maßregel wurde durch das mit Zustimmung beider Kammern gegebene Gesetz vom 28. Dec. 1831⁸⁾ ausgedehnt und geschärft. Demselben zufolge erloschen nämlich nunmehr auch überhaupt alle Forderungen an die Staats-, Finanz- und Militärcaffen aus der Zeit

6) Regierungsblatt von 1811. St. 74. S. 1720.

7) Gesetzblatt von 1822. Nr. 3. S. 143. III.

8) Gesetzblatt von 1831. Nr. 9. S. 146.

vom 1. Oct. 1811 bis zum 1. Oct. 1830 ohne Unterschied ihres Titels insofern sie innerhalb dieses Zeitraumes bereits zur Zahlung verfallen waren und zur Eintragung geeignet gewesen wären, wenn dieselben nicht bis zum 1. Oct. 1833 bei dem Finanzministerium, und zwar ausschließlich nur bei diesem, angemeldet wurden. Eine zwar angemeldete, von dem Finanzministerium jedoch zurückgewiesene Forderung muß alsdann innerhalb eines Jahres vom Tage der Zurückweisung an, und eine zwar rechtzeitig angemeldete, jedoch von dem Finanzministerium nicht vorbeschriebene Forderung mußte bis 1. Oct. 1834 — in beiden Fällen bei Strafe der Präclusion — gerichtlich eingeklagt werden.

Diesem Präjudiz unterliegen indeß nicht:

a) die Reallasten, welche auf dem Staatseigenthume haften, jedoch mit der Beschränkung der Nachholung rückständiger jährlicher Gefälle auf 3 Jahre zurück, und

b) alle in den Hypothekenbüchern eingetragenen Forderungen.

Ferner erlöschen vom 1. Oct. 1830 an und in gleicher Weise für die Zukunft alle Forderungen an die Staats-, Finanz- und Militärcassen aus Titeln jeder Art, wenn sie binnen 3 Jahren, von dem Tage an gerechnet, wo sie zur Zahlung verfallen waren, nicht erhoben worden sind, oder nicht eine in diesem Zeitraume an die Casse geschene Anmeldung zur Erhebung nachgewiesen werden kann.

Dagegen erlöschen alle Rückstände an Staatsgefällen und andere an die Staatscassen geschuldeten Zahlungen, welche vor dem 1. Oct. 1830 verfallen waren, wenn sie nicht zwischen dem Tage des gegenwärtigen Gesetzes (28. Dec. 1831 und dem 1. Oct. 1833) eingefordert und, wo die Schuldner hypothekarische Sicherheit geben können, zum Eintragen im Hypothekenbuche angemeldet worden sind.

Eben so erlöschen vom 1. Oct. 1830 an und in gleicher Weise für die Zukunft die verfallenen Staatsgefälle und andere an die Staatscassen geschuldeten Zahlungen, wenn solche während drei auf einander folgenden Jahren nicht eingefordert, auch da, wo es geschehen kann, gleichfalls zum Eintragen in's Hypothekenbuch nicht angemeldet wurden, und in beiden Fällen kann man die Abgabepflichtigen wegen eines Rückstandes durchaus nicht mehr verfolgen. Eine restitutio in integrum gegen die Bestimmungen des Gesetzes von 1831 findet nur für minderjährige p h y s i s c h e Personen statt.

Noch verdient das Ewiggeldinstitut von München, wenn schon nur auf diese Stadt beschränkt, wegen seiner Bedeutung in staatswirthschaftlicher Hinsicht und als eine alterthümliche, ächt teutsche Merkwürdigkeit hier kurz dargestellt zu werden.

Das sogenannte Ewiggeld nämlich ist eine ewige Grundrente, Ewiggilt genannt, welche zwar von dem Besitzer des belasteten Objectes abgelöst, deren Capital jedoch von dem Eigenthümer der Rente niemals und unter keiner Bedingung zurückgefordert, übrigens aber nur auf Immobilien ausgedehnt werden kann.

Auf den alten teutschen Rentenkauf und das ehemalige Zinsverbot gegründet, existirte das Ewiggeld schon am Ende des 13. Jahr-

hundert in München; ausgebildet unter der Form eines Kaufvertrages finden wir es aber erst einige Jahre nach dem großen Brande, welcher im Jahre 1327 jene Stadt verheerte, und deren Wiedererbauung nach einem Berichte des Magistrates an Herzog Maximilian vom J. 1608 dadurch allein möglich geworden ist.

Einzelne Verordnungen der bayer'schen Herzoge hierüber existiren von den Jahren 1391, 1418 u. 1453. Die ersten umfassenden Statuten des Magistrates erschienen jedoch erst im Jahre 1418, welchen die Gant- und Grundbuchsordnungen von 1571, 1572, 1575 und 1628 folgten, die noch jetzt in gesetzlicher Kraft bestehen, und an welchen die neuere und neueste Gesetzgebung durchaus nichts verändert, vielmehr den rechtlichen Bestand der Ewiggelder in dem Hypothekengesetze von 1822 ausdrücklich bestätigt hat.

Demnach haftet für die Ewiggilt nur das Object, auf welches sie constituirte ist, keineswegs aber die Person seines Besitzers, oder dessen übriges bewegliches und unbewegliches Vermögen, und die Giltrückstände können also auch nur durch Verkauf der belasteten Realität im Executionewege beigegeben werden.

Der Ewiggeldprozeß selbst, der nur wegen rückständiger Giltentstehungen stattfinden kann, ist höchst summarisch, das Kreis- und Stadtgericht in München ohne irgend eine Exemption für alle solche Klagen allein competent und sein Erkenntniß inappellabel. Nur wenn es sich um Verlegung der besonderen Ewiggeldrechte handelt, ist ein Recurs an den Staatsrath, jedoch ohne Suspensiveffect, zulässig.

Auf die durch Vorlage der Originaldocumente sogleich bei deren Einreichung zu beurkundende Klage erfolgt ein *mandatum sine clausula* an den Schuldner, mit Anberaumung eines vierzehntägigen Zahlungstermines. Wird diese Frist nicht eingehalten, so erfolgt auf Anrufen des Klägers der Spahn- und Wasenschnitt, wo der ausgeschnittene Spahn oder Wasen zu den Acten gelegt werden muß, nebst Präfigurirung einer neuen vierzehntägigen Zahlungsfrist. Ist auch diese fruchtlos abgelaufen, so erfolgt die *Aufsteckung*, d. h. die Eröffnung der Ewiggeldgant, oder die wirkliche Vollstreckung, wobei solches Verfahren eintritt. Das Gericht läßt das Gantobject schätzen und bietet es um den Schätzungspreis öffentlich in der Art feil, daß auf öffentlichem Markte durch den Gerichtsboten eine schwarze Tafel ausgehängt, jener Preis mit Kreide darauf bemerkt und auf einer besonderen Rolle der Bestand der auf dem Objecte haftenden, auf den Käufer übergehenden Ewiggiltten und Hypothekcapitalien nach ihrer Priorität verzeichnet wird. Nach 3 Tagen mindert sich dieser Preis täglich um 5 Gulden, und dieser Abzug wird gewöhnlich von 14 zu 14 Tagen um 5 fl. erhöht; doch darf derselbe den Betrag von 20 fl. nicht übersteigen. Mit dieser Subtraction wird nun so lange fortgefahren, bis der Preis so weit gemindert (herabgeantet) ist, daß sich ein Käufer findet, welcher alsdann gegen Erlegung der Gerichts- und Gantkosten und der sämmtlich verfallenen Ewiggiltten, sowie gegen Uebnahme der

auf obige Weise noch nicht belirten Hypotheken und Ewiggelber Eigenthümer des Objectes wird.

Bei einem allgemeinen Concurſ haben die fraglichen Giltten das Separationsrecht, und der Ewiggelbprozeß hat während der Dauer des ersteren, ganz unabhängig von demselben, seinen ungehinderten Fortgang, sowie denn auch Fristen- und Nachlaßverträge, die Wohlthat der Competenz, desgleichen Moratorien die Ewiggelber nicht berühren, und Prozesse darüber weder sistiren noch alteriren⁹⁾.

Das Institut der Lehen bestand von jeher in allen das Königreich Bayern bildenden reichsständischen Landen, und es herrschte desshalb in den Lehengefegen eine große Verschiedenheit. Diese wurde jedoch durch das nunmehr, wie oben bemerkt, im ganzen Staate diesseits des Rheines geltende Lehenedict vom 7. Juli 1808 gehoben¹⁰⁾, welches durch das Gesetz vom 15. August 1828 in einigen, jedoch außerwesentlichen Puncten erläutert und modificirt wurde¹¹⁾.

Dem zufolge sollten künftig keine anderen Lehen bestehen, als Mannlehen der Krone, welche entweder von dem Könige selbst verliehen werden, und Thronlehen heißen, oder im Namen des Königs von dem Lehenshofe, und Kanzleilehen genannt werden. Die Thronlehen nun bestehen theils in Würden, nämlich dem Kronobersthofmeisteramte, dem Kronoberstkämmereramte, dem Kronoberstmarshallamte und dem Kronoberstpostmeisteramte; theils in Gütern, nämlich in jenen größeren Herrschaften, mit deren Besitze die fürstliche und gräfliche Würde verbunden und entweder auf Lebenszeit den Würdeträgern, oder auf deren männliche Erben nach dem Rechte der Erstgeburt verliehen werden¹²⁾.

Die Kanzleilehen begreifen die übrigen Lehen in sich, welche noch als solche bestehen, und wozu nur die mit Patrimonialgerichtsbarkeit versehenen Ritterlehen gehören, da die übrigen Lehen dieser Gattung, desgleichen die gemeinen Bauern- und Zinslehen, in andere Grundverträge, namentlich in Erbrecht oder in freies Eigenthum verwandelt wurden, was auch mit den Aften- und Privatlehen geschah¹³⁾, — eine Bestimmung, von welcher indeß die Activlehen der Standesherrn, sowie die Aftenlehen, deren Obereigenthum der Krone zusteht, ausgenommen sind¹⁴⁾. Eben so wurden alle Passivlehen des Staates als freies Ei-

9) Man ſ. Kiehl, Ewiggelb = Institut in München, 1819. 8. Bergmann, Geschichte von München, 1783. 8. Monumenta boica tom. 18—21. Monachii 1808—1813. 4.

10) Allgemeines Regierungsblatt von 1808. Stück 48. S. 1893 flg.

11) Gesetzblatt von 1828. St. 12. S. 353.

12) Gesetzblatt von 1818. St. 7. S. 119.

13) Verordnung vom 6. Juni 1815 (Allgem. Reg.-Bl. von 1815. St. 26. S. 481 flg.), vom 10. Aug. 1810 (Allgem. Reg.-Bl. von 1810. St. 39. S. 657 flg.), vom 7. Aug. 1815 (Allgem. Reg.-Bl. von 1815. St. 34. S. 721 flg.)

14) Verordnung vom 24. Aug. 1812 (Allgem. Reg.-Bl. von 1812. St. 47. S. 1481), Conſtitutionsedict vom 26. Mai 1818 (Gesetzblatt von 1818. St. 11. S. 209.)

genthum desselben erklärt, jedoch gegen Entschädigung derjenigen Lehenherren, welche dadurch an wirklichen Einkünften verloren ¹⁵⁾. Die oben bemerkte gezwungene Allodification hörte jedoch in Folge des Gesetzes vom 15. August 1828 wieder auf, auch dürfen nach eben diesem Gesetze die Thron- und Kanzleilehen, sowie auch alle Ritterlehen ohne Gerichtsbarkeit nur mit Consens des Königs allodificirt werden.

Lehen kann man nur durch wirkliche Belehnung erwerben; Zusagen, letzte Willensverordnungen, wenn sie nicht die ausdrückliche Bewilligung des Lehenherren erhalten haben, und Anwartschaften sind ohne Wirkung, auch finden Mitbelehnenschaften und eventuelle Belehnungen nicht mehr statt.

Die Lehenfolge beschränkt sich auf den Mannsstamm nach dem Rechte der Erstgeburt und der agnatish-linealishen Erbfolge dergestalt, daß der Lehenerbe von dem ersten Erwerber aus einer rechtmäßigen ehelichen Geburt abstammen, oder durch nachfolgende Heurath legitimirt sein muß, übrigens die Allodialerbschaft selbst des Vaters ausschlagen kann. Die Erben in aufsteigender Linie folgen der Regel nach in dem Lehen nicht, ausgenommen, sie hätten einem angefallenen Lehen zu Gunsten eines Lehenfolgers entsagt, sich aber auf dessen unbeerbten Abgang den Rückfall ausdrücklich vorbehalten.

Ferner kann eine von den oben erwähnten Bestimmungen des Lehenedictes, dem Gesetz vom 15. August 1828 gemäß, abweichende Erbfolge auch dann stattfinden, wenn der Lehenbrief über die Successionsordnung keine Bestimmung enthält, aber bei einem Lehen eine andere, als die in dem Lehenedict von 1808 vorgeschriebene Successionsordnung, kraft der früheren Lehengesetze oder Obervanzgen erweislich herkömmlich war.

Durch eben dieses Gesetz wurde auch die Stellung von Lehenpferden und die Zahlung der dafür surrogirten Ablösungstare aufgehoben, so daß die Dienste eines Vasallen nur noch darin bestehen, so oft am Hofe des Lehenherrn zu erscheinen, als er einberufen wird, bei jedem Haupt- oder Nebenfälle den Leheneid zu leisten und dabei ein mäßiges nach Classen bestimmtes Relevium ohne weitere Taxe zu bezahlen.

Veräußerungen und Belastungen eines Lehens sind ohne Genehmigung des Lehenherrn und der Anwärter ungiltig, und werden als eine Art von Felonie mehr oder minder bestraft, je nachdem eine Veräußerung wirklich vollzogen worden ist oder nicht, oder nur eine Verpfändung, Belastung oder Kaufs- und Tauschunterhandlung stattgefunden hat.

Sowohl im ersteren Falle, als wenn wegen Unterlassung der Muthung in böslischer Absicht oder wegen Verletzung der Lehenreue, Felonie im eigentlichen Sinne des Wortes, das Lehen eingezogen wird,

15) Verordnung vom 18. Aug. 1815 (Allgem. Reg.-Bl. von 1815. St. 36. S. 753 flg.)

trifft diese Strafe, welche jederzeit nur auf förmliches Erkenntniß der ordentlichen Gerichtsstelle erfolgt, bloß den Lehenmann, nicht aber die Lehenerben, und der Lehenherr genießt alsdann das Lehen nur so lange, als der straffällige Basall lebt.

Aufgelöst wird der Lehenverband außer der Felonie durch die Aufsenbung des Lehenmannes, durch den Heimfall bei Abgang der Lehenerben, durch die Allodification, durch Surrogirung und durch den Untergang des Lehens.

Endlich werden alle streitigen Lehensachen vor den Gerichtshöfen in den gewöhnlichen prozessualischen Formen verhandelt und von ihnen entschieden.

Man sehe noch die Verordnungen über die Behandlung des Lehenwesens in dem allgemeinen Regierungsblatte von 1811 S. 1833, von 1815 S. 481, 721 und 969, von 1818 S. 1373, von 1825 S. 921, von 1813 S. 1459, von 1810 S. 657, von 1814 S. 209, von 1816 S. 612, Gesetzblatt von 1818 S. 110.

Alle diese Gesetze nun finden in der Pfalz keine Anwendung, da bekanntlich unter der französischen Herrschaft jeder Feudalnerus aufgehoben und seitdem nicht wieder eingeführt worden ist. —

Das Wechselrecht im Allgemeinen besteht in ganz Bayern als ein eigenes nach besonderen Gesetzen zu beurtheilendes Institut.

Diese Gesetze sind nun zwar auf ein und dasselbe Princip gebaut und in den Hauptsätzen mit einander übereinstimmend, allein in der Anwendung und Ausführung derselben unterscheiden sich die bestehenden Provinzialgesetzgebungen auf mannigfache Weise. Eine Darstellung dieser Divergenzen würde uns zu weit führen. Nur so viel werde hier bemerkt, daß die altbayer'schen nunmehr auch, wie oben angezeigt wurde, im J. 1825 auf den größten Theil des Königreichs erstreckten Wechselgesetze für die Schuldner, obwohl nicht selten auf Kosten des öffentlichen Credits, milder sind als die übrigen, und daß auch die Wechselfähigkeit darin mehr und auf die eigentlichen Kaufleute, Negotianten und Gewerbetreibenden beschränkt, hingegen in dem preussischen, augsburger und nürnberg'schen Wechselrechte, sowie in dem in der Pfalz geltenden französischen Handelsgesetzbuche auf alle vertragsfähigen Personen ausgedehnt ist, wovon in dem letztgenannten Codex nur die keinen Handel treibenden Frauenpersonen ausgenommen sind. —

Für das peinliche Recht hat Bayern sein Strafgesetzbuch vom Jahre 1813, nebst den mit gesetzlicher Kraft versehenen Anmerkungen dazu nach den Protocollen des königlichen geheimen Rathes von den Jahren 1813 und 1814¹⁶⁾, welches durch die Gesetze vom 25. März 1816 über die Strafe des Diebstahles, vom 11. Sept. 1825 über die Fälschung, vom 22. Febr. 1814 über die körperlichen Mißhandlungen

16) Der von Gdnner bearbeitete Entwurf eines neuen Criminalcodex von 1822 kam nicht zur ständischen Berathung. Gleiches Schicksal hatte der Entwurf von 1818. Man s. Gesetzb. von 1822. S. 8, und v. 1828. S. 21.

und vom 10. Dec. 1814 über die Verjährung der Verbrechen und Vergehen, in diesen einzelnen Materien modificirt und gemildert wurde¹⁷⁾. (Man s. auch das Gesetz vom 1. Juli 1834 über die Bestrafung der Verletzungen der Zollordnung, Gesetzblatt von 1834. S. 154.)

Ueber den Wilddiebstahl und dessen Bestrafung bestehen besondere Verordnungen, nämlich die vom 9. Aug. 1806, vom 23. Aug. 1810 und vom 22. Mai 1814¹⁸⁾; eben so sind über die Duelle die Mandate vom 23. Sept. 1773 und 28. Febr. 1779 zur Zeit allein gültig¹⁹⁾. Die zahlreichen, größtentheils nur lithographirten Novellen hingegen, die von 1813 bis 1818 erschienen, sind blos doctrinell, enthalten keine neuen Strafbestimmungen und sind nur an die Justizcollegien erlassen worden, ohne publicirt zu werden.

Man sehe v. Spies, Sammlung aller Ergänzungen und Erläuterungen zum bayer'schen Strafgesetzbuche, Bamberg 1835. 4. Anmerkungen zum bayer'schen Strafgesetzbuche, München 1813 u. 1814. 3 Bde 8.

Dieses Gesetzbuch nun hat bei vielen Mängeln entschiedene und bedeutende Vorzüge vor vielen andern, hauptsächlich wegen seiner Klarheit, logischen Ordnung und Consequenz. Mild sind dessen Strafbestimmungen im Ganzen nicht zu nennen, wenn sie auch denen des französischen in der Pfalz geltenden Code penal an Härte nachstehen.

Die verschiedenen Strafarten sind: 1) Todesstrafe und zwar durch das Schwert, 2) Kettenstrafe, 3) Zuchthaus-, 4) Strafarbeitshaus-, 5) Festungsstrafe, 6) Ehren- und demüthigende Strafen, 7) körperliche Züchtigung, 8) Gefängniß- oder Festungsarrest, 9) Vermögensstrafen.

Die zur Todes- und Kettenstrafe Verurtheilten sind vom Augenblicke der Rechtskraft des Urtheiles an auch körperlich todt, haben weder Erwerbs- noch Dispositionsfähigkeit und ihr Vermögen fällt an ihre Erben. Die letztgenannte Strafe kann nur lebenslänglich, die Zuchthausstrafe auf bestimmte Zeit darf nicht über 20 Jahre und nicht unter 8 Jahren, die des Arbeitshauses nicht auf längere Zeit als auf 8 Jahre und nicht auf kürzere als auf 1 Jahr, Gefängnißstrafe aber höchstens auf 2 Jahre zuerkannt werden. Nach Umständen kann das Gericht statt der Ketten-, Zuchthaus-, Arbeitshaus- oder Gefängnißstrafe auf Festungsstrafe erkennen, niemals aber eine im Gesetz bestimmte Freiheits- oder körperliche Strafe in eine Geldstrafe verwandeln, sowie denn auch die körperliche Züchtigung die Zahl von 50 Rutenstreichen niemals überschreiten, und nur nach ärztlichem Gutachten vollzogen werden darf. Auch findet Landesverweisung gegen einen Unterthan als Strafe keine Anwendung, und eben so wenig Confis-

17) Reg.-Bl. von 1816. S. 145 flg. und Gesetzbl. von 1825. S. 51 flg. Reg.-Bl. von 1814. S. 855 u. 1810.

18) Reg.-Bl. von 1806. S. 293, von 1810. S. 691, und von 1814. S. 1188.

19) Meyer, Generaliensammlung, Band I. S. 81 u. 137.

cation des ganzen Vermögens, den Fall der Desertion vom Militär ausgenommen.

Die Todesstrafe findet nur in wenigen Fällen statt und zwar wegen Hochverrath, Majestätsbeleidigung ersten Grades, Mord, Brandstiftung, Raub mit Mißhandlung und wiederholten Kindermordes. Als eine eigenthümliche Verfügung erscheint, daß bei einfachen Diebstählen die thätige, vor Anfang der Untersuchung gezeigte Reue, d. h. die Zurückgabe oder der volle Ersatz der entwendeten Sache alle Strafe und Untersuchung aufhebt. Uebrigens gehören die der criminellen Bestrafung unterliegenden Rechtsverletzungen, je nachdem sie nur mit Gefängniß, körperlicher Züchtigung, Geldstrafe und anderem geringeren Uebel geahndet werden, in die Classe der Vergehen, wo aber die vom Gesetze dafür bestimmte Strafe größer ist, unter die Verbrechen.

Für Polizeübertretungen existirt in Bayern zur Zeit kein Straf-coder, sondern diese werden theils nach einzelnen Verordnungen und Gesetzen, theils nach Herkommen, theils nach Gutdünken der Polizeibehörden bestraft; doch sind für Strafen dieser Art bestimmte Grenzen in Hinsicht auf Qualität und Dauer vorgeschrieben, und es dürfen z. B. körperliche Züchtigungen nur bei Verganten in Anwendung kommen.

Verletzungen der Gesetze über die Staatsauslagen, namentlich die indirecten (Defraudationen), werden civilrechtlich bestraft. —

Im Civilprozeße ist die Verhandlungsmarime das leitende Princip, und die Grundsätze des auch in Bayern subsidiarisch geltenden gemeinen teutschen Prozeßes sind darin in der Hauptsache vorherrschend, so daß hier nur seine Eigenthümlichkeiten kurz berührt werden sollen²⁰⁾.

Unter diese gehört für's Erste das Vermittelungsamt der Gemeinde- und Militärbehörden. Es darf nämlich bei den Civilgerichten im ordentlichen Prozeße keine Klage eines Gemeindegliedes gegen das andere angenommen werden, ehe der Gemeindeauschuß, und in Städten der Magistrat die Sühne versucht hat²¹⁾.

Dasselbe ist auch der Fall bei Prozeßen gegen Militärpersonen im activen Dienste, bei welchen vor der Klagerhebung bei den ordentlichen Gerichten jedesmal ein Vergleich vor der Militärbehörde versucht werden soll²²⁾.

Die Prozeße selbst werden bei den Untergerichten je nach ihrem Gegenstande entweder im mündlichen oder im gewöhnlichen Verfahren verhandelt. Zum ersteren gehören alle Klagen in Sachen, deren Gegenstand in der Hauptsache weniger als 100 fl. beträgt, so

20) Publicat.-Patent vom 14. Dec. 1753, demzufolge auch die mit dem Judiciar-coder erschienenen Anmerkungen dazu keine gesetzliche Kraft erhielten, sondern bloß doctrinäre Autorität haben.

21) Gemeindeedict vom 17. Mai 1818 §. 120 (Gesetzblatt von 1818 S. 91). Verordnungen vom 31. Mai und 20. Oct. 1810 (Reg.-Bl. von 1810 S. 442 u. 1091. Gesetzbl. vom 1. Juli 1834. Gesetzbl. von 1834 S. 109).

22) Gesetz vom 1. Juli 1828 (Gesetzbl. S. 41).

wie die Streitigkeiten a) zwischen Eheleuten, wo es sich nicht von Trennung der Ehe oder von Vermögensrechten handelt, desgleichen b) zwischen Familiengliedern und Hausgenossen mit derselben Beschränkung, ferner ohne Rücksicht auf den Betrag des Objectes c) zwischen Miethern und Vermiethern, d) zwischen Reisenden und Wirthen, Fuhrleuten oder Handwerkern, e) über Gegenstände des Handels und Wandels auf Messen und Märkten, in so weit sie nicht vor die Handelsgerichte gehören, f) wegen Beschädigung von Bäumen, Früchten, Einfriedungen, Anlagen, Wegen, Verrückung der Grenzzeichen, Ueberfahren, Ueberackern, Mähen, Grasren, Ernten, insofern diese Beschädigungen noch nicht vor Ablauf eines Jahres geschehen sind, g) Klagen wegen Vergewaltigungen und Attentaten, Alimentationen, Selbsthilfe und anderen Rechten, bei denen Gefahr auf dem Verzug haftet, h) Klagen, welche den jüngsten Besitz betreffen und i) Injurien sachen, in denen nur auf Ehrenerklärung geklagt wird.

Bei diesem Verfahren kann zwar die Klage schriftlich oder mündlich angebracht werden, auch jede Partei allein oder durch oder mit einem Anwalte erscheinen, das Ergebniß der gegenseitigen mündlichen Erklärungen aber wird nach deren wesentlichen Inhalt von dem Richter selbst zu Protocoll gebracht, und das Urtheil entweder sogleich oder binnen 8 Tagen gesprochen.

Im gewöhnlichen ersten Verfahren muß die Klage entweder schriftlich überreicht oder umständlich zu Protocoll genommen, die betreffende weitere Handlung aber bis zur Duplik oder Tripplik (wo diese zulässig ist) von den Anwälten, oder wenn die Parteien ohne Rechtsbeistand erscheinen, nach ihrer Information zu Protocoll dictirt werden. Schriftliches Verfahren, d. h. Schriftenwechsel im ersten Stadium des Prozesses, findet nur auf Verlangen beider Theile, auch in besonders wichtigen Fällen auf Anordnung des Richters statt, oder wenn in einer Sache die Appellationsgerichte erste und instruirende Instanz sind. Die Einreden, sowohl die gemeinen als die prozeßhindernden und präjudiciellen, müssen bei Strafe des Ausschlusses auf einmal angebracht und eventuell mit der Einlassung in den Streit verbunden werden, von welcher nur die gerichtsablehnenden befreien. Die erste Ladung zur Beantwortung der Klage ist monitorisch, die zweite hingegen peremptorisch und mit dem Präjudiz verbunden, daß jedenfalls der Beklagte mit allen seinen Einreden ausgeschlossen, die Klage, wenn sie durch gehörig producirte und dem Beklagten mitgetheilte Urkunden begründet ist, als liquid und eingestanden, in jedem anderen Falle aber der Streit als negativ befestigt angenommen und der Kläger zum Beweis seiner Klage gelassen wird.

Uebrigens müssen in der Antwort auf die Klage die derselben zum Grunde liegenden Thatumstände, welchen der Beklagte widersprechen will, bei Strafe des dießfalls anzunehmenden Zugeständnisses ausdrücklich bezeichnet und verneinend beantwortet werden.

Alle Fristen und Termine, mit der einzigen oben bemerkten Ausnahme, sind peremptorisch und präclusiv; ihre Verlängerung, selbst wo

die Gesetze sie im Principe gestatten, unterliegt großen Beschränkungen, doch sind die Parteien berechtigt, einander längere Fristen als die vom Gesetze bestimmten (die Nothfristen ausgenommen) zu gestatten. —

Cautioenen pro expensis de iudicio sisti et iudicatum solvi können Inländer gegenseitig nicht, gegen Ausländer aber nur wegen Kosten und Widerklage verlangen.

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Ablauf von Fristen findet zwar aus rechtserheblicher Ursache statt, jedoch nur innerhalb 14 Tagen von der Zeit an, wo das Hinderniß gehoben ist, und hieran sowie an die übrigen Vorschriften des Gesetzes über Termine sind auch die Minderjährigen und die denselben Gleichgestellten gebunden.

Für den königlichen Fiscus ist aber das Motiv, daß zu seinem Nachtheile im Prozesse etwas unterlassen worden sei, kein Restitutionsgrund, außer wenn der Fiscal gegen seine Instruction oder Vollmacht etwas unterlassen hat, und wegen Insolvenz das Aetiar nicht entschädigen kann.

Im Beweisverfahren müssen sämmtliche Beweismittel bei Verlust derselben innerhalb der Beweisfrist angegeben werden; bei der Vernehmung der Zeugen dürfen die Parteien gegenwärtig sein, und durch den Richter Fragen an jene stellen lassen; Responionen auf die Beweisartikel werden nicht mehr gestattet.

Für die Appellation ist die Nothfrist in der Regel auf 30, und nur in wenigen Fällen auf 14 Tage festgesetzt, binnen welcher sie bei Vermeidung der Desertion interponirt und zugleich justificirt werden muß, und gegen welche der Appellat in den ersten beiden Instanzen eine Nebenverantwortung binnen gleicher Frist einreichen kann, womit denn auch das Beweisverfahren in dieser Instanz geschlossen ist. Sie findet indeß ordentlicher Weise nur in wenigen Fällen gegen einfache Decrete und Zwischenbescheide statt, man kann sich aber gegen diese die Berufung verwahren, die alsdann mit der Appellation über das Endurtheil zu verbinden ist.

Apistel finden nicht statt und jederzeit, wo man nicht gegen einfache, der Berufung nicht unterliegende Decrete und Zwischenbescheide appellirt, gebührt nur dem höheren Richter die Cognition über die Zulässigkeit der Berufung, welche indeß stets bei dem iudex a quo eingereicht wird.

Auch ist die Berufung an die dritte Instanz gegen zwei gleichlautende Erkenntnisse in mehreren Fällen, hauptsächlich aber wo die Hauptsache auf anderem Wege noch zur richterlichen Cognition gebracht werden kann, ferner wo die eingeklagte Summe nicht 500 fl. — und bei ästimatorischen Injurienklagen wo sie nicht 600 fl. — beträgt, unzulässig. Gegen differente Erkenntnisse der untern und mittleren Instanzen kann man sich nur an die dritte wenden, wenn sich der Streitgegenstand auf 300 fl. beläuft.

Im Stadium der Execution gestattet die Gerichtsordnung auch den Personalarrest des Schuldners, wenn er aus eigenem Verschulden

unvermögend geworden ist; auch gewährt sie den Schuldnern der privilegirten Classen die Wohlthat der Competenz, gestattet Moratorien, aber auch Gehaltsabzug von $\frac{1}{3}$ bis zu einem Dritttheil, und bindet bei Nachlaßverträgen zum Besten des Schuldners mit wenigen Beschränkungen die Minorität an die Beschlüsse der Majorität der minder oder gleich privilegirten Gläubiger.

Eine Berufung findet binnen 14 Tagen nur gegen den modus der Execution, und auch da nur in sehr beschränkter Art, niemals aber gegen zwei gleichlautende Erkenntnisse statt, jedoch mit suspensiver Wirkung nur hinsichtlich der öffentlichen Feilbietung der Executionsobjecte.

Außer dem mündlichen und dem gewöhnlichen Verfahren bestehen auch noch die sonst summarisch genannten Prozeßarten, als da sind der Arrest-, Executiv-, Mandats-, Rechnungs- und Concursprozeß. Von diesen hat nur der erste das Besondere, daß gegen Inländer in der Regel, und wo es kein Statut gestattet, wie z. B. in München, kein Arrest statt hat, — und der letztere, daß im Liquidationstermin alle Beweismittel für die Liquidität und Priorität der Forderungen bei Verlust derselben anzugeben und urschriftlich zu produciren sind, sowie ferner, daß bei den Erkenntnissen auf Eröffnung des Concurses die Anmeldung der Berufung von der Ausführung derselben getrennt ist, und binnen 8 Tagen bei Vermeidung der Desertion geschehen muß.

In der Prioritätsordnung sind die Forderungen in sechs Classen getheilt, von welchen die zweite den Hypotheken angewiesen ist. Für die übrigen Gattungen der summarischen Prozesse bestehen keine sonderlich bemerkenswerthen, nicht in der Natur der Sache liegenden und von dem gemeinen Rechte wesentlich abweichenden Vorschriften.

Man sehe v. Spieß, Sammlung aller Ergänzungen und Erläuterungen zum Codex iudiciarius, Bamberg 1835. 4.

Für den Wechselprozeß gleich wie für das Wechselrecht gelten in Bayern dießseits des Rheins viererlei Ordnungen, nämlich die bayerische von 1785, die preussische, in der preussischen Gerichtsordnung enthaltene, die augsburger und die nürnberg²³⁾, welche in den Grundsätzen nicht wesentlich von einander abweichen und sämmtlich ein und dasselbe Ziel — Abkürzung des Verfahrens und sofortige Execution durch Auspfändung und Personalarrest des Schuldners — vor Augen haben²⁴⁾.

Die Prozesse in Administrativsachen, welche vor die Verwaltungsbehörden gehören, oder die sogenannten administrativ-contentiosen Sachen werden nach den gewöhnlichen prozessualischen Formen mit Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften über die summarischen Prozesse verhandelt, und sowohl bei der ersteren als bei den höheren Instanzen entschieden.

In Ehestreitigkeiten der Katholiken, für welche nur die bischöflichen Ehegerichte competent sind, werden die Prozesse nach den Grund-

23) Gesetzblatt von 1825 S. 39 ff.

24) Sammlung der Wechselgesetze für das Königreich Bayern, München 1821. Codex der europäischen Wechselrechte, Nürnberg 1836. 8. 1. Bd.

sägen und Vorschriften des gemeinen und canonischen Rechtes instruiert; die Eheprozesse der Protestanten hingegen nach der bayer'schen Gerichtsordnung und ihren Novellen²⁵⁾.

In der Pfalz gibt blos der französische Code de procedure mit seinen Novellen (denen unter der bayer'schen Regierung eine einzige, nämlich das Gesetz vom 1. Juni 1822 über die Zwangsveräußerungen von Immobilien, beigefügt wurde)²⁶⁾ und mit seiner Jurisprudenz, und zwar in allen Instanzen, die Norm für das prozessualische auf Oeffentlichkeit und Mündlichkeit gegründete Verfahren, bei welchem erst die geschlossenen Acten dem Gerichte zur definitiven oder interlocutorischen Entscheidung vorgelegt, außerdem aber die schriftlichen, zur Instruction erforderlichen Verhandlungen in der Regel nur von Anwalt zu Anwalt durch den Gerichtsboten insinuirt werden, — Institute, deren Darstellung hier keinen Platz finden kann. —

Der Criminalprozeß ist in Bayern, mit Ausnahme der Pfalz, rein inquisitorisch, und der Angeschuldete kann, auch wenn er der That nach deren hergestelltem Bestand weder geständig, noch derselben durch vollständigen directen Beweis überwiesen ist, auf das Zusammentreffen vollkommen erwiesener naher Anzeigen oder auf zusammengesezten Beweis hin zu jeder peinlichen Strafe, die Todesstrafe allein ausgenommen, verurtheilt werden. Wegen bloßen Verdachtes hingegen kann das Gericht auf keine Strafe, sondern nur auf Specialinquisition und im Endurtheile auf Entlassung von der Instanz, welche aber nur gegen Caution von der Haft befreit, erkennen. Die freisprechenden Urtheile sind entweder Unschulds-, oder wenn diese nicht vollkommen erwiesen und über allen Zweifel erhaben vorliegt, Lossprechungs-Erkenntnisse.

Bei Verbrechen, worauf das Gesetz nicht Todes-, Ketten- oder Zuchthausstrafe gesetzt hat, sowie bei allen Vergehen, findet gegen den Angeschuldigten keine Haft statt, wenn er entweder im Königreiche durch hinreichenden Besitz liegender Gründe, oder durch ordentliches stetes Gewerbe oder durch Anstellung im Staatsdienste angeessen ist, er wäre denn früher wegen Verbrechen bestraft oder nur von der Instanz entlassen, oder es wäre nach besonderen Umständen Flucht oder Collusion mit Grund zu besorgen.

Bemerkenswerth scheint, daß bei Hochverrath die Familie des Ver-

25) Man s. über den bayer'schen Prozeß vorzüglich v. Krübl, Einleitung in die bayer'sche Civilprozeßordnung, Ingolstadt 1797. 8. Rudhart, Abriss der Geschichte der bayer'schen Gesetzgebung, München 1821. 8. v. Gönner, Commentar über das Prozeßgesetz v. 22. Juli 1819, Erlangen 1820. 8. v. Wendt, Handbuch des bayer'schen Civilprozeßes, 2. Auflage, Nürnberg 1830. 8. J. Wde (mit Einschluß des Administrativprozeßes). Seuffert, Commentar über die bayer'sche Gerichtsordnung, Erlangen 1836. 8. Derselben Blätter für Rechtsanwendung, Erlangen 1836. 8. (werden fortgesetzt). Sodann die Jahrbücher von Aretin, von Gönner und Schmidlein, und die Zeitschriften von Schelhaß, v. Zuerlein und Sartorius.

26) Gesetzblatt von 1822 S. 163 fig.

brechers ihren Namen ändern, und bei Majestätsverbrechen der Verurtheilte, neben seiner ordentlichen Strafe, auch vor dem Bildnisse des Königs öffentlich im Gerichtssaale Abbitte leisten muß. Jeder Angeschuldigte erhält, nachdem die Acten geschlossen sind, einen Vertheidiger, der diese einsehen, sich mit ihm ohne Zeugen unterreden kann und seine Vertheidigung alsdann entweder schriftlich einreichen oder zum Protocoll dictiren muß.

Handelt es sich von Verbrechen, so erkennen die Appellationsgerichte als Criminalgerichte, als Civilstrafgerichte hingegen, wenn nur ein Vergehen vorliegt. Im ersten Falle geht die Berufung an das Oberappellationsgericht, im zweiten an einen anderen Senat desselben Appellationsgerichtes, der sich alsdann als Civilstrafgericht zweiter Instanz constituirt. Immer ist die Berufung freiwillig, wenn nicht auf Todes- oder Kettenstrafe erkannt wird, denn in diesen Fällen tritt die Revision des erstrichterlichen Urtheiles von Amtswegen ein. Todesurtheile, auch wenn sie das Oberappellationsgericht bestätigt, müssen allezeit dem Könige vorgelegt und können erst dann vollzogen werden, wenn dieser erklärt hat, er finde keinen Grund zur Begnadigung. Erst wenn diese Erklärung vorliegt, werden sie dem Inquisiten in Gegenwart seines Vertheidigers und bei offenen Thüren verkündet und nach 24 Stunden oder, wenn er es wünscht, nach drei Tagen vollzogen. —

Das Standrecht kann stattfinden bei bedeutendem Aufruhr oder bei Ueberhandnehmen von Raubmord und Brandlegung in gewissen Gegenden. Es wird alsdann, mit Suspension der ordentlichen Gerichtsbarkeit, aus fünf Richtern, wovon zwei aus dem Militärstande zu nehmen sind, zwei Gerichtsbeisitzern, einem beedeten Actuar und einem Criminalfiscal constituirt, und wenn dieß geschehen, seine Wirksamkeit durch Trommelschlag oder Trompetenschall verkündet.

Verurtheilung und Losprechung erfordern eine Mehrheit von 4 Stimmen gegen 1; erfolgt die erstere, so wird das Todesurtheil binnen zwei Stunden durch die Kugel vollzogen, ohne daß dagegen einem Rechtsmittel oder Begnadigungsgesuch statt gegeben wird.

Militärpersonen werden für Verbrechen und Vergehen von den Militärgerichten, bei gemeinen Verbrechen und Vergehen nach dem Strafgesetzbuche, bei Militärverbrechen und Vergehen hingegen nach den sogenannten Kriegsartikeln gerichtet. Die Procebur ist gleichfalls eine besondere, und es findet dabei weder eine Vertheidigung, noch eine Berufung, wohl aber eine nothwendige Revision durch das Generalauditoriat statt, welche in wichtigeren Fällen auch noch der königlichen Bestätigung bedarf. Sind Militärs mit Civilpersonen in ein und dasselbe Verbrechen oder Vergehen verwickelt, so wird für die Untersuchung sowohl als für die Aburtheilung ein gemischtes Gericht bestellt. Zwar führt ein Beamter des Civilgerichtes die Untersuchung, jedoch soll bei jedem Verhör des Inquisiten ein Auditor gegenwärtig sein, und bei der Fällung des Urtheiles besteht die Hälfte der Botanten gleichfalls aus Militärgerichtspersonen, jedoch unter dem Vorfize des Präsidenten oder eines Directors des competenten Appellationsgerichtes.

In der Pfalz gilt für den Criminalprozeß der französische Code d'instruction criminelle mit seinen Instituten der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit, des Geschwornengerichtes und des Rechtsmittels der Cassation gegen Criminalurtheile, an welchen, sowie überhaupt im eigentlichen Strafrechte, das Gesetz über die Brandstiftungen vom 1. Juli 1834²⁷⁾ ausgenommen, seit dem Jahre 1816 nichts geändert worden ist.

In der Gesetzgebung über das Verfahren in Sachen der Strafpolizei erschienen in diesem Kreise seit seiner Vereinigung mit Bayern mehrere zum Theil durch die veränderten Verhältnisse und namentlich den teutschen Zollverein herbeigeführte und nothwendig gewordene Gesetze, nämlich das Forststrafgesetz vom 28. Dec. 1831²⁸⁾, das Zollstrafgesetz vom 1. Juli 1834, welches durch das neuere vom 17. Nov. 1837²⁹⁾ ausdrücklich wieder aufgehoben wurde, und das Gesetz vom 28. Dec. 1831³⁰⁾ über die Vorladung in Polizeistrafsachen, von welchen das Zollstrafgesetz von 1837 auch die Bestimmungen für das Verfahren in Strafsachen dieser Gattung in den Kreisen diesseits des Rheines enthält. Im Verfahren in diesen Sachen ist, so weit es die Pfalz betrifft, fast immer auf die Bestimmungen des französischen Code d'instruction criminelle hingewiesen, für die übrigen Kreise aber überhaupt das summarische Verfahren angeordnet, so daß keine besonderen Rechtsinstitute dadurch entstanden sind.

Noch ist zu bemerken, daß durch die Verordnung vom 19. Oct. 1813, womit die Anmerkungen zum bayer'schen Strafgesetzbuche publicirt wurden, und welche denselben vorgedruckt ist, jedem Staatsdiener und Privatgelehrten verboten wird, einen Commentar über diesen Coder in Druck zu geben, und die Professoren der Landesuniversitäten angewiesen werden, sich ausschließlich an den Text desselben mit Benützung jener Anmerkungen zu halten, damit es allenthalben in gleichem Geiste angewendet und gelehrt werde.

Ehe wir nun zur Darstellung der Staats- und Gerichtsverfassung Bayerns übergehen, dürfte es nicht unzweckmäßig sein, derselben einige staatsgeschichtliche Bemerkungen voranzuschicken. Bayern, ein teutscher Bundesstaat von 1477 □ Meilen und (nach der neuesten Zählung von 1837) 4,315,469 Einwohnern, war früher ein Herzogthum, seit 1623 durch Uebertragung der pfälzischen Kurwürde ein Kurfürstenthum, und in Folge des presburger Friedens vom 26. Dec. 1805 ist es seit dem 1. Januar 1806³¹⁾ ein Königreich. Nachdem die regierende Dynastie, und damit auch das Stammland, mehrere hundert Jahre lang in zwei Hauptlinien (die pfälzische und bayer'sche, oder die rudolfinische und wilhelminische) und in viele Nebenlinien getheilt war,

27) Gesetzblatt von 1834. S. 45 ff.

28) Gesetzblatt von 1831. S. 269.

29) Gesetzblatt von 1834. S. 149. und von 1837. S. 201.

30) Gesetzblatt von 1831. S. 229.

31) Regierungsblatt von 1806. S. 1.

wurde am 30. Dec. 1777 durch den Tod Kurfürst Maximilian Joseph III. das Kurfürstenthum Pfalz mit seinen Nebenländern, bis auf das Herzogthum Zweibrücken, und nach dem Tode des Kurfürsten Karl Theodor am 16. Febr. 1799, unter Maximilian Joseph IV., auch dieses Land damit vereinigt, so daß es von nun an einen, und zwar vermöge der Hausverträge untheilbaren Staat bildet.

Als durch den lüneviller Frieden vom 9. Febr. 1801 das ganze linke Rheinufer an Frankreich abgetreten werden mußte, gingen in Folge dessen und des dadurch herbeigeführten Reichsdeputationshauptschlusses vom 25. Febr. 1803 die ganze Rheinpfalz, die Herzogthümer Zweibrücken, Simern und Jülich, die Fürstenthümer Lautern und Bilsen, das Marquisat Bergopzoom, die Herrschaft Ravenstein und mehrere in Belgien und Elsaß gelegene Mediatbesitzungen für Bayern verloren, so daß es von seinem Stammgebiete die Herzogthümer Ober- und Niederbayern, Oberpfalz, Neuburg, Sulzbach, Berg, die Landgrafschaft Leuchtenberg, die Herrschaften Sulzburg, Pyrbaum, Breiteneck, Mindelheim, Schwabach, Ehrenfels, Hohenwaldeck, Parsberg, Illerbießen, Wiesensteig und die Grafschaft Haag behielt, für seine Verluste aber durch die Bisthümer Würzburg (mit Ausschluß der davon getrennten Ämter Grünsfeld, Lauda, Harthum und Stilsberg), Bamberg und Freysingen, von dem Bisthume Passau durch die Stadt Passau mit ihren Vorstädten und deren Zugehörungen dießseits des Inns und der Iller, von dem Bisthume Eichstädt die Ämter Landsee, Wernfels, Spalt, Abensberg, Ahrberg, Dhrenbau, Wahreberg, Herrieden, nebst einigen kleineren Enclaven in den Fürstenthümern Ansbach und Baireuth, die gefürstete Probstei Kempten, die Abteien Waldsassen, Eberach, Irsee, Wengen, Sissingen, Eichingen, Urberg, Roggenburg, Wettenhausen, Ottobauern, Kaisersheim und St. Ulrich, endlich durch die Reichsstädte Rothenburg, Weiszenburg, Windsheim, Schweinfurth, Gochsheim, Erenfeld, Kempten, Kaufbayern, Memmingen, Dinkelsbühl, Nördlingen, Ulm, Bopfingen, Buchhorn, Wangen, Leutkirch und Ravensburg nebst ihren Gebieten, mit Einschluß der freien Leute auf der leutkircher Heide, entschädigt wurde³²⁾.

Durch den mit Preußen am 30. Juni 1803 abgeschlossenen Hauptlandesvergleich tauschten beide Staaten nur mehrere unbedeutende Ämter und sonstige kleinere Besitzungen in Franken gegenseitig aus; der presburger Friede hingegen vergrößerte Bayern um 500 □ Meilen mit einer Bevölkerung von 1 Million. Es erhielt nämlich gegen Abtretung des Bisthums Würzburg an den Kurfürst Erzherzog von Salzburg, den diesem früher als Entschädigung zugetheilt gewesenem Theil des Bisthums Eichstädt, den demselben bisher gleichfalls gehörigen Theil des Bisthums Passau, der zwischen Böhmen, Oesterreich, der Donau und dem Inn lag, die Grafschaft Tyrol mit dem Bisthümern Trient

32) Regierungsblatt von 1802. Stüd 49 u. 51. Reichsdeputationshauptschluß v. 25. Febr. 1803. §. 2.

und Brixen, die Markgrafschaft Burgau, Boralberg mit seinen Enclaven, die Hohenems, Königsee und Rothenfels die Herrschaften Lettnang und Urgau, die Städte Augsburg und Lindau, die Landeshoheit über die im Königreiche Bayern gelegenen Besitzungen der ehemaligen unmittelbaren freien Reichsritterschaft³³⁾, und die volle Souveränität über die alten und neuen Provinzen.

In Folge des 17. Art. der rheinischen Bundesacte vom 12. Juli 1806 erwarb Bayern gegen die Abtretung der Herrschaft Wiefensteig und der Abtei Weiblingen an die Krone Württemberg: die Stadt Nürnberg und deren Gebiet mit allen Eigenthums- und Souveränitätsrechten, ferner die teutschen Ordenscommenden Rohr und Waldstätten, und gemäß Art. 24. derselben Acte die Souveränität über die Fürstenthümer Schwarzenberg, Dettingen-Wallerstein und Dettingen-Spielberg, die fürstlich hohenhohischen Ämter Schillingsfürst und Kirchberg, die Grafschaften Kastell, Sternstein und Edelstatten, die Besitzungen des Fürsten von Thurn und Taxis, nördlich von Neuburg, des Fürsten und der Grafen Fugger, die Burggrafschaft Winterrieden, die Herrschaften Burheim und Thannhausen, und den ganzen Umfang der Heerstraße von Memmingen nach Lindau³⁴⁾.

Durch den Vertrag vom 15. März 1806 trat Bayern das Herzogthum Berg an Frankreich ab, und erhielt dafür das Fürstenthum Ansbach, so wie es die Krone Preußen bis dahin besessen hatte³⁵⁾.

Der wiener Frieden v. 14. Oct. 1809 hatte zur Folge: einerseits die Abtretung des ganzen Etsch- und eines großen Theils des Eisackkreises, sowie der Ämter Trient und Silian von Tyrol an Frankreich und Italien durch die Verträge vom 25. Febr., 18. und 20. Mai 1810; ferner der Landgerichte Lettnang, Wangen, Ravensburg, Leutkirch, Siffingen, Geislingen, Aepel, Crailsheim, Gerhardbaum, der Stadt Ulm und mehrerer mediatisirten Gebiete durch den Vertrag vom 10. Mai 1810 an Württemberg, sowie der Landgerichte Schweinsfurt, Sulzheim und Zell, des Amtes Marktbreit und eines Theiles des Amtes Marktsfeld und des Landgerichtes Waunach, desgleichen der gräflich kastellischen Besitzungen an das Großherzogthum Würzburg, und andererseits die Erwerbung des Inn- und des westlichen Theiles des Hausrückviertels nebst Salzburg und Berchtesgaden von Oesterreich, der Fürstenthümer Baireuth und Regensburg, und einiger Parzellen von Württemberg und Würzburg³⁶⁾.

Nach dem ersten pariser Frieden von 1814 trat Bayern durch den Vertrag vom 3. Juni 1814 den Theil von Tyrol, den es noch besaß, nebst Boralberg, mit Ausnahme des Amtes Weiler, an Oesterreich ab,

33) Verordnung vom 13. Dec. 1806 (Reg.-Bl. v. 1807 S. 193. Reg.-Bl. von 1806. S. 50 u. 57.)

34) Reg.-Bl. von 1807. S. 1. Verordnung vom 3. Sept. 1806 (Reg.-Bl. v. 1806. S. 353.)

35) Regierungsblatt von 1806. S. 159.

36) Regierungsblatt von 1810. S. 337, 536, 852, 857, 859, 1225.

und erhielt dagegen das Großherzogthum Würzburg und das Fürstenthum Aschaffenburg³⁷⁾.

Eine abermalige Territorialveränderung erfolgte endlich durch den Vertrag mit Oesterreich v. 14. April 1816, dem zufolge letztere Macht — gegen Abtretung des Inns- und Hausrückviertels, des Amtes Wils und des Fürstenthums Salzburg mit Ausnahme der Ämter Waging, Laufen, Teisendorf und Littmaning — die ehemals fuldaischen Ämter Biberstein, Brückenau, Hammelburg und Weiher, ferner die ehemaligen hessischen Ämter Alzenau, Amorbach, Kleinheubach und Miltenberg nebst dem österreichischen Amte Redwitz, und auf dem linken Rheinufer von den ehemaligen Departements des Donnersbergs, der Saar und des Niederrheines die Bezirke Kaiserslautern, Zweibrücken, Speier, mit Ausnahme der Kantone Worms und Pfeddersheim, ferner die Kantone Kirchheim, Bolanden, Waldmohr, Blieskastel, Cusel, Landau, mit der Festung gleichen Namens, Bergzabern, Langenkandel, und den Theil des niederrheinischen Departements am linken Ufer der Lauter erhielt³⁸⁾, durch den Vertrag mit Baden vom 10. Juli 1819 das Amt Steinfeld, und in Folge des Grenzvertrages mit Frankreich vom 5. Juli 1825 das Pfarrdorf Neuburg am Rhein erwarb, dagegen aber die Gemeinden Weiler, Altenstadt, Ober- und Niedersteinbach an letztere Macht abtrat.

Noch sind die Ansprüche Bayerns an Baden auf seinen Antheil an der Entschädigung für die Grafschaft Sponheim nicht beseitigt, und alle diplomatischen Verhandlungen dießfalls bis jetzt ohne Erfolg geblieben. Indes haben diese Differenzen zu einem Schriftenwechsel Anlaß gegeben, in welchem die beiderseitigen Rechte mit Gründlichkeit und Scharfsinn deducirt, und vorzüglich die Lehre von den Mißheurathen von dem verstorbenen Ritter v. Lang mit großem Aufwande von Geist und Gelehrsamkeit erörtert wurde³⁹⁾.

Von der ältesten Geschichte des bayer'schen Staates kann hier nur die Bemerkung Platz finden, daß derselbe in seinem jetzigen Umfange in den frühesten Zeiten nach der Völkerwanderung von drei reinteutschen Volksstämmen, den Allemannen, den Franken (südlichen Thüringern, später Ostfranken genannt) und den alten Bojoaren bewohnt wurde. — Diese Stämme nun bildeten sich in Staaten, theilten ihr Land (am Ende des 10. Jahrhunderts allgemein) in Gauen unter Gaugrafen, welche bald erblich wurden und, als Otto von Wittelsbach im Jahre 1180, nach dem Unglücke Heinrichs des Löwen, Herzog von Bayern geworden war, ihre Bezirke bereits in eine große Zahl weltlicher Territorien mit erblichem Rechte verwandelt hatten, aus deren allmäligen Anfall endlich nebst den Erwerbungen durch Secularisation, Mediatisirung

37) Regierungsblatt von 1814. S. 1257 u. 1260.

38) Regierungsblatt von 1816. S. 309, 311, 354.

39) Man s. Hermes Bb. XXXI. S. 265 fig.

und Kriegseroberung das jetzige Königreich Bayern emporgestiegen ist ⁴⁰⁾. —

Eine der ersten Operationen seines vorigen Regenten nach dem Antritte seiner Regierung war eine neue Organisation der oberen Verwaltung- und Gerichtsstellen. Jede der damaligen Provinzen, Bayern, Oberpfalz mit Sulzbach, Neuburg und Berg, wurde einer Landesdirection und für die Justizpflege in der zweiten Instanz, einem Gerichtshofe, anfangs Regierung, später Hofgericht genannt, untergeordnet. Die oberste Leitung der ganzen Administration, mit Ausnahme des Kriegswesens, welches der damalige Kurfürst unmittelbar respicirte, war 4 Ministerien, der auswärtigen Angelegenheiten, der Justiz und Polizei, der Finanzen und der geistlichen Angelegenheiten, übertragen, von denen jedes einen Minister zum Chef und mehrere geheime Referendarien hatte.

Ein oberster Gerichtshof, Revisorium genannt, erkannte in allen Civilrechtsachen in letzter Instanz; in Strassachen gab es damals noch keine Berufung, sondern diese wurde erst im Jahre 1813 durch das neue peinliche Gesetzbuch eingeführt. Die durch den Reichsdeputationshauptschluß von 1803 erworbenen Entschädigungslande wurden in derselben Weise organisirt, jedoch für die beiden fränkischen Provinzen zusammen und für die Provinz Schwaben noch zwei oberste Justizstellen eingefetzt, welche beide von dem Revisorium in München unabhängig waren, und deren letzterer man in der Folge auch die Provinz Tyrol unterordnete, die aber für die Verwaltung unter einem eigenen Generalcommissariat und Subernium stand und für die Rechtspflege in zweiter Instanz ihr früheres Appellationsgericht behielt. Für die Verwaltung der Justiz und Polizei in erster Instanz wurde das in Altbayern dafür bestandene Institut der Landgerichte auch allenthalben auf die neuen Lande ausgedehnt, und die städtischen und Patrimonialgerichte mit wenig Modificationen in ihrem bisherigen Wirkungskreise gelassen.

Alles dieß änderte sich jedoch größtentheils durch die Verfassung vom 1. Mai 1808 ⁴¹⁾, welche, obgleich niemals in allen ihren Bestimmungen und vollständig in's Leben getreten, dennoch schon dadurch das Staatsleben fast gänzlich umgestaltete, daß es alle Provinzialunterschiede, Stände, Corporationen und Einrichtungen aufhob, und für das ganze Land in allen Zweigen des öffentlichen Dienstes eine und dieselbe Verwaltungsform anordnete ⁴²⁾.

40) v. Lang, Bayerns Gauen, Nürnberg 1830. 8. und v. Lang, Bayerns alte Graffschaften, Nürnberg 1831. 8. Hermes, Band XXIX. Höchst wichtige Sammlungen von Urkunden nicht nur für die Staats-, sondern auch für die Rechtsgeschichte jener früheren Zeiten enthalten außer den nicht immer kritisch genug bearbeiteten Monumenta boica die Regesta v. Lang, IV Bde 1822. 4. fortgesetzt von B. Freyberg.

41) Reg.-Bl. von 1808. St. 22 flg.

42) Man s. die verschiedenen organischen in den Regierungsblättern von 1808—1812, deren specielle Bezeichnung hier überflüssig erscheint.

Bayern wurde nunmehr in 15 Kreise getheilt, jedem derselben ein Generalcommissariat und eine Finanzdirection für die gesammte Verwaltung, und je für zwei (den Main-, Rezat- und Erschkreis ausgenommen, von denen jeder einen eigenen Gerichtshof dieser Classe erhielt) ein Appellationsgericht bestellt, welche sämmtlich dem Oberappellationsgerichte in München untergeordnet waren, den Magistraten und Patrimonialgerichten hingegen alle Gerichtsbarkeit entzogen, jedes Instanzenprivilegium sowie der befreite Gerichtsstand mit der Siegelmäßigkeit und dem Institute der Familiensideicommissie aufgehoben. Der Adel sollte seine Titel behalten, jedoch in Hinsicht auf Besteuerung oder Anspruch auf Staatsämter, Würden und Pfründen oder auf Verpflichtung zum Kriegsdienste keinen Vorzug vor den übrigen Staatsbürgern haben, seine gutherrlichen Rechte aber wie jeder Gutseigenthümer behalten.

Die Leibeigenschaft wurde abgeschafft, allen Religionstheilen ohne Ausnahme vollkommene Gewissensfreiheit und allen Staatsbürgern vollkommene Sicherheit der Person und des Eigenthums gewährt, die Güterconfiscation aufgehoben, die Unabsetzbarkeit der Glieder der Justizcollegien erklärt und dem Könige die Gewalt entzogen, eine anhängige Streitfache oder angefangene Untersuchung zu hemmen, oder eine Partei ihrem gesetzlichen Richter zu entziehen, und endlich eine Nationalrepräsentation zugesichert, welche indeß nie in Wirksamkeit gekommen ist.

In vielen Ländern, welche nunmehr das Königreich Bayern bilden, nämlich im ehemaligen Herzogthume Bayern und Neuburg, in den Fürstenthümern Ansbach, Baireuth, Bamberg, Würzburg, Kempten, waren früher landständische Verfassungen, in den ehemaligen Reichsstädten republikanische. Doch hörten die letzteren mit der Mediatisirung dieser Städte auf, und erstere kamen außer Uebung, noch ehe eine förmliche Erklärung des Königs (vom 8. Juni 1807 und 1. Mai 1808) ihre Auflösung gegen das Versprechen einer allgemeinen repräsentativen Verfassung ausgesprochen hatte⁴³⁾.

Demnach sollte nach jener Constitution aus den Höchstbesteuerten eine Reichsversammlung von 105 Mitgliedern gewählt und in eine Kammer alljährlich versammelt werden, jedoch ohne Discussion und im geheimen Scrutinium abstimmen.

Die Krisis von 1814 und 1815 und die Zusicherung der teutschen Bundesacte vermochten den König, sich nunmehr mit der Einführung einer neuen, wahrhaft repräsentativen Verfassung, in welcher alle Stände ihre Vertreter finden sollten, zu beschäftigen, und derselbe bestimmte schon in dem Organisationsedicte vom 2. Febr. 1817⁴⁴⁾ vorläufig die alljährliche Einberufung von Landrathen in jedem Kreise, jedoch nur mit berathender Stimme. Nach Vollendung der schon im Jahre 1814 begonnenen Vorarbeiten erschien endlich im folgenden

43) Reg.-Bl. von 1807. S. 975 fig. und von 1808. S. 961.

44) Reg.-Bl. von 1817. S. 49.

Jahre unterm 17. Mai das Edict über die Verwaltung und Verfassung der Gemeinden⁴⁵⁾ als Grundlage der Constitution, diese selbst aber wenige Tage nachher, den 26. Mai 1818 mit ihren 12 Edicten als Beilagen derselben, und wurde an demselben Tage feierlich verkündet⁴⁶⁾, ohne Zögerung in allen ihren Theilen eingeführt und vollzogen, und schon im folgenden Jahre berief der König seiner Zusage gemäß die erste Ständeversammlung.

Die Verfassung selbst, wie sie in der besagten Urkunde, ihren Edicten und einigen späteren ergänzenden Gesetzen⁴⁷⁾, desgleichen in den früheren noch bestehenden organischen und anderen Gesetzen oder auch in den späteren Verwaltungsnormen geordnet ist, macht folgende wesentliche Bestimmungen.

I. Bayern ist eine constitutionelle Monarchie, sein König, heilig und unverleßlich, ist das Oberhaupt des Staates, welches alle Rechte der Staatsgewalt nach den verfassungsmäßigen Bestimmungen und in Sachen, welche zum Wirkungskreise der Stände gehören, nur mit deren Beirath und Zustimmung ausübt.

Alle Glieder des königlichen Hauses sind seiner Hoheit und Gerichtsbarkeit, sowie seiner besonderen Aufsicht mit bestimmten Rechten unterworfen⁴⁸⁾.

Die Krone ist erblich im Mannsstamme nach dem Rechte der Erstgeburt und der agnatisch-linealischen Erbfolge, mit Ausschluß der weiblichen Nachkommen, so lange noch ein successionsfähiger Agnat aus ebenbürtiger, mit Bewilligung des Königs geschlossener Ehe, oder ein durch Erbverbrüderung zur Thronfolge berechtigter Prinz vorhanden ist. Tritt eine Reichsverwesung ein, so sind dazu berufen vor Allen die volljährigen Agnaten, sodann die verwitwete Königin und endlich die Kronbeamten des Reiches, unter welchen der Kronobersthofmeister, als der erste derselben, den Vorzug hat.

II. Das Königreich Bayern mit seinen sämtlichen Bestandtheilen an Landen, Leuten, Herrschaften, Gütern, Regalien und Renten nebst aller Zugehör an beweglichen Gütern, sämtlichen Vorräthen an Geld, Capitalien, Naturalien und Ausständen bildet eine einzige untheilbare, unveräußerliche Gesamtmasse, und namentlich sollen

45) Gesetzblatt von 1818. S. 49 flg.

46) Gesetzblatt von 1818. S. 101 flg.

47) Vom 11. Sept. 1825 (Gesetzblatt von 1825. S. 31) über die Fideicommiss, v. 15. August 1828 über die Bildung der ersten Kammer und über das Inbigenat (Gesetzblatt von 1828. S. 5 und 37), vom 28. Dec. 1831 über die Abtretung der Patrimonialgerichtsbarkeit (Gesetzblatt von 1831. S. 249), vom 2. Sept. 1831 über den Geschäftsgang der beiden Kammern (Gesetzblatt von 1831. S. 25), vom 1. Juli 1834 über die permanente Civilliste, über die Rechte der griechischen Glaubensgenossen und über das Gemeindeedict (Gesetzblatt von 1834. S. 25, 41 u. 109); über die Expropriationen das Gesetz v. 17. Nov. 1837 (Gesetzbl. v. 1837. S. 109).

48) Königliches Familienstatut vom 5. August 1819 (Reg.-Bl. v. 1821. S. 5 flg.).

alle Rechte der Souveränität bei der Primogenitur ungetheilt und unveräußert erhalten und keinem Staatsbürger eine Befreiung von den öffentlichen Lasten bewilligt werden.

Auch kommen alle neuen Erwerbungen aus Privattiteln an unbeweglichen Gütern in der Haupt- oder Nebenlinie, wenn der erste Erwerber nicht darüber verfügt hat, in den Erbgang des Mannstammes und werden als der Gesamtmasse einverleibt angesehen.

Zur Belohnung vorzüglicher, dem Staate geleisteter Dienste können Staatsdomänen und Renten mit Zustimmung der Stände als Mannlehen verliehen, allein keine Anwartschaften auf irgend ein Object ertheilt werden. Territorialverträge mit auswärtigen Staaten, welche die Masse des Staatsgutes nicht schmälern, und eben solche Vergleiche mit Privaten kann der König abschließen.

III. Die Civilliste des Königs ist für immer auf 2,350,580 Gulden bestimmt, und auf sämtliche Staatsdomänen radicirt. Witthum, Apanagen und Aussteuer werden aus der Staatscasse besonders bestritten, niemals aber auf liegende Gründe angewiesen, auch können die Apanagen der Nachgeborenen den Betrag von jährlich 100,000 Gulden nicht übersteigen (Familienstatut von 1819).

IV. Das bayer'sche Staatsbürgerrecht wird durch das Indigenat, welches auch vom Könige verliehen und sonst durch Naturalisation erworben werden kann, bedingt und geht mit demselben verloren; es wird aber zu dessen Ausübung noch die gesetzliche, auf das vollendete 21. Jahr bestimmte⁴⁹⁾ Volljährigkeit, und die Ansfässigkeit im Königreiche durch Besitz, Gewerbe oder ein öffentliches Amt erfordert.

Kron- und oberste Hofämter, Civilstaatsdienste und oberste Militärstellen, wie auch Kirchenämter oder Pfründen können nur an Eingeborene oder Naturalisirte ertheilt werden.

V. Jeder Bayer ohne Unterschied des Standes kann zu allen Civil-, Militär- und Kirchenämtern oder Pfründen gelangen; das volle Staatsbürgerrecht genießen indeß nur die vier im Königreiche bestehenden christlichen Kirchengesellschaften, deren bürgerliche und politische Rechte ganz gleich sind. Die nicht christlichen Glaubensgenossen haben zwar vollkommene Gewissensfreiheit, an den staatsbürgerlichen Rechten aber nur einen beschränkten Antheil⁵⁰⁾. Allen Religionstheilen ohne Ausnahme indeß ist das Eigenthum und der Genuß ihres Kirchen- und Stiftungsvermögens vollständig gesichert, und von allgemeinen Stiftungen darf nichts ohne Zustimmung der Stände veräußert oder verwendet werden.

VI. Die Leibeigenschaft ist allenthalten aufgehoben, die ungemessenen Frohnen sollen in gemessene umgeändert werden und auch diese ablösbar sein.

49) Reg.-Bl. v. 1813. S. 1337. Gesegbl. v. 1822. S. 205.

50) Man s. über die Verhältnisse der Juden das Edict vom 10. Juni 1813 (Reg.-Bl. v. 1813. S. 921. v. 1816. S. 476. v. 1814. S. 701. Gesegbl. v. 1825. S. 79), wo ihnen jeder höhere Zinsfuß als der gewöhnliche untersagt ist.

VII. Jedem Einwohner ist Sicherheit seiner Person, seines Eigenthums und seiner Rechte gewährt; er darf daher weder seinem ordentlichen Richter entzogen, noch verfolgt oder verhaftet werden, als in den vom Gesetz bestimmten Fällen und in der gesetzlichen Form. Eben so wenig kann er gezwungen werden, sein Privateigenthum selbst für öffentliche Zwecke ohne Entschädigung und in anderer als in dem Gesetz bestimmten Weise abzutreten. (Man sehe das Expropriationsgesetz vom 17. Nov. 1837.) Auch darf Jeder in einen anderen deutschen Bundesstaat auswandern, und in Civil- und Militärdienste desselben treten.

Die Presse und der Buchhandel sind mit Ausnahme aller (der Censur unterliegenden) politischen Zeitungen und periodischen Schriften, politischen und statistischen Inhaltes, für frei erklärt, in so weit nicht spätere Beschlüsse des deutschen Bundestags diese Freiheit beschränkt haben, und mit Vorbehalt der Beschlagnahme der für gefährlich, verbrecherisch oder unsittlich erachteten Schriften und Bilder, worüber das Ministerium des Innern in letzter Instanz erkennt.

Beleidigungen von Privatpersonen, Vergehen und Verbrechen durch die Presse verübt, unterliegen der Cognition der Gerichte, vor welchen im ersteren Falle der Beleidigte den Verfasser, Verleger und aushilfsweise den Drucker und Verbreiter verfolgen kann.

VII. Alle Bayern, den geistlichen Stand ausgenommen, haben gleiche Verpflichtung zum Kriegsdienste⁵¹), zur Landwehr und zur Theilnahme an den öffentlichen Lasten.

VIII. Besondere Rechte und Vorzüge genießen:

1) Die Prinzen und Prinzessinnen des königlichen Hauses, indem sie mit dem zurückgelegten 18. Jahre volljährig werden und in persönlichen Klagsachen nur den König als Richter über sich zu erkennen haben.

2) Die Kronämter als oberste Würden des Reiches, indem deren Inhaber durch diese ipso iure Mitglieder der ersten Kammer der Ständeversammlung sind.

3) Die vormalig reichsständischen Fürsten und Grafen nebst dem Herzoge von Leuchtenberg, als dem ersten unter ihnen⁵²), nach dem Inhalte des auf den Grund der deutschen Bundesacte von 1815 hierüber erlassenen constitutionellen vierten Edictes. Diesem zufolge sind die wichtigsten ihrer Vorzüge:

a) Das Recht der Ebenbürtigkeit mit dem Titel Durchlaucht für die Fürsten, und Erlaucht für die Grafen, nebst dem Prädicat Wir für die Häuser dieser Familien.

b) Der befreite Gerichtsstand vor dem Appellationsgerichte in Civil- und Criminalsachen, und, so viel die Chefs der mediatisirten Häuser betrifft, in letzteren vor einem Landesgerichte aus Landesgenossen gebildet.

51) Gesetzblatt vom 15. August 1828. Gesetzbl. von 1828. S. 73 fig.

52) Declaration vom 15. Nov. 1817 und 31. Dec. 1834 (Reg.-Bl. von 1817. S. 947, und von 1835. S. 825.)

c) Das Recht der Autonomie unter bestimmten Formen.

d) Die Befreiung von Zoll, Weggeld und Mauth für ihre Naturalien und Gefälle, von den Gemeindefumlagen, von aller Militärpflichtigkeit und Einquartierung der königlichen Truppen in den von ihnen bewohnten Schlössern nebst der Steuer von denselben mit dem Rechte, eine Ehrenwache zu halten.

e) Eine Entschädigung durch eine dem dritten Theile des Betrages der Steuer von ihren ehemals reichsständischen Besitzungen gleichkommende Rente für das ihnen in der Bundesacte zugesicherte Privilegium in Beziehung auf Besteuerung.

f) Die niedere, mittlere und Strafgerichtsbarkeit in den standesherrlichen Gerichtsbezirken, desgleichen die Local- und Districtspolizei mit wenigen Ausnahmen in erster und, wo ein geschlossenes Gebiet von 14—20,000 Seelen vorhanden ist, auch in zweiter Instanz mit der Befugniß, für Justiz und Polizei diese höhere Instanz in einem für beide vereinigten Collegium, Regierungs- und Justizkanzlei genannt, zu bilden, auch für die Verwaltung ihrer Renten Domänenkanzleien zu errichten.

4) Die ehemalige unmittelbare Reichsritterschaft, welche, mit Ausnahme des ihnen zugestandenem befreiten Gerichtsstandes vor den Mittelinstanzen, den übrigen adeligen Gutsbesitzern hinsichtlich ihrer Rechte fast ganz gleich gestellt wurde⁵³).

5) Der gesammte übrige Adel des Reichs mit folgenden Vorzügen:

a) Dem ausschließenden Rechte, eine gutsherrliche Gerichtsbarkeit ausüben zu können.

b) Familienfideicommiss auf Grundvermögen zu errichten.

c) Einen befreiten Gerichtsstand in bürgerlichen und peinlichen Sachen vor den Kreisgerichten.

d) Die Rechte der Siegelmäßigkeit mit der gesetzlichen Beschränkung im Hypothekewesen zu genießen.

e) Bei der Militärconscription das Recht, als Kadett einzutreten.

6) Die Reichsräthe, welchen vor allen Behörden das Prädicat Herr gegeben werden muß, und von denen die erblichen einen privilegierten Gerichtsstand vor den königlichen Appellationsgerichten genießen.

7) Die Geistlichen, die wirklichen Collegialräthe und höhern Beamten, welche den Vorzug des von den Landgerichten befreiten Gerichtsstandes, der Siegelmäßigkeit und der Auszeichnung bei der Militärconscription mit den Adeligen theilen.

8) Die Militärpersonen, welche in allen Dienst- und Strafsachen nur unter den Militärgerichten stehen⁵⁴).

53) Verordnung vom 31. Dec. 1806, 3. April 1807 und 25. Mai 1807 (Reg.-Bl. v. 1807. S. 193, 609 u. 889, 6. constitut. Ebt. §. 136. Gesetzbl. v. 1818. S. 274).

54) Gesetz über die Militärgerichtsbarkeit vom 15. Aug. 1828. (Gesetzbl. von 1828. S. 41).

9) Die Staatsdiener, deren Dienstverhältniß durch die (auf die geistlichen und Militärpersonen indeß nicht anwendbaren) Gesetze⁵⁵⁾ dergestalt festgestellt ist, daß ihre Anstellung nach Verlauf von 3 Jahren, während welcher sie provisorisch ist, den Character der Perpetuität erhält, ihre Entsetzung vom Amte nur in Folge eines rechtskräftigen richterlichen Erkenntnisses, ihre Versetzung in den Ruhestand oder ihre einfache Dimission mit Beibehaltung ihres Titels, aber nur gegen Ueberlassung einer vom Gesetze bestimmten Pension stattfinden kann, welche nach Maßgabe des Gehaltes regulirt wird. Dieser theilt sich in den Standes- und Dienstgehalt und wird, wenn die Ausscheidung dieser Bestandtheile weder im Anstellungsrescripte noch in allgemeinen organischen Institutionen ausgedrückt ist, dergestalt bemessen, daß der Standesgehalt je nach den Dienstjahren von 7 auf 9 Zehentheile des Gesamtgehaltes steigt. Vorstände, Råthe und Assessoren der sämtlichen Justizbehörden behalten im Falle der Quieszierung ihren vollen Gesamtgehalt, die Vorstände, Assessoren und Actuare der Landgerichte ihren fixen Geldgehalt. Nach 40 Dienst-, sowie nach 70 Lebensjahren kann jeder Staatsdiener seine Quiescenz verlangen, und behält im ersten Falle seinen Dienst-, im anderen seinen Gesamtgeldgehalt, allezeit aber den Titel und das Functionszeichen.

10) Der königliche Fiscus, der nur vor den Appellationsgerichten belangt werden kann.

IX. Die Wahl des Glaubensbekenntnisses und der Uebertritt von einer Kirche zur anderen ist jedem Staatsseintwohner unter gewissen Formen nach seiner eigenen freien Ueberzeugung überlassen. Eben so bestimmt bei gemischten Ehen die Uebereinkunft der Eltern die Religion der Kinder; außerdem folgen diese nach dem Geschlechte dem Glauben des Vaters oder der Mutter.

X. Die weltliche Regierung darf sich in rein geistlichen Gegenständen der Religionslehre und des Gewissens nur so weit einmischen, als das obersthöheitliche Schutz- und Aufsichtsrecht eintritt, in Folge dessen keine Verordnungen und Gesetze der Kirchengewalt ohne vorgängige Einsicht und das Placet des Königs verkündet und vollzogen werden dürfen. Dagegen sind die Kirchen und die Geistlichen in allen ihren bürgerlichen Handlungen und Beziehungen, sowie in Hinsicht des ihnen zustehenden Vermögens, desgleichen die Geistlichen in allen Criminalfällen den Staatsgesetzen und den weltlichen Gerichten untergeben⁵⁶⁾.

XI. Alle Gerichtsbarkeit geht vom König aus und wird unter seiner Oberaufsicht verwaltet. Die Gerichte sind innerhalb der Grenzen ihrer Gewalt unabhängig und können ohne Rechtspruch, und zwar vom ersten Augenblicke ihrer Ernennung an, weder ohne Gehalt entlassen, noch ihres Amtes entsetzt werden.

55) Dienstpragmatik vom 1. Jan. 1805 (Reg.-Bl. von 1805. S. 225) u. 9. constitut. Edict (Gesetzbl. von 1818. S. 333).

56) 2. constitut. Edict (Gesetzbl. von 1818. S. 149).

In Straffsachen kann der König die Strafe mildern oder erlassen, niemals aber eine anhängige Streitsache oder angefangene Untersuchung hemmen; doch darf in allen Straffsachen der Präsident des Criminalgerichtes, und bei öffentlichen Vergehen und Verbrechen der Fiscal, gegen das erstichterliche Urtheil das Rechtsmittel der Revision aller Erkenntnisse ergreifen.

Vermögensconfiscation hat nur im Falle der Desertion statt.

In allen streitigen Privatrechtsverhältnissen nimmt der königliche Fiscus bei den königlichen Gerichtshöfen Recht.

XII. Neben der stehenden Armee bestehen noch Reservebataillons und die Landwehr; letztere kann in Kriegszeiten nur innerhalb der Grenzen des Reiches in militärische Thätigkeit treten, in Friedenszeiten wirkt sie, insofern es erforderlich ist, zur Erhaltung der inneren Sicherheit mit.

Alle Militärpersonen stehen in allen Civilrechtsachen, sowohl den persönlichen, als dinglichen und gemischten, unter den Civilgerichten.

XIII. Die Stände des Reiches bestehen aus zwei Kammern, den Reichsräthen und den Abgeordneten. Erstere ist zusammengesetzt aus 1) den volljährigen Prinzen des königlichen Hauses, 2) dem Herzog von Leuchtenberg, 3) den Kronbeamten des Reiches, nämlich dem Kronobersthofmeister, dem Kronoberstkämmerer, dem Kronoberstmarshall und dem Kronoberstpostmeister, 4) den beiden Erzbischöfen, 5) den Häuptern der mediatisirten fürstlichen und gräflichen Familien, 6) einem vom Könige ernannten Bischof, und dem jedesmaligen Präsidenten des protestantischen Generalconsistoriums, 7) den vom Könige erblich oder lebenslänglich besonders ernannten Mitgliebern dieser Kammer, von denen letztere den dritten Theil der ersteren nicht übersteigen dürfen und die ersteren dem Adel angehören, das volle Staatsbürgerrecht und ein Fideicommiss oder Lehengut besitzen müssen, welches an Grund- und Dominicalsteuer auf eine einfache Steuer wenigstens 300 Gulden bezahlt, was dormalen einem Capitalwerthe von ungefähr 300,000 fl. gleichkommt.

Die Kammer der Abgeordneten bildet sich 1) aus den Besitzern eines Gutes mit grundherrlicher Gerichtsbarkeit, die nicht Sitz und Stimme in der ersten Kammer haben, 2) aus den Abgeordneten der drei Universitäten, 3) aus Geistlichen der katholischen und protestantischen Kirche, erstere zu zwei, letztere zu einem Dritttheile, 4) aus Abgeordneten der Städte und Märkte, 5) aus den Landeigenthümern ohne Gerichtsbarkeit, und es wird je auf 7000 Familien ein Abgeordneter gerechnet. Von dieser Zahl stellen die adeligen Gutsbesitzer $\frac{1}{4}$, die Geistlichen $\frac{1}{8}$, die Städte und Märkte $\frac{1}{4}$, die übrigen Landeigenthümer $\frac{1}{4}$ der Abgeordneten und jede der drei Universitäten ein Mitglied. Jeder Abgeordnete muß 30 Jahre alt, ein selbstständiger Staatsbürger sein, sich zu einer der recipirten christlichen Confessionen bekennen, den freien Genuß eines im betreffenden Bezirke gelegenen, seinen unabhängigen Unterhalt sichernden Vermögens (und zwar, was die Deputirten der Städte und Landeigenthümer betrifft, seit 3 Jahren, und von einem be-

stimmten Steuerwerthe) besitzen, und nie wegen Verbrechen oder Vergehen einer Specialuntersuchung unterlegen haben, wovon er nicht gänzlich freigesprochen worden ist. Alle Staats- und öffentlichen Diener bedürfen der königlichen Bewilligung zum Eintritt in die Kammer.

XIV. Zum Wirkungskreise der Ständeversammlung gehört:

1) ihr Rath und ihre Zustimmung zu neuen oder zur authentischen Erklärung oder Aufhebung schon bestehender, die Freiheit der Personen oder das Eigenthum betreffender Gesetze;

2) ihre Zustimmung zur Erhebung aller directen, sowie neuer indirecter Auflagen oder zur Erhöhung oder Veränderung der letzteren, zu welchem Ende ihnen das Budget zur Prüfung und Berathung über die zu erhebenden Steuern vorgelegt wird, an deren Bewilligung sie jedoch keine Bedingung knüpfen dürfen;

3) die Prüfung der Rechnungen über den gesammten Staatshaushalt;

4) die Gewährleistung der gesammten Staatsschuld und die Zustimmung zu jedem neuen Anleihen;

5) die Zustimmung zur Veräußerung allgemeiner Stiftungen oder zu deren Verwendung für andere, als ihre ursprünglichen Zwecke, sowie zur Verleihung von Domänen oder Renten für geleistete Dienste;

6) das Recht der Wünsche und Anträge sowohl über die zu ihrem Wirkungskreise gehörigen Gegenstände, als über die von einzelnen Staatsbürgern oder Gemeinden an sie gebrachten Beschwerden über Verletzung constitutioneller Rechte.

XV. Die Stände werden alle 3 Jahre zusammenberufen; der König kann sie aber vertagen oder auflösen, in welchem Falle wenigstens binnen 3 Monaten eine neue Wahl vorgenommen werden muß. — Den ersten Präsidenten der ersten Kammer ernennt der König nach seiner Wahl, den zweiten aus drei von der Kammer vorgeschlagenen Mitgliedern; die beiden Präsidenten der zweiten Kammer ernennt der König aus sechs von derselben gewählten Mitgliedern — in beiden Fällen werden nur für die Dauer der Sitzung. Die Secretäre beider Kammern werden von diesen frei gewählt.

XVI. Kein Mitglied der Ständeversammlung kann, den Fall der Ergreifung auf frischer That bei einem Verbrechen ausgenommen, während der Dauer der Sitzungen verhaftet oder für sein Votum in der Kammer anders als durch die Versammlung selbst zur Rede gestellt werden. Ferner darf kein Gegenstand, über den sich beide Kammern, welche nur vereint über die Gegenstände ihres Wirkens einen gültigen Beschluß fassen können, nicht vereinigen, in der nämlichen Sitzung zweimal zur Sprache gebracht werden.

XVII. Der König allein hat die Initiative zu Gesetzesvorschlägen, er allein sanctionirt die Gesetze und erläßt dieselben mit seiner Unterschrift. Seine Entschließung erfolgt auf alle an ihn gebrachten Anträge, und überhaupt über alle verhandelten Gegenstände zugleich in dem sogenannten Abschiede bei dem Schlusse der Versammlung.

XVIII. Bei dem Regierungsantritte beschwört der König die Verfassung, desgleichen die Prinzen des Hauses nach erlangter Volljährigkeit, ebenso alle Staatsbürger bei ihrer Ansfässigmachung und alle Staatsdiener bei ihrer Anstellung.

XIX. Die Minister und sämmtliche Staatsbeamte sind für die genaue Vollziehung der Verfassung verantwortlich.

XX. Die Stände haben das Recht der Beschwerde und der Anklage wegen verletzter Verfassung, über welche sodann die oberste Justizstelle entscheidet.

XXI. Anträge auf Abänderung der Verfassung können nur vom Könige an die Stände gebracht werden, und erfordern zu einem gültigen Beschlusse derselben die Gegenwart von Dreiviertheilen der bei der Versammlung anwesenden Mitglieder in jeder Kammer und eine Mehrheit von zwei Drittheilen der Stimmen.

XXII. In jedem Regierungsbezirke besteht außerdem noch ein Landrath, der sich alle Jahre einmal versammelt. Die Zahl seiner Mitglieder ist auf 24 bestimmt; sie werden aus der Classe der Gutsherren mit Gerichtsbarkeit, der Städte und Märkte, der Geistlichen und der Landeigenthümer ohne Gerichtsbarkeit von den Wahlmännern in doppelter Zahl gewählt, woraus der König die erforderliche Anzahl ernennet, und müssen wahlfähig zum Landtage, dürfen jedoch nicht zugleich Abgeordnete zur Ständeversammlung sein. Außerdem treten in den Kreisen, in welchen Standesherrn oder erbliche Reichsräthe als solche begütert sind, aus diesen Classen zwei Individuen in den Landrath und eben so in den Kreisen, wo die Hauptmasse der Realitäten einer Universitäts liegt, ein Mitglied derselben.

Die Dauer der Sitzungen des Landrathes, der seinen Präsidenten selbst wählt, ist auf 14 Tage beschränkt, und zu seinem Wirkungskreise gehört: 1) die Prüfung des Voranschlages aller von der Gesamtheit der Kreisbewohner zu tragenden und auf die Kreisfonds überwiesenen, besonderen nothwendigen und nützlichen Ausgaben⁵⁷⁾, 2) der Antrag auf Feststellung der zu ihrer Deckung erforderlichen Kreisumlagen, wofür der König ein Maximum bestimmt und deren Vertheilung, vorbehaltlich des Recurses an den Staatsrath, 3) die Prüfung der Rechnungen über diese Umlagen, 4) die Beschwerden über die Verwaltungsstelle, 5) die Anträge zur Abhilfe und Verbesserung von Gebrechen der Verwaltung, und 6) die Abgabe von Gutachten in allen Fällen, wo es auf königlichen Befehl verlangt wird⁵⁸⁾. —

Diese Verfassung nun wurde zwar im Allgemeinen für das ganze Königreich gegeben, für den Rheinkreis sind jedoch die mit den denselben garantirten Institutionen nicht vereinbarlichen Bestimmungen über die adeligen Fideicomisse, die Siegelmäßigkeit, die gutsherrlichen Rechte und Gerichtsbarkeit, die erblichen Reichsräthe, die mediatisirten Fürsten

57) Finanzgesetz vom 15. August 1828. Lit. III. (Gesetzblatt von 1828 S. 139 fig.)

58) Gesetz vom 15. Aug. 1828 (Gesetzbl. v. 1828. S. 49).

und Grafen, den befreiten Gerichtsstand, die Vorrechte des Adels und die Bildung der zweiten Kammer der Ständeversammlung hinsichtlich der adeligen Gutsbesitzer⁵⁹⁾. —

Für die Gemeinden, deren in Bayern 8184 bestehen und deren Organisation die Grundlage der repräsentativen Verfassung bildet, hat das Edict vom 17. Mai 1818 in den Kreisen diesseits des Rheines die Ordnung ihrer Verhältnisse zur eigenen Angelegenheit derselben gemacht, und ihnen auch formelle Selbstständigkeit und das Recht der Selbstregierung unter der Aufsicht der königlichen Behörden zurückgegeben.

Die Städte und größeren Märkte in jenen Kreisen üben dieses Recht durch einen von ihnen gewählten bürgerlichen Magistrat, durch Gemeindebevollmächtigte und durch die in größeren Städten denselben beigegebenen Districtsvorsteher; die Ruralgemeinden aber durch einen aus dem Gemeindevorstande, dem Gemeindepfleger, dem Stiftungspfleger und 3 bis 5 Gemeindebevollmächtigten bestehenden, durch freie Wahl gebildeten Gemeindevorstande aus. Wirkliche Mitglieder einer Gemeinde sind in der Regel nur diejenigen, welche in ihrem Bezirke ihren ständigen Wohnsitz aufgeschlagen oder daselbst ein häusliches Anwesen haben und dabei darin entweder besteuerte Gründe besitzen oder besteuerte Gewerbe ausüben. Mit königlicher Genehmigung können die Stadtmagistrate in besonderen Fällen auch anderen Personen das Bürgerrecht ertheilen.

Die Magistrate bestehen in den Städten der ersten Classe (von 2000 und mehr Familien) aus zwei, in denen der zweiten Classe (von 500 bis 1000 Familien) hingegen aus einem Bürgermeister, und mehreren theils rechtskundigen, theils bürgerlichen Magistratsräthen aus der Classe der gewerbetreibenden Bürger, nebst einem technischen Raurath, und in den Städten und Märkten der dritten Classe (unter 500 Familien) aus einem Bürgermeister, einem Stadt- oder Marktschreiber und einigen bürgerlichen Magistratsräthen, allenthalben mit dem erforderlichen Kanzleipersonale. Kleinere Städte und Märkte, die nie einen Magistrat hatten oder die Kosten dafür nicht bestreiten wollen oder können, werden den Ruralgemeinden beigezählt. Die rechtskundigen Bürgermeister und Magistratsräthe werden, wenn sie nach 3 Jahren wieder gewählt werden, definitiv, die bürgerlichen hingegen unterliegen aller 6 Jahre einer neuen Wahl. Alle werden von den Gemeindebevollmächtigten gewählt, bedürfen aber jedesmal der königlichen Bestätigung, und erhalten, die ersten eine fixe Besoldung mit Anspruch auf Pension, die letzteren einen auf die Dauer ihres Amtes beschränkten Functionsgehalt. Die Gemeindebevollmächtigten werden von den wahlfähigen Gemeindegliedern aus ein bis zwei Dritttheilen der Höchstbesteuerten auf 9 Jahre gewählt, ohne höherer Bestätigung zu bedürfen; die Districtsvor-

⁵⁹⁾ Verordnung vom 22. u. 24. Mai und 5. Oct. 1818 (Amtsbl. des Rheinkreises S. 717 u. 847).

stehet ernannt der Magistrat jedesmal auf 3 Jahre. Beide versehen ihr Amt unentgeltlich.

Die Competenz der Magistrate erstreckt sich auf die Beforgung aller Gemeindeangelegenheiten, namentlich die Verwaltung des Communal- und Localstiftungsvermögens, die Anordnung und Vertheilung der Gemeindeumlagen, die Aufnahme der Bürger und Schutzverwandten nebst deren Heurathsbewilligungen, die nur in besonderen Fällen der Staatsbehörde vorbehaltene Verleihung der Gewerbe, das gesammte städtische Bauwesen, die Leih-, Feuerlösch- und Beleuchtungsanstalten; auch nimmt er Antheil an dem Armen-, Kirchen- und Volksschulwesen, wofür besondere Behörden bestehen, und namentlich für Ersteres in allen Städten ein Armenpflugeschaftsrath⁶⁰⁾.

Die Gemeindebevollmächtigten sind die Controle des Magistrats, der sie in allen wichtigen Gemeindeangelegenheiten zu Rathe ziehen muß, und über dessen Verwaltung in allen ihren Theilen sie das Recht der Beschwerdeführung haben.

In den Ruralgemeinden besorgt der Gemeindeauschuß, bei welchem in der Regel der Ortschullehrer die Function des Gemeindefchreibers versieht, und dem in allen Gegenständen des Gemeinde-, Stiftungs-, und Schulwesens und der Armenpflege der Ortspfarrer bewohnt, die Gemeindeangelegenheiten. Er wird von der versammelten Gemeinde und zwar, was die Ortsvorsteher und Pfleger betrifft, aus zwei Dritttheilen der Höchstbesteuerten auf 3 Jahre gewählt, und von dem ihr vorgesetzten Land- oder gutsherrlichen Gerichte bestätigt, kann jedoch nach Ablauf dieser Zeit wieder gewählt werden. Sein Hauptgeschäft ist: die Verwaltung des Gemeinde- und, als Mitglied der alenthalben für sich besonders bestehenden Kirchenverwaltungen, auch des Localstiftungsvermögens, desgleichen die Ertheilung der Einwilligung für Aufnahme neuer Gemeindeglieder und Schutzverwandten, sowie zu deren Berechtigung, bei welcher er ein nur wenig beschränktes, fast absolutes Veto hat, ferner die Aufnahme der Dorf-, Flur- und Nachtwächter, die Armenpflege, das Bauwesen mit Bezugung eines Sachverständigen, die Mitaufsicht über das Schulwesen, die Regulirung und Vertheilung der Gemeinbedienste und Umlagen. Bei Erwerbungen, Vertheilungen und Veräußerungen von Gemeinderealkitäten und Renten, bei Regulirung von Gemeinbelasten, bei Aufnahme eines Passivcapitals für die Gemeinde und bei der Aufnahme neuer Ansiedler, sowie über die jährlich abzulegenden Gemeinde- und Stiftungsrechnungen muß die ganze Gemeinde vernommen und ihre Erklärung der vorgesetzten Behörde vorgelegt werden.

Neben diesen Functionen, welche sie bloß als Beamte der Gemeinden bekleiden und ausüben, ist sowohl den Magistraten in Städten und Märkten (mit Ausnahme der Residenzstadt, wo eine eigene königliche Polizeidirection besteht) die gesammte Localpolizei, als

60) Verordnung vom 17. November 1816 (Reg.-Bl. von 1816. St. 41). Gesetz vom 22. Juli 1819 (Gesetzbl. von 1819. S. 83 ff.).

Regierungsbeamten, als auch den Ausschüssen der Ruralgemeinden die Dorf- und Feldpolizei übertragen. Erstere wird in den größeren Städten mit oder ohne Beigeung und Controle von königl. Stadtkommissären, unter der unmittelbaren oberen Leitung und Respicirung der Kreisregierung, in den kleineren Städten, Märkten und Ruralgemeinden aber unter der speciellen Aufsicht und theilweisen Mitwirkung der Land- und Patrimonialgerichte nach den Landesgesetzen und königl. Verordnungen verwaltet.

Die Curatel über die sämmtlichen Gemeindeverwaltungen, sowie die Revision und Vorbescheidung ihrer Rechnungen wird von dem Ministerium des Innern und unter dessen oberster Leitung von den Kreisregierungen theils unmittelbar, wie in den größeren Städten, theils mittelbar durch das Organ der Land- und Patrimonialgerichte geübt. Die Gemeinden bedürfen nämlich die Genehmigung der Staatsbehörden zu allen lästigen Verträgen, deren Object den Werth von 1000 fl. übersteigt, zu allen Rechtsgeschäften mit nahen Verwandten und Verschwägerten der Magistratsglieder, zu Neubauten, zur Führung eines Rechtsstreites und zur Anordnung neuer Gemeinbedienste und Umlagen. Auch ist zu bemerken, daß die einem gutherrlichen Gerichte untergebenen Gemeinden in einigen Puncten eine etwas beschränktere Wirksamkeit haben, als die den königlichen Behörden unmittelbar untergebenen.

Gemeindetheilungen finden nur mit höherer Curatelgenehmigung, und bloß wegen nachgewiesenen überwiegenden Vortheiles für die Gemeinde statt, und zwar nur mit Zustimmung von drei Viertheilen der wirklichen Glieder der Gesamtgemeinde, unter welchen drei Viertel die Größerbegüterten und Schäfereiberechtigten begriffen sein müssen⁶¹).

In den 754 Gemeinden der Pfalz besteht noch die frühere französische Verfassung und Verwaltung: den Gemeinden stehen zwar Bürgermeister vor, welchen Adjuncten und Gemeinderäthe beigegeben und Gemeindevorsteher untergeordnet sind, aber sie werden von den Gemeinden nicht gewählt, sondern auf bloßen Vorschlag von der Regierung nach Gutdünken ernannt und entlassen. Sie sind durchaus Beamte der Regierung und nicht der Gemeinde, und führen ihr Amt auf eigene Verantwortlichkeit. Die Thätigkeit des Gemeinderathes ist auf die Controle der Rechnungsrevision und auf die Vorschläge zu den Gemeinbediensten, die der Bürgermeister aber durch die oberen Staatsbehörden sehr beschränkt⁶²). —

61) Gemeindeedict vom 17. Mai, und Wahlordnung vom 5. Aug. 1808 (Gesetzblatt von 1818. S. 49 fg. u. 477 fg.), ferner auch 4. u. 6. constitut. Edict vom 26. Mai 1818 (Gesetzblatt von 1818. S. 189 fg. und 221 fg. Gesetzblatt vom 1. Juli 1834. Gesetzbl. von 1834. S. 109 fg. u. 133 fg.).

62) Man sehe über diese Materien Schunk, Staatsrecht des Königreichs Bayern, 1824. 8. 1. Theil. v. Dresch, bayer'sches Staatsrecht, 2. Auflage, 1835. 8. Kubhart, über den Zustand des Königreichs Bayern, 1825 bis 1827. 3. Bde 8. Klüber, Quellenammlung zu dem öffentlichen Rechte

Um nun den Rechtszustand Bayerns in allen seinen Beziehungen kennen zu lernen, muß hier auch kurz der Verhältnisse der Juden gedacht werden.

Die Seelenzahl der Juden beläuft sich jetzt auf ungefähr 55,000, deren Verhältnisse in den Kreisen diesseits des Rheines hauptsächlich durch das Edict vom 10. Juni 1813 geregelt sind⁶³). Sie haben das volle Staatsbürgerrecht nicht, können daher auch nicht in den Civilstaatsdienst eintreten, wohl aber im Militär Officierstellen erhalten. Sie müssen den durch die Verfassung vorgeschriebenen Unterthaneneid schwören und bleibende Familiennamen annehmen; ihre Familienzahl soll nicht vermehrt werden, und die Einwanderung fremder Juden, sowie die Ansässigmachung inländischer an Orten, wo bisher noch keine waren, ist untersagt. Sie sind ferner zu allen bürgerlichen Nahrungszweigen und Gewerben (Brauereien, Schenk- und Gastwirthschaften, sowie den Haushandel ausgenommen) befähigt; doch können sie weder ein Obereigenthum, das von dem nutzbaren getrennt ist, noch gutsherrliche Rechte erwerben, eben so wenig (außer bei öffentlichen Versteigerungen und iure delendi) Häuser und liegende Gründe zur Speculation, zum Wiederverkauf oder zur Verpachtung, und namentlich sind ihnen die Gutszertrümmerungen verboten, und in der Residenzstadt bedürfen sie zum Kauf von Häusern noch überdies die königliche Genehmigung. Die Judentcorporationen sind aufgelöst und die Judenfamilien den Gemeinden da, wo sie wohnen, einverleibt, wo sie denn auch die vollen Rechte der Gemeindeglieder genießen, den Anspruch auf Gemeindegämter ausgenommen.

Das für die Pfalz geltende französische Decret vom 17. März 1808 schreibt mancherlei Formen zur Sicherung gegen jüdischen Wucher bei Verträgen vor, bedingt die Ertheilung von Handelspatenten durch Sittenzeugnisse und beschränkt die Niederlassung der Juden allenthalben, außer wenn sie auf Feldbau geschieht.

Die Judenschutzgelder, welche die Juden früher allenthalben bezahlen mußten, bestehen noch in einigen standesherrlichen Gebieten, und werden auch in manchen Landestheilen, wenn schon andere und meistens unter dem Namen „Herbergsgelder“ von anderen Gutsherrn erhoben. —

Was nun die bauerlichen Verhältnisse betrifft, so bemerken wir zuvörderst, daß im Allgemeinen in allen sieben älteren Kreisen das

des deutschen Bundes, 1830—1833. 8. v. Mayer, corpus iuris conf. germ. v. 1820—1828. 8. v. Dresch, Abhandlungen über Gegenstände des öffentlichen Rechtes, 1830. 8. v. Kreitmayer's und v. Mayer's Generalien-Sammlungen, 10 Bde Fol. 1771—1802. Ferner die Sammlungen von Goret, Dörner, Döllinger, Stademann und Christlieb.

63) Reg.-Bl. von 1813. S. 921 fg. R. s. auch die Verordnung vom 4. Aug. 1807 im Reg.-Bl. von 1807 S. 1329, der Verfassungsurkunde von 26. Mai 1818. Tit. IV. §. 9, Gesetz v. 11. Sept. 1825 (Gesetzbl. v. 1825. S. 79. Reg.-Bl. von 1816. S. 476. u. 1818. S. 932. v. 1814. S. 706 u. 891. Gesetzbl. von 1819. S. 42.)

Princip der Gebundenheit der Güter vorherrschend ist, daß aber die Gutszertrümmerungen, wenn darum angesucht wird, durch die Verordnungen vom 11. April, 10. Juni 1803 und 27. Febr. 1805 keine besonderen Schwierigkeiten, sondern vielmehr Aufmunterung finden⁶⁴), so daß früher jährlich eine zuweilen in die Hunderte gehende Anzahl solcher Gesuche vorgekommen ist, deren Bewilligung in der Hauptsache nur durch die gleichzeitige Vertheilung der grundherrlichen Lasten und durch die Verpflichtung bedingt wird, den neuen Gutskörper so zu bilden, daß er eine Mannsnahrung gebe. Seltener als in den anderen Provinzen sind diese Zertrümmerungen in dem alten Bayern und der Oberpfalz, ob es gleich daselbst Güter von 200 bis 400 Morgen Landes an Aekern und Wiesen gibt; am häufigsten finden sie in Franken statt.

Fast alles Grundeigenthum auf dem Lande dießseits des Rheines, das zu den adeligen Gutscomplexen gehörige ausgenommen, sowie auch vieles den Städten und Märkten angehörige, steht in gutsherrlichem Verbände, und folglich im Obergenthume des Staates, der Stiftungen und der Privaten. Die ganz freieigenen, unbelasteten Güter sind verhältnißmäßig die wenigsten, die verschiedenen Gattungen der Grundbarkeiten aber folgende:

1) Herrngunst oder Freistift, wo es dem Obergenthümer oder Grundherrn freisteht, den Debauer des Gutes alle Jahre davon zu entfernen (abzustiften);

2) Leibrecht, wo das Recht auf die Lebenszeit (den Leib) des Anbauers beschränkt ist;

3) Neustift, wo der Besitz auf die Erben des Anbauers übergeht, aber mit dem Tode des Grundherrn erlischt;

4) Erbrecht (die eigentliche emphyteusis), wo das Gut von den Grundholden unabhängig von einer Person und nur mit der Verpflichtung zur Entrichtung von Handlohn (laudemium) bei Besitzveränderungen und anderen Gaben besessen wird;

5) Boden- oder Grundzins, wo der Inhaber von dem Gute nur einen Zins bezahlt, sonst aber dasselbe völlig frei besitzt; dieser Zins ist gewöhnlich der Betrag der Interessen von dem unbezahlten Theile des ersten Kaufpreises, und wird theils in einer fixen Summe, theils in Getreide nach einem bestimmten Anschlage (Kornbodenzins) entrichtet;

6) Lehen im gewöhnlichen Sinne des Wortes, von welchen aber, wie oben angeführt ist, alle Privatlehen bis auf die standesherrlichen aufgehoben sind. Die Strafe der Caducität, welcher nach den verschiedenen Provinzialgesetzgebungen die Grundholden mehr oder weniger unterlagen, wurde durch die Verfassung gänzlich abgeschafft, desgleichen jedes aus der Leibeigenschaft herrührende persönliche Gefäll. Auch ist das Executions- und Pfändungsrecht der Grundherren für Gerichtstaren

64) Regierungsbblatt von 1805. S. 465, 941. v. 1803. S. 116, 223. v. 1817. S. 820.

und liquide Grundabgaben nur auf diese im engeren Sinne des Wortes beschränkt, und deren modus zum Schutze der Grundholden genau bezeichnet; auch erstreckt sich dasselbe weder auf Naturalfrohnem noch auf Leudemien und Bodenzinse⁶⁵).

In Ober- und Niederbayern, desgleichen in der oberen Pfalz und in Schwaben, findet man alle oben angeführten Formen der Grundbarkeit und namentlich in Oberbayern und Schwaben mehr als irgendwo auf Leibrecht verliehene Güter; in den drei fränkischen Kreisen hingegen kennt man neben den freieigenen Gütern fast nur erbrechtbare und zinspflichtige; freies Eigenthum beträgt in den letzteren kaum $\frac{1}{2}$, in den ersteren ungefähr nur $\frac{1}{3}$ des Ganzen.

In der Pfalz hingegen ist das freie Eigenthum die Regel; einige erbrechtbare und Zinsgüter haben sich indes trotz der Revolution doch bis jetzt erhalten, weil die darauf radicirten Abgaben an den Grundherren nicht unter die Feudallasten im eigentlichen Sinne gehören. Die vorzüglichsten grundherrlichen Renten bestehen hauptsächlich in Geldstiften, Wein- und Getreidegülden, Vogteihaber, Grundzinsen, Ländereien, Mortuarien, Frohnem und dem sogenannten Ruchendiensten, z. B. Fasnmachehennen, Schmalz u. s. w., welche indes, so weit sie dem Staate gehören, zum Besten der Grundholden sämmtlich für ablösbar erklärt sind. Hierzu war schon theilweise unter der Regierung Carl Theodor's durch die (in der Folge wieder sistirte, obgleich höchst wohlthätige) Einführung der sogenannten Meierschaftsfristen in der Art der Anfang gemacht worden, daß die Leudemien in einen jährlichen, dem zwanzigsten Theile derselben gleichkommenden Canon verwanbelt werden konnten. Unter der vorigen Regierung aber erschienen vom Jahre 1808 an mehrere die Ablösung der grundherrlichen Abgaben begünstigende Verordnungen⁶⁶), welche zugleich den Maßstab derselben festsetzten. Die neuesten, umfassenden und allgemeinen Normen für diese Operation und auf alle fixen Staatsgrundrenten erstreckt, enthalten indes erst die Verordnungen vom 8. Febr. 1825 und 18. Febr. 1826⁶⁷).

Gleiche Berechtigung zur Ablösung ist auch für die dem Staate gehörigen Lehnen gegeben, welche jedoch vorher fixirt werden mußten. Die Fixirung kann indes auch ohne Ablösung geschehen, und hat, seit dem Jahre 1825 begonnen, schon große Fortschritte gemacht, sowie denn auch die Ablösung der Frohnem und Ländereien mehr, als man erwarten durfte, vorwärts schreitet. Hingegen ist die Ablösung der den Stiftungen, Standesherrn und anderen Privaten gehörigen grundherrlichen Gefälle schon im Principe von der freien Uebereinkunft und Zustimmung beider Interessenten, des Grundherren und der Grundholden, abhängig und mithin, Lehentfixirungen und Reluktion von Frohnem aus-

65) 6. constitut. Edict §. 16. (Gesetzbl. von 1818. S. 225.)

66) Man sehe die Register über die Verordnungen von Schraml und Döllinger.

67) Regierungsblatt von 1825. S. 100. von 1826. S. 257.

genommen, bisher nur in seltenen Fällen zu Stande gekommen, ob sie gleich in der Regel nicht im Interesse der Gutsherren liegt.

Bei dieser Gelegenheit darf nicht unbemerkt bleiben, daß in den sämtlichen Landestheilen des Königreichs Bayern die verschiedenen Arten und Benennungen nur allein der Geldgrundgefälle die Zahl von 375 erreicht, ohne die Naturalabgaben zu rechnen, die außer Getreide und Wein in den verschiedenartigsten Gattungen von Früchten aller Art, Thieren und Producten zum Gebrauche für die Küche bestehen⁶⁸). —

Was nun die Staatsverwaltung des Königreichs Bayern betrifft, so ist dieses in 8 Kreise getheilt, welche unterm 1. Dec. 1837 folgende Benennungen erhielten: 1) Oberbayern, 2) Niederbayern, 3) Oberpfalz mit Regensburg, 4) Schwaben mit Neuburg, 5) Oberfranken, 6) Mittelfranken, 7) Unterfranken, 8) Pfalz, und deren Hauptstädte nunmehr München, Landshut, Regensburg, Augsburg, Baireuth, Ansbach, Würzburg und Speier sind, in deren jeder eine Kreisregierung ihren Sitz hat.

Die oberste Leitung der gesammten Verwaltung, sowie die oberste Aufsicht darüber und über die Vollziehung der Gesetze und Verordnungen ist fünf Ministerien, nämlich dem der auswärtigen Verhältnisse und des königlichen Hauses, der Justiz, des Innern, der Finanzen und des Krieges übertragen, deren jedes aus einem Minister als Vorstand, mehreren Ministerialrätthen, jedoch nur mit beratender Stimme, und dem erforderlichen Kanzleipersonale besteht⁶⁹).

Im Allgemeinen ist zu bemerken, daß alle Minister in der Regel über die der königlichen Genehmigung und Entscheidung unterliegenden Geschäfte dem Könige schriftliche Vorträge erstatten müssen, welche er entweder unmittelbar selbst oder durch seinen Cabinetssecretär, jedoch immer nach seiner Anordnung und unter seiner Unterschrift, erledigen läßt.

Uebrigens steht jedem Minister die unmittelbare Verfügung über die ihm zugewiesenen Etatssummen zu, welche jährlich innerhalb der Grenzen des Finanzgesetzes in einer Ministerialconferenz berathen und unter königlicher besonderer Genehmigung festgestellt werden, und für deren Einhaltung jeder Minister persönlich verantwortlich ist. Ferner hat jeder Minister den Vorschlag zu allen auf sein besonderes Ressort Bezug habenden Gesetzen und Verordnungen, Ernennungen, Beförderungen, Versetzungen und Entlassungen, sowie die selbstständige Anordnung aller zum Behufe der Vollziehung erforderlichen Maßregeln, und er hat die Verbindlichkeit, dem Könige am Ende jedes Verwaltungsjahres einen umfassenden Rechenschaftsbericht über den Zustand der Verwaltung seines Ministeriums und der dazu gehörigen Zweige, insbesondere über den Vollzug allgemeiner Anordnungen zu erstatten.

Zu dem Geschäftskreise des Ministeriums der auswärtigen Verhältnisse und des königl. Hauses gehören: alle Ge-

68) Man sehe Rudhart über den Zustand Bayerns, 2 Theile Weil. 83 und S. 62.

69) Verordnung vom 9. Dec. 1825 (Reg.-Bl. v. 1825. S. 977 fig.).

schäfte mit auswärtigen Staaten nebst den Angelegenheiten des teutschen Bundes, alle Ordenssachen, die Adelsverleihungen und der Vortrag im Staatsrathe über Indigenatsertheilungen, die Thronlehen, die das Privatfürstenrecht und die Familienverträge im königl. Hause betreffenden Gegenstände, das Postwesen, das Staats- und Hausarchiv, die Pässe in das Ausland, die Beglaubigung aller daselbst gültig sein sollenden Acte, die Ausfertigung der königl. Autorisation zur Annahme fremder Auszeichnungen.

Dem Ministerium der Justiz ist zugewiesen: die Oberaufsicht über die gesammte Justizverwaltung und alle hohen und niederen, unmittelbaren und mittelbaren Gerichtsbehörden in Hinsicht auf Geschäftsführung, desgleichen über alle gerichtliche Haupt- und Nebenpersonen, über die Gefängnisse, die Anträge an den König über Begnadigung und Strafnachlässe, Großjährigkeitserklärungen, Legitimationen und Adoptionen, Moratorien, Rehabilitationen und rechtliche Dispensen, über bürgerliche und peinliche Gesetzgebung, die Entscheidung der Kompetenzconflicte zwischen Gerichtsbehörden und die Oberaufsicht über standesherrliche Vormundschaftssachen, desgleichen ist der Justizminister Mitglied des königl. Familienrathes und präsidiert als Großerichter das in peinlichen Fällen den Standesherrn verfassungsmäßig zukommende Auftragsgericht in zweiter und letzter Instanz.

Zum Ministerium des Innern gehören alle Angelegenheiten der Religion und Kirche mit der Handhabung des *iuris circa sacra*, das gesammte Schulwesen mit allen Anstalten für Wissenschaft und Kunst, nebst der obersten Curatel über sämmtliche Stiftungen und Gemeinden, ferner alle Gegenstände des inneren Staatsrechtes und der Landeshoheit, die Auswanderungen und Vermögensexportationen, die Landwehrconscription, die Verpflegung der im Marsch befindlichen inländischen Truppen, die Vertheilung und Veräquation der Kriegslasten, die gesammte Staats- und Landespolizei mit dem Medicinalwesen, den Spitalern und Armenanstalten, die Gendarmerie hinsichtlich ihrer polizeilichen Einrichtungen, die Censur, das gesammte Wasser-, Straßen- und Landbauwesen, die Aufsicht über das Reichsarchiv und deren Filiale, alle Gegenstände der Credit- und Assuranzanstalten, der Agri-cultur, der Fabriken, Manufacturen und des Handels zugleich mit dem Finanzministerium, die Erledigung der Kompetenzconflicte zwischen den Stellen und Behörden des inneren zu seinem Ressort gehörigen Dienstes.

Diesem Ministerium sind als Theile desselben beigegeben: eine besondere Section für Cultus und Unterricht mit mehreren Oberkirchen- und Schulrathen, von denen einer protestantischer Confession sein muß; ferner die oberste Baubehörde mit einem Vorstande, einigen Oberbaurathen und einem Oberingenieur, und sodann ein Obermedicinalauschuß mit einem Obermedicinalrathe als Vorstand und mehreren Aerzten als Beisitzern, welchem die Medicinalcomites in München und Bamberg unmittelbar untergeordnet sind.

Dem Finanzministerium ist die Erhaltung und Verwaltung des gesammten Staatsvermögens, aller directen und indirecten Auslagen, Regalien und Domänen nebst der obersten Leitung des Lehenwesens mit Ausnahme der Thronlehen, ferner des Staatsschulden Tilgungswesens und der Verwaltung der fiscalischen (Differenzen mit auswärtigen Mächten nicht berührenden) Interessen, wofür ihm zwei Kronanwalte beigegeben sind; sodann die Aufsicht über das ganze Rechnungswesen und die Bearbeitung des Budgets für jede Finanzperiode; für die oberste Leitung der Forstverwaltung ist diesem Ministerium ein Oberforstrath mit dem nöthigen Hilfspersonale beigeordnet, und das Aufschlagswesen wird daselbst von drei Obergaufschlagsinspectoren respicirt.

Das in sechs Sectionen abgetheilte Kriegsministerium ⁷⁰⁾ hat die oberste Leitung der gesammten Dienstbehörden der Armee, ihrer Aufstellung, Kleidung, Bewaffnung, Bildung und Verpflegung, ihrer Bewegungen und Verwendung, ihr Sanitätswesen, ihre Disciplin, und auch die Landwehr, wenn sie sich unter den Waffen befindet, ferner die oberste Aufsicht über die Militärgerichte und über das Salpeterwesen und die Pulverfabrication, die Administrations- und Confiscationsgegenstände, und alle zur Armee gehörigen Wohlthätigkeitsanstalten, sowie die oberste Leitung der Militärhauptcasse des topographischen Büreaus und des Cadetencorps, nebst allen Militär- und Festungsbauten. Sowohl die Vorstände als die Referenten der Sectionen sind, namentlich für die rein militärischen und technischen Geschäfte, active, daselbst nur functionirende Militärs (man sehe das Hof- und Staatshandbuch des Königreichs Bayern, München 1835. 8.).

Ueber den Ministerien steht der Staatsrath, ohne jedoch an der Verwaltung selbst Antheil zu nehmen, indem er für diese nur die oberste beratende Stelle ist, mit welcher der König in den wichtigsten Angelegenheiten unmittelbar in Berathung tritt, welcher indeß aber auch in einigen bestimmten Fällen der Administrativjustiz die höchste erkennende Instanz theils unmittelbar, theils mittelbar durch einen aus seiner Mitte vom König ernannten Ausschuss bildet ⁷¹⁾.

Der Staatsrath besteht, unter der unmittelbar obersten Leitung des Königs, aus dem Kronprinzen, sobald dieser volljährig geworden ist, aus den volljährigen nachgeborenen Prinzen, welche von dem König in denselben gerufen werden, ferner aus den activen Ministern mit Portefeuilles und dem Feldmarschall, sechs von dem Könige ernannten Staatsrathen, einem Generalsecretär und dem erforderlichen Ganzeipersonale. Außer diesen sechs ordentlichen ernennt der König auch Staatsräthe in außerordentlichem Dienst, welche gewöhnlich noch andere höhere Stellen bekleiden und zuweilen temporär zur Theilnahme an den Geschäften dieser Stelle einberufen werden. Den Vorsitz im Staatsrathe

70) Verordnung vom 26. März 1826 (Reg.-Bl. von 1826. S. 345).

71) Verordnung vom 18. Nov. 1825 (Reg.-Bl. von 1825. S. 865 fig.).

führt der König, und in seiner Abwesenheit der älteste Minister, wenn er keinen anderen dazu bestimmt; den Ausschuss präsidiert der älteste Staatsrath. Alle Beschlüsse des Staatsrathes werden unter der Unterschrift des Königs ausgefertigt.

Unmittelbar unter den einschlägigen Ministerien stehen die Centralstellen für einige technische Verwaltungszweige, deren ganzes, auch für den äußeren Dienst verwendetes Personal daher auch denselben allein untergeordnet ist, und welche mit einem Vorstande nebst mehreren Räten und Assessoren besetzt sind und von den Kreisregierungen ganz unabhängig bestehen.

Es sind dies:

1) Die Generalpostadministration, welcher die fünf Oberpostämter nebst einem Immediatpostamte (in Speier), jenen aber wieder die Postämter, Postverwaltungen und Postexpeditionen ihres Bezirkes untergeordnet sind.

2) Der oberste Rechnungshof und die Rechnungskammer ⁷²⁾.

3) Die Generalbergwerks- und Salinenadministration, welcher die verschiedenen Berg- und Hüttenämter unter ihren Bergmeistern, sowie die Salzämter unter ihren Salineninspectoren, desgleichen die Porzellanmanufactur in Nymphenburg untergeben sind.

4) Das Hauptmünzamt.

5) Die Generalzolladministration mit den ihr untergeordneten Oberinspectoren, Controleurs und Verwaltern ⁷³⁾.

6) Die Staatsschuldentilgungskommission, welcher zwei Fiscals beigegeben und die Haupt-, sowie die Pensionsamortisationscasse und fünf Specialcassen nebst der Administration der Staatsgüter in Schlessien und Polen untergeben sind.

7) Die Steuercatastercommission nebst ihrem technischen Personal.

8) Die Generallottoadministration sammt ihren untergeordneten Aemtern, Büreaus und Collecten.

9) Das Hauptstempelamt.

10) Die Staatsgüteradministration nebst der damit verbundenen landwirthschaftlichen Lehranstalt in Schleißheim.

11) Die Militärfondscommission, welche die Militär-, Wittwen-, Waisen- und Unterstützungscassen verwaltet, und bei welcher zwei Auditor als Fiscalbeamte functioniren.

Recurse an das Cabinet des Königs finden in Justiz- und anderen in den gesetzlichen Instanzen rechtskräftig abgeurtheilten Sachen nicht statt, auch sollen sonst die geeigneten Mittelstellen, bloße Gnaden sachen ausgenommen, nicht übergangen werden ⁷⁴⁾.

72) Verordnung vom 2. Febr. 1826 (Reg.-Bl. von 1836. S. 169).

73) Man s. die Zollordnungen von 1827, 1831, 1834, 1837 in den Gesetz- und Regierungsblättern dieser Jahre.

74) Verordnung vom 25. Nov. 1825 (Reg.-Bl. von 1825. S. 905). M.

Für jeden der acht Kreise des Königreichs bilden die Kreisregierungen die oberste Verwaltungsstellen und sind die vollziehenden Organe der Staatsministerien des Aeußern, des Innern und der Finanzen in Beziehung auf alle diejenigen Theile der Staatsverwaltung und inneren öffentlichen Angelegenheiten, welche zu dem Geschäftskreise der genannten Ministerien gehören und nicht besonderen Centralstellen und deren Unterbehörden übertragen sind.

Sie haben daher, mit Ausnahme weniger bestimmter Fälle, die Befugniß, in allen Gegenständen des Vollzuges und der durch die Gesetze denselben zugewiesenen Entscheidungen streitiger Fälle aus eigener Competenz und ohne weitere Anfrage selbstständig zu handeln und zu verfügen.

Sie theilen sich in die Kammer des Innern und die Kammer der Finanzen, deren jede einen besonderen Director, vier bis sechs Räte und Assessoren hat, welche aber beide einem und demselben Präsidenten untergeordnet sind. Außerdem sind ihnen noch beigegeben, und zwar der Kammer des Innern, ein Medicinalrath und ein Kreisbaurath mit den erforderlichen Kreisingenieurs, der Kammer der Finanzen aber zur Führung der fiscalischen Prozesse, mit Ausnahme der der Schulden Tilgungsanstalt zugewiesenen, und unter der obersten Leitung des Finanzministeriums ein Fiscalrath, ein oder mehrere Fiscaladjuncten, wovon in jedem Kreise am Sitze des Appellationsgerichtes einer wohnen muß⁷⁵⁾, ein Kreisforstrath, ein oder zwei Forstinspectoren und die nöthige Zahl Rechnungscommissäre. Die Kanzlei, mit Ausnahme der Secretärs und Registratoren, ist für beide Kammern gemeinschaftlich⁷⁶⁾.

Für die Handhabung der Medicinalpolizei und der Ausübung der medicina forensis ist in jedem Gerichtsbezirke ein Arzt mit Gehalt angestellt, dem auch die Behandlung der Armen obliegt⁷⁷⁾.

Der äußere Dienst im Straßen-, Wasser- und Landbauwesen wird von Bezirksingenieurs und Bauconducteurs besorgt⁷⁸⁾, und bei der Forstverwaltung von Forstmeistern und Revierförstern.

Für das Aufschlagsgefäll ist in jedem Kreise ein Oberaufschläger angestellt, dem wieder in jedem Bezirke Unteraufschläger subordinirt sind.

Zur polizeilichen Detention bestehen mehrere Zwangsarbeits- und Correctionshäuser.

f. auch die früheren Verordnungen vom 26. März 1801, 22. Oct. 1808 und 23. April 1811 (Reg.-Bl. von 1801. S. 352. von 1808. S. 2581. v. 1811. S. 537.

75) Verordnung v. 25. Nov. 1825 (Reg.-Bl. v. 1825. S. 421).

76) Verordnung v. 17. Dec. 1825 (Reg.-Bl. v. 1825. S. 1049 flg.), Verordnung v. 29. Dec. 1837 (Reg.-Bl. v. 1837. S. 785 flg.).

77) Verordnung v. 25. Oct. 1803 und 2. Febr. 1804 (Reg.-Bl. v. 1803 S. 912 flg. v. 1804 S. 195 flg.).

78) Verordnung v. 26. Dec. 1825 (Reg.-Bl. v. 1826. S. 25 flg.).

Die Regierungs- und Justizkanzleien der Standesherrn bilden da, wo sie verfassungsmäßig bestehen können in der Regel für alle Gegenstände der Polizei und inneren Verwaltung, welche zum Wirkungsbereiche der Kreisregierungen gehören, die zweite Instanz. Von ihrem Ressort sind jedoch ausgenommen und ausschließlich zur Competenz der königl. Regierungen gehörig: alle Territorial- und Landeshoheitsfachen, Militärangelegenheiten, die Conscription, Straßen-, Brücken- und Wasserbauten, Brandassurancesachen, die Concursprüfungen und alle öffentlichen Anstalten des Kreises, sowie die Bewilligung von Jahrmärkten⁷⁹⁾. Für die Verwaltung der gutherrlichen Gefälle und Renten sind die Standesherrn ermächtigt, ein eigenes Collegium unter dem Namen Domänenkanzlei zu errichten.

Das Kirchenregiment steht in der katholischen, ungefähr $\frac{1}{3}$ der Gesamtbevölkerung und 2512 Pfarreien enthaltenden, Kirche den zwei Erzbischöfen in München und Bamberg und ihren Suffraganen, den Bischöfen von Regensburg, Augsburg, Passau, Bamberg, Würzburg und Speier zu, in der in 1036 Pfarreien abgetheilten evangelischen hingegen, und zwar unter der obersten Aufsicht des hierzu mit einem Rathe protestantischer Religion versehenen Ministeriums des Innern, dem Oberconsistorium, bestehend aus einem Präsidenten, mehreren geistlichen Räten und einem weltlichen, und unter demselben den drei Consistorien in Ansbach, Batreuth und Speier zu, welche mit einem Director und mehreren geistlichen und weltlichen Räten besetzt, und deren Organe die Decanate sind⁸⁰⁾.

Der Anstalten für Wissenschaft und Kunst sind in Bayern, außer den drei Universitäten, den beiden Academien der Wissenschaften und Künste⁸¹⁾, den Lyceen, Seminarien, Gymnasien, lateinischen und polytechnischen Schulen, noch so viele, daß hier zu deren vollständiger Aufzählung der Raum gebricht. (Speciell sind sie mit ihrem Personal angezeigt in dem Staatshandbuche für Bayern 1835. S. 319—402.)—

Unter der obersten Aufsicht und Leitung der Kreisregierungen ist die unmittelbare Vollziehung der Gesetze und Verordnungen in Gegenständen der inneren Verwaltung und Polizei, sowie das Detail derselben, und in der Regel auch die Entscheidung der administrativ-contentiosen Sachen in erster Instanz, neben der Civil- und strafrechtlichen Justizpflege (wovon weiter unten die Rede sein wird) den Landgerichten übertragen, welche deshalb und wegen ihrer unmittelbaren Berührung mit dem Volke den eigentlichen Nerv der Regierungsgewalt bilden, und als ihre Hauptstützen zu betrachten sind.

Nur in den Städten erster und, wo ein Stadtcommissär angestellt ist, auch zweiter Classe haben die Magistrate in ihren Bezirken in po-

79) 4. constitut. Edict vom 26. Mai 1818 (Gesetzblatt von 1818. S. 189 fig.).

80) 2. constitut. Edict sammt dessen 2 Anhängen v. 26. Mai 1818 (Gesetzbl. v. 1818. S. 140 fig., 397 fig. u. 437 fig.).

81) Man sehe deren Constitutionsurkunde in dem Reg.-Bl. v. 1807. S. 1201. v. 1812. S. 1718. u. v. 1808. S. 1049.

lizeilicher Beziehung gleiche Functionen mit den Landgerichten, in allen anderen Städten und Märkten zweiter und dritter Classe wird sie von jenen nur unter specieller Aufsicht und Leitung der Landgerichte, auf dem Lande hingegen von diesen allein mit Uebertragung einiger bestimmter Functionen an die Gemeindevorsteher ausgeübt (m. s. das oben klagirte Gemeindeedict von 1818).

Gleiche Competenz mit den Landgerichten haben in dieser Hinsicht in ihren Districten auch die standes- und gutsherrlichen Herrschaftsgerichte; die Patrimonialgerichte erster und zweiter Classe aber sind auf die niedere örtliche Polizei beschränkt, und auch da noch mit Ausnahme der streitigen Polizei-, Cultur- und Gewerbsgegenstände, oder wo es sich um Gemeinderecht und Concurrenzen, oder Privatgenugthuung handelt, oder wo die Thatsache der Uebertretung noch eines Beweises bedarf — welches Alles vor die Landgerichte gehört (m. sehe das 6. constitutionelle Edict und das Gemeindeedict v. 1818).

Alle Landgerichte sind in der Regel mit einem Landrichter, und die meisten noch überdies mit zwei Assessoren, in den größeren Aemtern von 20—30,000 Seelen zuweilen auch noch mit einem Actuar, in Franken an einigen Orten statt der Assessoren mit einem Civil- oder Criminaladjuncten oder mit beiden zugleich, in mehreren anderen von geringerer Volkszahl blos mit einem Actuar, und in wenigen kleinen, neben dem Beamten, nur noch mit einem verpflichteten Schreiber besetzt. Sie theilen sich je nach ihrem Umfange in drei Classen, nach denen auch die Landrichter verschieden besoldet sind.

Die Herrschaftsgerichte der Standes- und Gutsherrn haben außer den Herrschaftsrichtern theils ein oder zwei Assessoren oder Adjuncten, theils einen Actuar, einige nur einen verpflichteten Schreiber; die Patrimonialgerichte bedürfen nur der letzteren Sattung von Sanzleihilfen. Erstere sind den Kreisregierungen, letztere den Landgerichten in ihrem polizeilichen Wirkungskreise zunächst untergeordnet. Die Land- und Herrschaftsgerichte können selbstständig jede örtliche Anordnung treffen; in administrativ-contentiosen Sachen findet, wo das Landgericht mit zwei Assessoren oder Adjuncten besetzt ist, collegialische Berathung und Beschlussfassung nach der Majorität statt, wo bei Stimmengleichheit der Landrichter entscheidet. Uebrigens müssen alle Ausfertigungen von dem Landrichter als Vorstand unterzeichnet und alle von den Assessoren, Adjuncten und Actuaren entworfenen Beschlüsse, auch in Sachen, die sich nicht zur collegialen Berathung eignen, von ihm vor der Expedition genehmigt werden. In ihrem Bezirke dürfen die Land- und Herrschaftsrichter keine Realität besitzen.

Bei jedem Landgerichte ist ein Gerichtsdiener mit einem oder mehreren Knechten angestellt, welche gemeinschaftlich mit der Gendarmerie zum Polizeidienst verwendet werden ⁸²⁾.

82) M. s. über die Competenz und Organisation, Geschäftsform der Landgerichte, die Dienstverhältnisse der Landrichter, Assessoren, Adjuncte, Actuare, Gerichtsärzte, Gerichtsdiener und Gendarmen vorzüglich die Verordnungen von

Die Einnahme und Berechnung der gesammten Staatsauslagen und der Einkünfte aus den Staatsdomänen, sowie derjenigen indirecten Auflagen und Regaliengefälle, deren Verwaltung und Perception nicht besonderen Stellen zugewiesen wurde, als z. B. die Zoll-, Post-, Salzgefälle u. s. w. ist den Rentämtern übertragen, deren sich in der Regel in jedem Landgerichte eines befindet⁸³⁾, und welche den Kreisregierungen, an deren Cassen sie die Gelder abliefern, gleich den für einige besondere Gefälle, z. B. die Triften, Brauereien u. s. w. bestehenden besonderen Aemtern, unmittelbar untergeordnet sind.

In der Pfalz ist die Kreisregierung mit denselben Attributen wie in den älteren Kreisen an die Stelle der französischen Präfecten getreten. Daher gehören zu ihrem Wirkungskreise alle Zweige der Polizei und deren inneren Administration, sowie der Finanzverwaltung, und sie theilt sich zu dem Ende gleichfalls in zwei Kammern, die des Innern und die der Finanzen, sowie sie denn auch im Ganzen eben so formirt ist, wie in den Landen diesseits des Rheines⁸⁴⁾. Die Organe der ersteren für den äußeren Dienst sind die zwölf Landcommissariate, in welche der Kreis getheilt ist, die Vorsteher der Gemeinden, Bürgermeister genannt, und die Cantonsphysicate für das Medicinalwesen. Für die Verwaltung der Finanzen, mit Ausnahme der auch in den älteren Kreisen besonderen Behörden übertragenen Gefälle, bestehen unter besonderen Inspectoren Rentbeamte, Steuercontroleurs, Domäneninspectoren, Forstmeister und Revierförster.

Der Fiscus wird in seinen Processen vor den Gerichten durch die ordentlichen Anwälde vertreten.

Noch bleibt hier übrig, über die Einrichtung des Armen- und Gewerbswesens die Hauptgrundsätze kurz anzudeuten. Ersteres ist durch eine umfassende Verordnung vom 17. Nov. 1816⁸⁵⁾ geordnet. Diese übergibt die Armenpflege in den größeren Städten und Märkten, welche einen Magistrat haben, einem Pflugschaftsrath, der unter dem Voritze des Polizeidirectors oder Polizeicommissärs, Land- oder Herrschaftsrichters, aus den Pfarrern und Bürgermeistern, Gerichtsärzten, einem oder mehreren Magistratsrathen und Abgeordneten der Gemeinden, welche von diesen gewählt werden, zusammengesetzt ist; in den Städten und Märkten ohne Magistrat aber, sowie auf dem Lande ist

1802 (Reg.-Bl. S. 236 u. 249), von 1803 (Reg.-Bl. S. 416 u. 912), von 1804 (Reg.-Bl. S. 195 u. 939), von 1805 (Reg.-Bl. S. 52 u. 468), von 1806 (Reg.-Bl. S. 437 u. 451), von 1809 (Reg.-Bl. S. 1818, 1077, 921 fig., 1227, 441, 537), von 1810 (Reg.-Bl. 505, 916, 66), von 1814 (Reg.-Bl. S. 1675), von 1819 (Reg.-Bl. S. 938), von 1825 (Reg.-Bl. S. 49), von 1837 (Reg.-Bl. S. 541), von 1812 (Reg.-Bl. S. 1737), von 1819 (Reg.-Bl. S. 910), und auch Reingruber über den Wirkungskreis eines Landrichters, Landshut 1812. 8.

83) Verordnung v. 24. Mai 1802 (Reg.-Bl. v. 1802. S. 238, 252 fig.).

84) Verordnung v. 18. Aug. 1816 (Reg.-Bl. v. 1816. S. 563), und v. 17. Dec. 1825 (Reg.-Bl. v. 1825. S. 1049 fig.).

85) Reg.-Bl. v. 1816. S. 779 fig.

die Armenpflege den Gemeinbeauschüssen mit Befordnung der Pfarren übertragen⁸⁶⁾.

Die Armenfonds werden gebildet aus Stiftungsmitteln, aus Beiträgen von dem Gemeindevermögen und suppletorisch aus der theils freiwilligen, theils gezwungenen Beisteuer aller Einwohner, ohne Unterschied ihrer sonstigen Qualität und ohne Rücksicht darauf, ob sie wirkliche Gemeindeglieder sind oder nicht, da hier das Princip aufgestellt ist, daß jede Gemeinde ihre Armen zu ernähren habe, und also auch Jeder, der in der Gemeinde lebt, beitragspflichtig ist. Theilweise werden hierzu auch aus den Staatscassen Zuschüsse geleistet (man s. auch das Gesetz über die Gemeindeumlagen v. 22. Juli 1819⁸⁷⁾).

Das Gewerbeswesen wird durch das Gesetz vom 11. Sept. 1825 und die Vollzugsverordnung v. 1. Juli und 15. Aug. 1834⁸⁸⁾ normirt. Dasselbe geht von dem Grundsatz aus, daß jedes Gewerbe zu seiner selbstständigen Ausübung eine besondere polizeiliche Concession und die persönliche Fähigkeit des Werbers erfordere, folglich persönlich und in der Regel unveräußerlich sei. Uebrigens gibt es auch noch veräußerliche Real- und radicirte Gewerbe, welche nach den jeden Dorte bestehenden Verhältnissen beurtheilt werden müssen. Bei ersteren ist die persönliche Befähigung des Inhabers nothwendig, nicht aber bei letzteren, welche zu ihrem Betriebe besonderer Einrichtungen und Constructionen bedürfen, z. B. Brauereien, Gasthöfe, Schmieden u. s. w., und diese können daher durch taugliche Werkführer betrieben werden. Für Gewerbe, welche bisher in einem Innungsverbande standen, bleiben die Zünfte, jedoch mit beschränkten Befugnissen, ferner bestehen. Für neue oder im Königreiche nicht angewendete Entdeckungen, Erfindungen und Verbesserungen werden auf bestimmte Jahre Privilegien ertheilt.

Im engeren Zusammenhange mit dem Gewerbsgesetze stehen die Gesetze vom 11. Sept. 1825 und 1. Juli 1834⁸⁹⁾ über die Heimath, Ansässigmachung und Verehelichung, und vom 15. August 1828 über die Conscriptio, welche die Ansässigmachung entweder von einem bestimmten Grundbesitze, oder einem Gewerbe oder einer Anstellung, oder von einem sonst gesicherten Nahrungsstande, die Verehelichung aber außerdem noch von der in gewissen Fällen bei Widerspruch absolut hindern den Einwilligung der Gemeinden, von der Zustimmung des Armenpflugeschaftsrathes, sowie der Grund- und Gerichtsherrn, vorbehaltlich des Recurses an die Kreisregierung, abhängig machen. —

Es bleibt nun nur noch übrig die Gerichtsverfassung Bayerns kurz darzustellen, was um so leichter geschehen kann, da sie weit einfacher als seine Verwaltung ist.

86) Verordnung v. 24. Sept. 1818 (Reg.-Bl. v. 1818. S. 1111 flg.).

87) Gesetzbl. v. 1819. S. 83 flg.

88) Reg.-Bl. v. 1834. S. 873, 989—995. W. s. auch die Instruction v. 28. Dec. 1825 (Reg.-Bl. 1826. S. 81), welche, obgleich unterm 1. Juli 1834 aufgehoben, doch noch als doctrinelle Interpretationsnorm dient.

89) Gesetzbl. von 1825. S. 103 flg., von 1818. S. 77 und von 1834. S. 133.

Vorausgesetzt muß werden, daß in der Regel für alle Prozesse drei Instanzen angeordnet sind, wovon nur wenige, zum Theil bereits oben erwähnte Ausnahmen stattfinden.

Die Untergерichte sind: a) unmittelbare Kreis- und Stadtgerichte, b) Landgerichte, c) Herrschaftsgerichte, d) Patrimonialgerichte, und in Beziehung auf die Civilrechtspflege einander coordinirt.

Die Kreis- und Stadtgerichte theilen sich in zwei Classen; die erste Classe soll 2 Directoren, 8 bis 16 Ráthe und 2 Assessoren haben, und es gehören dazu 5 Gerichte, nämlich München, Augsburg, Nürnberg, Regensburg, Würzburg; die der zweiten Classe haben 1 Director, 2 bis 10 Ráthe, auch Assessoren, und es sind deren 13: in Landshut, Straubing, Passau, Amberg, Memmingen, Kempten, Ansbach, Erlangen, Fürth, Bamberg, Baireuth, Aschaffenburg, Schweinfurt. Sie üben die streitige und freiwillige Gerichtsbarkeit erster Instanz a) über alle Einwohner der Stadt und ihres Burgfriedens, worin sie ihren Sitz haben, und zwar innerhalb desselben auch in Realklagen. Desgleichen b) über die in ihrem sich über mehrere Landgerichte erstreckenden Gerichtsprengel wohnenden Siegelmäßigen, nämlich die Adlichen, und zwar diese auch in dinglichen Klagen wegen solcher Grundstücke, Rechte und Renten, welche zu einem Gutscomplexe gehören, worauf ihnen die gutsherrliche Gerichtsbarkeit zusteht; desgleichen die wirklichen Mitglieder der Collegien, einschließig vom Rathe an aufwärts, wozu auch die ordentlichen Professoren der drei Universitäten und ordentlichen Mitglieder der beiden Academien gehören, und endlich die mit ihnen in gleicher Kategorie stehenden höheren, sowie auch über diejenigen Beamten, welche zwar nicht in diese Classe gehören, aber nach dem alten Gesetze bis zum 26. Mai 1826 siegelmäßig waren (königl. Rescript vom 23. Febr. und 14. Mai 1821). Ferner c) über die in ihrem Sprengel wohnenden Geistlichen mit Einschluß der Erzbischöfe und Bischöfe⁹⁰⁾, die Landrichter und Landgerichtsassessoren, Adjuncten und Actuare, die standesherrlichen Domänen- und Justizkanzleidirectoren und Ráthe, die Herrschafts- und Patrimonialrichter erster Classe, endlich (jedoch bloß in bürgerlichen streitigen und nicht streitigen Rechtsachen) alle activen, pensionirten oder à la Suite angestellten Officiere, sowie alle im Officierrange stehenden Militärbeamten, die Directoren, Ráthe und Assessoren der mit nicht mehr als zwei Ráthen besetzten Kreis- und Stadtgerichte, der standesherrlichen Regierungs- und Justizkanzlei, nebst den Land- und Herrschaftsrichtern, deren Assessoren, Adjuncten und Actuaren. Ebenso haben die Patrimonialrichter erster Classe ihr Forum auch in dinglichen Klagen, wenn sich anders diese sonst zu demselben Gerichte eignen würden, bei dem sie angestellt sind, vor dem Kreis- und Stadtgerichte der Hauptstadt ihres Kreises. Außer diesen Fällen beschränkt sich die Gerichtsbarkeit der Kreis- und Stadtgerichte in Beziehung auf die oben genannten eximirtten Personen nur auf persönliche Klagen, bei welchen die

90) M. f. v. Stürzer über das bayer'sche Gerichtsverfahren S. 153.

Insinuationen und Executionen in bürgerlichen Rechtsfachen auf Requisition der Civilgerichte durch die Militärbehörden geschehen⁹¹⁾.

Die Landgerichte, die Landes- und gutherrlichen Herrschaftsgerichte und die Patrimonialgerichte erster Classe üben die streitige und nichtstreitige Gerichtsbarkeit in bürgerlichen, persönlichen und dinglichen Rechtsfachen über alle nicht eximirten Personen und Sachen im ganzen Umfange ihres Gerichtsbezirktes aus; in dem Wirkungskreise der Patrimonialgerichte zweiter Classe hingegen liegen bloß die den Gutsherrn nicht betreffenden Handlungen der nicht streitigen Gerichtsbarkeit, haben indeß, jedoch mit derselben Beschränkung, die Befugniß, auch streitige Rechtsfachen mit Einwilligung beider Theile zu vergleichen, und das Recht, die landgerichtlichen Vorladungen an ihre gutherrlichen Hinterlassen ausschließend zu insinuiren.

Allen diesen Gerichten ist das gesammte Hypothekewesen, die Führung der Hypothekenbücher und Anfertigung der Hypothekenbriefe in ihren Gerichtsbezirken, mit Ausnahme der den Appellationsgerichten zugewiesenen Fideicommissse, übertragen⁹²⁾.

In strafrechtlichen Fällen steht sämmtlichen Untergerichten, mit Ausnahme der bloß gutherrlichen Herrschafts- und der Patrimonialgerichte, nur die Untersuchung der Vergehen und Verbrechen und die Vollziehung der hierauf erkannten Strafen zu; letzteren hingegen nur die Ergreifung und vorläufige Verwahrung, dem fürstlich tarischen Civilgerichte aber auch das erste summarische Verhör des Angeschuldigten, — allen jedoch mit der Verbindlichkeit, dem competenten Criminalgerichte sogleich hiervon die Anzeige zu machen.

Für alle Wechselfachen bestehen in jedem Kreise, und zwar in München, Straubing, Passau, Regensburg, Ansbach, Nürnberg, Augsburg, Memmingen, Bamberg, Würzburg und Aschaffenburg für die ihnen zugewiesenen Bezirke, mit ein oder zwei gesonderte Wechselgerichte einem Director und zwei Rätthen oder Assessoren jener Kreis- und Stadtgerichte und einigen Beisitzern aus dem Handelsstande.

Die Merkantilsachen, nämlich jene Streitsachen der Handelsleute, die aus besonderen unter ihnen üblichen Gesetzen und Gebräuchen entschieden werden müssen, sind in den Bezirken der Kreis- und Stadtgerichte München, Straubing, Passau, Landshut und Regensburg den Wechselgerichten daselbst, in den übrigen Theilen des Landes aber den ordentlichen Gerichten zugewiesen⁹³⁾.

91) Gesetz v. 15. Aug. 1828 (Gesetzbl. v. 1828. S. 41).

92) M. f. über die Verfassung sämmtlicher Untergerichte das Edict vom 24. Juli und 3. Dec. 1808 (Reg.-Bl. v. 1808. S. 1785 u. 2810), Verordn. v. 29. Sept. 1818 (Reg.-Bl. v. 1818. S. 1132), v. 4. Juni 1819 und 13. Sept. 1822 (Nov.-Sammlung Bb. III. S. 5. Bb. IV. S. 19. Gesetzbl. v. 1818. S. 121, 212, 239, 325). Ferner die oben allegirte Verordn. v. 24. März 1802, nebst der Verfassungsurkunde und deren 4. u. 5. Edict, v. 26. Mai 1818 im Gesetzbl. d. L., Hypothekengesetz v. 1. Juni 1822 (Gesetzbl. v. 1822. S. 17 fig.) und Vollzugsinstruction v. 1823 (Reg.-Bl. v. 1823. S. 499 fig.).

93) Gesetz v. 11. Sept. 1825 (Gesetzbl. v. 1825. S. 41), Verordn. v.

In Nürnberg besteht ein eigenes Handelsgericht auch für Wechselfachen und außerdem ein Merkantil-, Friedens- und Schiedsgericht zur gütlichen Beilegung der Handelsdifferenzen, und zur rechtlichen Entscheidung der Handel zwischen Fuhrleuten, Wirthen und Hausknechten, wo es nicht auf Beweis ankommt. Ersteres ist besetzt mit einem Handelsrichter, zwei rechtsgelehrten Assessoren und zwei Weisigern aus dem Handelsstande; letzteres bloß mit vier Kaufleuten⁹⁴).

Die Bergwerksachen gehören in erster Instanz vor die Untergerichte, in deren Amtsbezirke der streitige Gegenstand liegt, und zwar mit Zuziehung der Bergbeamten des einschlägigen Bezirksamtes⁹⁵).

Zolldefraudationen werden als bloße Disciplinarfachen behandelt und sind den Untergerichten, in deren Bezirke die Verletzung entdeckt wird, in erster Instanz zugewiesen; bei ersteren müssen jedoch die Acten vor und, zum Behufe allenfallsiger Berufung, auch nach dem Spruche den Fiscalen zur Einsicht vorgelegt werden⁹⁶).

Die standesherrlichen Herrschaftsgerichte haben hierin gleiche Competenz mit den königl. Gerichtsbehörden⁹⁷).

Für Stempeldefraudationen sind nur die unmittelbaren Untergerichte competent⁹⁸). In beiden Fällen findet jedoch die civilgerichtliche Verhandlung nur dann statt, wenn bei der Verletzung der Zoll- und Stempelgesetze nicht auch zugleich ein criminelles Vergehen oder Verbrechen verübt worden ist. —

Die Berathung und Schlussfassung über alle Bescheide, Erkenntnisse und präjudiciellen Decrete geschieht bei allen Untergerichten, welche aus drei und mehr Richtern bestehen, in collegialer Form, diejenigen Sachen ausgenommen, welche nach dem Gesetze vom 17. Nov. 1837 (s. oben) summarissime verhandelt, und von Einzelrichtern entschieden werden müssen. Bei Stimmengleichheit entscheidet das Votum des Gerichtsvorstandes. Die Kreis- und Stadtgerichte, welche dazu mit einer genügenden Anzahl von Rätthen und Assessoren besetzt sind, theilen sich in zwei oder mehrere Senate, und Plenarsitzungen finden nur alsdann statt, wo es sich um principielle oder das ganze Gericht betreffende Fragen handelt. —

Die Obergerichte, welche für alle Untergerichte ohne Ausnahme in

26. u. 29. Oct., v. 6. u. 28. Nov. 1826 (Reg.-Bl. v. 1826. S. 785 flg., 849, 961) und 15. Dec. 1837 (Reg.-Bl. v. 1837. S. 921 flg.), Verordn. v. 18. Mai 1789. *Maiers Gen.-Samml.* V. Bb. S. 9. Verordn. v. 31. Jan. 1806 (Reg.-Bl. v. 1806. S. 43).

94) Verordnung v. 18. Mai 1809 (Reg.-Bl. v. 1809. S. 797).

95) Verordnung v. 15. Sept. 1809 (Reg.-Bl. v. 1809. S. 1577), vom 7. Febr. 1822 (Reg.-Bl. v. 1822. S. 1081).

96) M. s. das Gesetz v. 22. Juli 1819 und 15. Aug. 1828; Verordnung v. 12. Nov. 1828; Gesetz v. 6. Dec. 1837, in den Gesetz- und Regierungsblättern dieser Jahre.

97) Gesetz v. 22. Juli 1822. §. 81. 112. im Gesetzbl. d. 3.

98) Gesetz v. 11. Sept. 1825 (Gesetzbl. v. 1825. S. 189).

allen civilrechtlichen appellablen Gegenständen die zweite Instanz bilden, sind die acht Appellationsgerichte des Königreichs, welche aus einem Präsidenten, zwei Directoren, zehn bis sechzehn Rätthen und einigen Assessoren bestehen, und ordentlicher Weise in mehrertheils von dem Präsidenten, theils von den Directoren und nöthigenfalls den älteren Rätthen nach dem Alter, und zwar bei votis paribus mit entscheidender Stimme präsidirten Senate abgetheilt werden.

Mit diesen Gerichtshöfen sind in der Regel auch die Wechsel- und Merkantilgerichte zweiter und letzter Instanz, welche noch einige Weisitzer aus dem Handelsstande haben, verbunden, mit Ausnahme von Augsburg, wo sich ein eigenes Wechselgericht zweiter, und von Nürnberg, wo sich ein Handelsgericht derselben Instanz für jede dieser Städte befindet, und in ähnlicher Art wie die anderen Obergerichte dieser Kategorie zusammengesetzt sind.

In Bergsachen ist das Appellationsgericht zu Amberg zweite Instanz für Ober- und Mittelfranken, das zu Amberg für die Oberpfalz und Regensburg, das zu Landshut für Ober- und Niederbayern und das zu Neuburg für Schwaben und Neuburg. Der berggerichtliche Senat besteht alsdann aus einem Präsidenten, einem Director, zwei Rätthen und einem Bergmeister⁹⁹⁾.

Die Regierungs- und Justizkanzleien der Standesherrn (von welchen indeß zur Zeit nur eine — die fürstlich Löwenstein-wertheimische — effectiv besteht) bilden die zweite Instanz für ihre Herrschaftsgerichte in allen bürgerlichen Rechtsachen, und haben gleichfalls Directoren, Rätthe und Assessoren. Dasselbe ist der Fall bei dem fürstlich thurn- und taxischen Civilgerichte zweiter Instanz in Regensburg, in Beziehung auf das Civilgericht erster Instanz daselbst¹⁰⁰⁾.

Ueberdieß sind die Appellationsgerichte diesseits des Rheines der privilegirte Gerichtsstand folgender Personen und Sachen:

1) der sämtlichen Glieder des königlichen Hauses in Real- und gemischten Sachen, als forum rei sitae¹⁰¹⁾;

2) der mediatisirten Fürsten und Grafen nebst dem Herzog von Leuchtenberg und ihren Familien in allen Real- und Personalklagen¹⁰²⁾, sowie ihrer streitigen Verlassenschaften; und in gleicher Ausdehnung

3) der erblichen Reichsräthe in Civil- und in Strafsachen auch für die Untersuchung, und zwar mit Ausschluß der im Reichsrathe sitzenden Erzbischöfe, Bischöfe und des Präsidenten des protestantischen Oberconsistoriums, ob diese gleich nach dem Gesetz vom 8. März 1828¹⁰³⁾ hinsichtlich der Feststellung der Zahl der lebenslänglichen Reichsräthe den erblichen beigezählt werden, und eben so wenig haben die höchsten Hof- und Staatsämter Anspruch auf dieses Privilegium;

99) Verordnung v. 14. Oct. 1823 (Reg.-Bl. v. 1823. S. 1503).

100) Königl. Declaration v. 27. März 1812 (Reg.-Bl. v. 1812. S. 841).

101) Familienstatut v. 5. Aug. 1819 (Reg.-Bl. v. 1821. S. 22).

102) 4. constitut. Edict v. 1818 (s. oben).

103) Gesetzbl. v. 1828. S. 5. W. f. v. Stürzer a. a. D.

4) der Prozesse über den Adelstand¹⁰⁴);

5) der Familienfideicommissachen, jedoch nur so weit als sie die Bildung und Bestätigung der Fideicommiss und die Führung der Fideicommissmatrikel betreffen, wenn anders der Fideicommissbesitzer nicht ohnehin sein gewöhnliches Forum vor dem Appellationsgerichte hat¹⁰⁵);

6) der Ehescheidungssachen der Protestanten und in gemischten Ehen, für welche in den sieben ältern Kreisen das Appellationsgericht für Oberfranken allein, in den standesherrlichen Gebieten aber die Justizkanzlei (wo eine besteht) competent ist¹⁰⁶). Für diese Sachen wird nach der Verordnung vom 22. Oct. 1822 ein protestantischer Ehegerichtsenat gebildet, in welchem im Nothfalle Katholiken zwar mit votiren, aber niemals referiren dürfen¹⁰⁷). Die Ehesachen der Katholiken gehören vor die bischöflichen und erzbischöflichen geistlichen Gerichte, insoweit sie nicht die bürgerlichen Rechtsverhältnisse der Eheleute betreffen, für welche die gewöhnlichen Civilgerichte allein competent sind.

7) Die Lehenfachen, welche hinsichtlich der Actiolehen der Standesherrn bei deren Regierungs- und Justizkanzleien in erster Instanz entschieden werden¹⁰⁸).

8) Aller fiscalischen Passivprozesse in streitigen Privatrechtsverhältnissen der Civil- und Militärstellen (von welchen die der Staatsschuldentilgungsanstalt, und die Reclamationen gegen die Postanstalt dem Appellationsgericht für Oberbayern ausschließlich zugetheilt sind), desgleichen der Prozesse der unter unmittelbarer königlicher Administration stehenden Stiftungen und der drei Universitäten¹⁰⁹). —

In Strafsachen sind die Appellationsgerichte und standesherrlichen Regierungs- und Justizkanzleien die einzigen erkennenden Stellen in erster Instanz, mit Vorbehalt der Berufung an einen anderen Senat desselben Gerichtshofes oder, was die Justizkanzleien betrifft, an das Appellationsgericht des Kreises, wenn es sich von Vergehen, und an das

104) 5. constitut. Edict (Gesetzbl. v. 1818. S. 216).

105) 7. constitut. Edict (Gesetzbl. v. 1818. S. 232. Nov.-Samml. I. Bd. S. 117. II. Bd. S. 94. III. Bd. S. 75).

106) Verordnung v. 12. Dec. 1822 (Reg.-Bl. v. 1822. S. 1313), und v. 23. Dec. 1837 (Reg.-Bl. v. 1837. S. 939).

107) Verordnung v. 28. Juli 1818 (Gesetzbl. v. 1818. S. 474).

108) Edict v. 7. Juli 1808 (Reg.-Bl. v. 1808. S. 1929). 4. Edict v. 1818. §. 57.

109) Verfassungsurkunde von 1818. Tit. 8. §. 5. Verordnung vom 13. April 1817 (Reg.-Bl. v. 1817. S. 357 u. 395), vom 11. Febr. 1826 (Reg.-Bl. v. 1826. S. 243), v. 15. März 1815 (Reg.-Bl. v. 1815. S. 447), v. 6. Dec. 1808 (Reg.-Bl. v. 1808. S. 2812), v. 31. Juli 1817 (Reg.-Bl. v. 1817. S. 730) und 26. Jan. 1818 (Allg. Int.-Bl. v. 1818. S. 725. Gesetzbl. v. 28. Dec. 1881. Beil. 10. §. 2.). M. s. über die Verfassung und Formation der Appellationsgerichte überhaupt das Edict vom 24. Juli 1808 (Reg.-Bl. v. 1808. S. 1785), die Verordnung v. 2. Febr. 1817 (Reg.-Bl. v. 1817. S. 52), Verordnung v. 23. Febr. 1818 (Gesetzbl. v. 1818. S. 25), Verordnung v. 7. Dec. 1837 (Reg.-Bl. v. 1837. S. 905 flg.), welche auch den Gerichtssprengel der Kreis- und Stadtgerichte nach der neuesten Kreiseinteilung bestimmt.

Oberappellationsgericht, wenn es sich von Verbrechen handelt. Der Präsident oder Dirigent hat dabei unter keinem Verhältnisse eine Stimme.

Die Häupter der standesherrlichen Familien genießen bei Verbrechen, mit Ausnahme der Militär- und im Civilstaatsdienste begangenen, das Vorrecht, durch Richter ihres Standes gerichtet zu werden. Dieses Standesgericht besteht unter dem Vorfize des Präsidenten des Oberappellationsgerichtes aus sechs bis acht Richtern; die Re- und Correferenten sind Oberappellationsräthe, jedoch nur mit berathender Stimme. Die Untersuchung führt das einschlägige Appellationsgericht durch Commissarien. Bei Vergehen jener wird hingegen von den Appellationsgerichten sowohl die Untersuchung geführt als das Urtheil gesprochen, und zwar mit der Berufung an das Oberappellationsgericht gerichtet. Dasselbe gilt in allen Strassachen von den übrigen Gliedern dieser Familien ¹¹⁰⁾. —

In letzter Instanz erkennt sowohl über die appellablen Civilsachen als über Verbrechen, und bei den Chefs der standesherrlichen Häuser auch über Vergehen, in den sieben älteren Kreise des Reiches das Oberappellationsgericht, welches in München seinen Sitz hat, dormalen einen Präsidenten, fünf Directoren und neun und vierzig Räte zählt, und in sieben Senate getheilt ist, sich aber unter andern jedesmal in einer Plenarsitzung versammelt, so oft ein Fall vorkommt, bei dem es sich blos um eine streitige, früher schon mehrmal von diesem Gerichtshofe ungleichförmig entschiedene Rechtsfrage handelt ¹¹¹⁾.

In Bergsachen besteht der berggerichtliche Senat aus dem Präsidenten oder Director, drei Oberappellationsgerichts- und drei Oberberg- und Salinenräthen (m. s. oben die Verordnung v. 1823).

Die Form der Berathung und Geschäftsführung ist derjenigen gleich, welche bei den Appellationsgerichten stattfindet, und die Hofrathsordnung vom 16. August 1779 noch immer zur gefeglichen Norm hat ¹¹²⁾.

In peinlichen Fällen werden die Häupter der standesherrlichen Familien auch in weiter und letzter Instanz, und in denselben Formen wie in erster, durch ein Standesgericht gerichtet, welches jedoch von dem Justizminister als Großrichter präsidirt wird ¹¹³⁾. —

Von den Erkenntnissen dieser Gerichtshöfe findet kein weiterer Recurs an den König oder das Justizministerium statt, sondern nur in dem Falle verzögerter oder verweigerter Rechtspflege eine Beschwerde und Bitte um Promotorialien, sowie in Strassachen eine Bitte um Begnadigung oder Mildeung.

110) 4. constitut. Edict v. 26. Mai 1818. §. 8.

111) Gesetz v. 17. Nov. 1837 (Gesetzbl. v. 1837. S. 105).

112) Verordnung vom 24. Juli 1808. IV. Tit. s. oben und v. 2. Febr. 1817 im Reg.-Bl. v. 1817. S. 52.

113) 4. constit. Edict. v. 26. Mai 1818 l. c.

Für einen einzigen Gegenstand ist an jenes Ministerium der Recurs gegen die hierin außerdem inappellabeln Bescheide des Kreis- und Stadtgerichtes München in Ewiggeldsachen gestattet, und zwar nach einem Privilegium von 1453, welches unterm 10. April 1756 und 25. Juni 1789 die landesherrliche Bestätigung erhalten hat¹¹⁴⁾. —

Von aller Gerichtsbarkeit der königlichen Gerichtshöfe sind die Prinzen und Prinzessinnen des königlichen Hauses, mit Einschluß der königlichen Wittwen, für alle ihre persönlichen Angelegenheiten erimirt, und es verfügt und entscheidet darüber nur der König. Denselben ist bezwungen vorbehalten, in wichtigen Fällen einen Familienrath zu berufen, bestehend aus dem Kronprinzen, den übrigen Prinzen des Hauses, welche das 21. Jahr erreicht haben, den Kronbeamten und den Ministern. Den Vorsitz hat der König, den Vortrag der Justizminister. Die Instruction des Processes wird jedesmal einer Commission übertragen, welche aus dem Präsidenten und einen Director des Oberappellationsgerichtes oder dem Präsidenten des Appellationsgerichtes gebildet wird, und die geschlossenen Acten dem König durch das Justizministerium vorlegt¹¹⁵⁾. —

Competenzstreitigkeiten zwischen den Justiz- und Verwaltungsbehörden entscheidet der König nach vorhergegangener Berichtserstattung der Mittelstellen an die Ministerien, welche sich hierüber mit einander zu verständigen und die Acten alsdann dem Könige vorzulegen haben, der hierauf den Staatsrath darüber vernimmt¹¹⁶⁾. Ueber die gerichtssablehnenden Eineden, welche die Parteien selbst vorbringen, erkennt indeß dasjenige Gericht, bei welchem darüber der Streit anhängig ist¹¹⁷⁾. —

Gleiche Befreiung von der Jurisdiction der ordentlichen Gerichte ist für die sogenannten gemischten oder administrativ-contenciosen und für die rein administrativen Rechtsfachen angeordnet, und in dem Geschäftskreise der Ministerien des königl. Hauses und des Aeußeren, des Innern und der Finanzen den Verwaltungsbehörden in zwei oder auch drei Instanzen die summarische Verhandlung mit abgekürzten Terminen und Fatalien, sowie die Entscheidung solcher Rechtsfachen übertragen¹¹⁸⁾. Als Grund für diese Bestimmungen wird angegeben, daß sie durch ihren Zusammenhang mit Verwaltungsgegenständen sachverständige Richter erfordern, oder bei einer solchen

114) Maier, Gen.-Samml. Bb. I. S. 22. Bb. V. S. 7.

115) Familienstatut v. 5. Aug. 1819 (Reg.-Bl. v. 1821. S. 7 u. 22).

116) Gab. Bef. v. 15. April und 3. Mai 1817 (Reg.-Bl. v. 1817. S. 96 u. 341), Instruct. v. 9. Jan. 1821 (Reg.-Bl. v. 1821. S. 54), Verordn. v. 18. Nov. 1825 (Reg.-Bl. v. 1825. S. 871).

117) Rescr. vom 22. Juni 1815. M. f. Moriz Nov. zur S.-D. S. 78.

118) Dieser Begriff ist von Wendt in seinem Handbuche des bayer'schen Civilprocesses Bb. II. §. 223. und Bb. III. §. 30. aufgestellt und dem Gegenstande am vollkommensten entsprechend.

privatrechtlichen Sache das Gemeinwohl in der Art theilhaftig ist, daß man es nicht verkürzen oder unberücksichtigt lassen darf.

Die Competenz der Verwaltungsbehörden in solchen Sachen datirt eigentlich erst von dem Cultursmandate vom 24. Mai 1762¹¹⁹⁾, wurde aber seitdem beträchtlich erweitert, und nur seit dem Jahre 1825 wieder etwas beschränkt, indem mehrere Gegenstände ihrer Judicatur entzogen wurden¹²⁰⁾.

Hierzu gehören nun:

1) die Postfachen, mit Ausnahme der Reclamationen gegen den Postfiscus, welche (s. oben) den Civilgerichten zugewiesen sind, jedoch mit Einschluß der Postdefraudationen;

2) die Nachsteuersachen, Aus- und Einwanderungen, wenn es sich dabei um eine staats- oder völkerrechtliche Frage handelt;

3) die Zollfachen, mit Ausnahme der vor die Civilgerichte gehörigen Zolldefraudationen;

4) Salpeterdefraudationen (die Salzdefraudationen werden nach den Gesetzen über das Zollwesen behandelt);

5) Aufschlagsdefraudationen und Umlagen;

6) alle Steuersachen, sowohl Reclamationen als Defraudationen;

7) Stempelsachen, mit Ausnahme der Defraudationen (siehe oben);

8) Lottocontraventionen;

9) Rechtsstreite über Kriegslasten und Staatsabgaben;

10) Zwangsabtretungen von Grundeigenthum für öffentliche Zwecke, insofern es sich um die Frage handelt, ob das Unternehmen zu dem in dem Gesetze aufgeführten gehört, und vom gemeinen Nutzen wirklich erfordert werde, oder ob die Abtretung oder Belastung des Eigenthums hierzu nothwendig sei¹²¹⁾;

11) Wasserbausachen und Reclamationen über verweigerte rechtliche Entschädigung wegen Brücken-, Straßen- und Wegbauten;

12) Brandassuranzsachen, insofern diese nicht Streitigkeiten aus besonderen in Bezug auf die Brandversicherungen geschlossenen Verträgen oder zwischen Miteigenthümern, Gläubigern und Schuldnern eines affectirten Objectes oder grobe Fahrlässigkeit und Bosheit bei Feuersbrünsten betrifft;

119) *Kreitmayer, Gen.-Samml. S. 453.*

120) Die hauptsächlichsten Verordnungen hierüber sind: die vom 8. Aug. 1810 im *Reg.-Bl. v. 1810. S. 642*, vom 9. Jan. 1821 (*Reg.-Bl. v. 1821. S. 49*), vom 18. Nov., 9. und 17. Dec. 1825 (*Reg.-Bl. v. 1825. S. 865, 977 u. 1049*). Die gesetzlichen Bestimmungen über die einzelnen Gegenstände findet man in *v. Wendt Handb. III. Bd. genau verzeichnet*, sowie überhaupt diese ganze zum Theil schwierige Materie darin eben so gründlich erörtert, als klar und umfassend dargestellt ist. Man s. auch *v. Stürzer Civ.-G.-Verf. S. 176 fig. Noviz, Novellen zur bayer. G.-D. 2. Aufl. 1-4. Bief.*

121) *Gesetz v. 17. Nov. 1837 (Gesetzbl. v. 1837. S. 109).*

13) Culturfreitigkeiten aller Art und die damit verwandte Ablösung von Servituten, Bodenzinsen, Zehnten und dem Obereigenthum, desgleichen

14) Gemeintheilungen hinsichtlich der Frage, ob, nach welchem Maßstabe und unter welche Personen vertheilt werden soll, eben so Gutszertrümmungen, und zwar in allen diesen Fällen, wo die Entscheidung blos auf Culturverordnungen und nicht auf Bestimmungen des Civilrechtes beruht;

15) Forstfachen, namentlich Forstpurificationen, Ablösung der Servituten, Gemeinewaldtheilungen, Forstcultur, Forstpolizei, Jagd- und Forstfrevel;

16) Wildschadenersatz;

17) Gewerbsfachen und Ertheilung von Concessionen, wo nicht der Klagegrund auf einem privatrechtlichen Titel, namentlich bei realen und radicirten Gewerben beruht, daher auch die Klagen der Wirthe gegen Brauer, die Untersuchung und Bestrafung der Bierverfälschungen dem administrativen Ressort angehören;

18) Sachen die Heimath, Ansässigmachung und Verhehlung betreffend, wo es sich weder um privat- noch um kirchenrechtliche Fragen handelt;

19) Streitigkeiten der Dienstherrn und Dienstboten als solche, sowie

20) Miethsachen, wenn die Miethenicht auf einem schriftlichen Vertrage beruht;

21) Kaufsachen, insofern sie blos polizeilich sind;

22) Beschwerden der Stände oder von Privaten wegen Verletzung der Verfassung;

23) Recurse der Staatsdiener gegen ministerielle Disciplinarverfügungen (Verletzungen der dienstpragmatischen Rechte gehören vor die Civilgerichte¹²²⁾);

24) Disciplinarsachen der Advocaten im administrativen Ressort;

25) Gemeindevahlen, Landwehrsachen und

26) Militärconscriptiionsfachen;

27) Districtsgemeindeumlagen und die Concurrenz zu Vicinal- und Communalwegen;

28) Streitigkeiten über Kirchenstühle, über Entbehrlichkeit von Kirchen und Capellen, über die Wahl des Glaubens, und über den Simultangebrauch der Kirchen, über Kirchen- und Pfarrhofbauten, die über solche Verbindlichkeiten entstehenden, und den ordentlichen Gerichten überlassenen privatrechtlichen Streitigkeiten ausgenommen, ferner über Intercalarfrüchte, die sich durch Versegung ergeben, und über Stipendien; überhaupt aber alle die Kirchengesellschaften betreffenden nicht

¹²²⁾ Dienstpragmatik vom 1. Jan. 1805 und 9. constit. Edict vom 26. Mai 1818 (Reg.-Bl. v. 1805. S. 225 fig. u. Gesetzbl. v. 1818. S. 333 fig.).

rein geistlichen, sondern zur Cognition der Staatsgewalt gehörigen und in dem bürgerlichen und Privatrechte bestimmten Angelegenheiten und Verhältnisse;

29) Streitigkeiten über die Schulrechnungen, die Verhältnisse und Ordnung der Schulen, ihre Gebäude, deren Erbauung und Unterhaltung, sowie der Reichnisse, insofern diese nicht auf Privatrechtstiteln beruhen;

30) Polizeisachen, und das Armenwesen überhaupt;

31) Entscheidungen über nothwendige Sperrungen, Demolitionen, Benutzung öffentlicher Wässer;

32) Klagen über Injurien auf offener Straße oder an öffentlichen Orten.

Ueber alle diese Gegenstände instruiren und entscheiden in erster Instanz die Polizeibehörden und Landgerichte, und in manchen Fällen diese sogar ausschließlich, z. B. in Cultursachen, desgleichen die Herrschafts- und (jedoch mit Beschränkung) die gutsherrlichen Gerichte, sowie auch die übrigen betreffenden unteren Verwaltungsbehörden, ja in mehreren Sachen sogar die Kreis- und Centralstellen. In zweiter Instanz geht der Recurs an die Kreis- und Centralstellen, und in dritter an die einschlägigen Ministerien oder den Staatsrath (s. oben), der theils in pléno, theils durch einen aus fünf Mitgliedern desselben gebildeten Ausschuss rechtskräftig entscheidet (m. s. die Werke von v. Wendt und Stützer, und die daselbst allegirten Verordnungen und Gesetze). —

Was nun die gerichtlichen Nebenpersonen betrifft, und zwar zuvörderst die Advocaten, so werden diese vom König ernannt, und bedürfen derselben Qualification wie die Richter; Staatsdiener sind sie nicht, bilden auch keine Corporation; auch darf ihr Amt nicht mit andern Aemtern, z. B. Patrimonialgerichtsverwaltungen verbunden werden. Uebrigens sind sie befugt, vor allen Behörden im Königreiche zu patrociniren, ohne auf einen Kreis beschränkt zu sein. Eine allgemeine Taxordnung besteht nicht, ihre Kostenverzeichnisse unterliegen indes der Moderation der Gerichte, vorbehaltlich des Recurses an die höhere Stelle, und in Administrativsachen in letzter Instanz an den Staatsrath.

Arme haben sie in Civil- und Criminalsachen unentgeltlich zu vertreten.

Für ihre Wittwen und Waisen existirt unter der Administration des Justizministeriums, dem ein Ausschuss von Advocaten beigegeben ist, ein Pensionsfond¹²³⁾. Keine Eingabe von Unsigelmäßigen wird bei den königlichen höheren und niederen Behörden ohne Mitunterschrift eines Advocaten angenommen, und alle Winkelagenten sind streng verboten¹²⁴⁾.

123) Verordnung v. 4. April und 28. Dec. 1809, 23. März 1813, 24. März 1816 und 8. Jan. 1821, 28. Jan. 1822, 6. Juni 1807, 8. Sept. 1808, 16. Aug. 1812, und das 6. constit. Edict v. 26. Mai 1818, v. 27. Juni 1808 und 28. März 1835 in den betreffenden Regierungs- und Gesetzblättern.

124) Verordnung v. 13. Aug. 1804, 8. Febr. 1811, 25. Mai 1813. M. s. Moriz, Novellensammlung 2. Aufl. 1. Bd. S. 915 fg.

Notarien gibt es nur bei Wechselgerichten, und ihre Function beschränkt sich auf die Erhebung der Wechselproteste. Doch ist ihnen auch in anderen Sachen die Vidimation von Abschriften und die vorläufige Vernehmung von Zeugen gestattet, welche jedoch beide keine rechtliche Beweiskraft haben, sondern höchstens zur Bescheinigung dienen ¹²⁵).

Pfalzgrafen gibt es seit der Auflösung des teutschen Reiches in Bayern nicht mehr ¹²⁶).

Gerichtsbeisitzer, welche noch bei mehreren Gerichten, die keine ordentlichen Gerichtsschreiber haben, üblich sind, dienen blos als Zeugen. Uebrigens wird zur Gültigkeit einer jeden gerichtlichen Handlung die Gegenwart eines Actuars erfordert.

Für die Registratur, die Canzlei und Expedition nebst der Sportelverrechnung ist bei jeder Gerichtsbehörde das erforderliche Personal förmlich angestellt und besoldet; nur bei Land- und gutsherrlichen Gerichten aller Classen wählt und bezahlt sie der Vorstand desselben. Auch die Gerichtsdienner werden von der Regierung ernannt und besoldet ¹²⁷).

Das Depositenwesen ist bei jeder Gerichts- und Administrativbehörde, welche mit Depositen zu thun hat, einer besonderen Commission übertragen ¹²⁸). —

In der Pfalz besteht noch die französische Gerichtsverfassung, und die Rechtspflege wird daselbst in erster Instanz von den Friedensrichtern und vier Bezirksgerichten, in zweiter und letzter aber von dem Appellationsgerichte zu Zweibrücken verwaltet. Für die Entscheidung derjenigen Fälle, in welchen Cassation nachgesucht werden kann, besteht der, eine Abtheilung des Appellationsgerichtes bildende, Cassationshof in München, welcher einen Director und sechs Rätthe zählt, und vor welchem wie bei den anderen Gerichten mündlich und öffentlich verhandelt wird.

Die Friedensgerichte — welchen neben dem Vermittlungsamte und der Judicatur in Sachen unter 50 Franken ohne bis 100 Franken, aber mit Vorbehalt der Berufung, auch die Versiegelungen und Entsiegelungen in Sterbefällen und ausnahmsweise noch einige Handlungen der freiwilligen, desgleichen die Forstgerichtsbarkeit übertragen sind — sind mit einem Friedensrichter und Gerichtsschreiber, die Bezirksgerichte mit einem Präsidenten und drei Richtern, das Appellationsgericht mit einem Präsidenten, einem Director und zehn Rätthen besetzt, und die Verfassung dieser beiden Tribunale ist collegialisch.

125) Verordnung v. 29. März und 10. Sept. 1807 (Reg.-Bl. v. 1807. S. 360 u. 1490).

126) Verordnung v. 29. März 1807 (Reg.-Bl. v. 1807. S. 560).

127) M. f. Morig, Nov. 2. Aufl. Bd. I. S. 888 fig. u. v. Wendt, Civilproz. Bd. I. S. 48 fig.

128) Verordnung v. 10. Nov. 1832 (Reg.-Bl. v. 1832. S. 1083), Morig, Nov. I. Bd. 2. Aufl. S. 869 fig.

Die Staatsprocuratur ist bei den Bezirksgerichten mit einem Staatsprocurator und einem Substituten, bei dem Appellationsgerichte mit einem General- und zwei Staatsprocuratoren, bei dem Cassationshofe endlich mit einem Generalprocurator aus der Mitte der Oberappellationsgerichtsräthe bestellt. Bei allen Gerichten finden sich ein oder zwei Gerichtsschreiber und ein Gerichtsbote.

Alle Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, als Aufnahme der Contracte, Testamente u. s. w. stehen mit Ausnahme der wenigen den Friedensrichtern zugewiesenen den Notariern zu.

Advocaten und Anwälte sind in der Pfalz in einer Person vereinigt.

In Criminalsachen werden die Polizeifrevel von den Friedensgerichten und an Orten, wo diese nicht bestehen, von dem Bürgermeister, die Vergehen von den Bezirks- als Zuchtpolizeigerichten, und die Verbrechen durch die Criminalgerichtshöfe mit Geschwornen gerichtet. Diese bestehen aus einem Rathe des Appellationsgerichtes als Präsidenten, aus vier Mitgliedern des Bezirksgerichtes, welches am Orte der Affisen seinen Sitz hat, und zwölf Geschwornen, welche aus den zur Wahl für die Ständeversammlung berufenen Wahlmännern genommen werden, und blos über die That zu erkennen haben. Außerdem gibt es auch noch in besonderen Fällen Specialgerichte, aus acht Richtern (worunter drei Officiere), bestehend aber ohne Geschworne, so daß sie zugleich über die That und über die Strafe erkennen. Der Berufung (Geldstrafen unter 5 Franken ausgenommen) sowie, in den dafür geeigneten Fällen, der Cassation wird allenthalben stattgegeben¹²⁹⁾.

Die Administrativbehörden haben auch in der Pfalz die Judicatur in den meisten Fällen, in welcher sie in den älteren Kreisen als Gerichtsbehörden für sogenannte administrative oder gemischte Rechtsachen competent sind. —

Was nun endlich die rechtlichen Beziehungen bayer'scher Unterthanen zum teutschen Bunde, zu Fremden und zum Auslande überhaupt betrifft, so sind 1) über die rechtliche Verbindlichkeit der Beschlüsse der teutschen Bundesversammlung für Bayern im Allgemeinen keine gesetzlichen Bestimmungen vorhanden; vielmehr wurden bei den Verkündigungen einzelner Bundeschlüsse, meist direct oder indirect, die verfassungsmäßigen und Souveränitätsrechte vorbehalten, und auch in den Regierungsblättern bisher nur publicirt: die Beschlüsse von 1819, 1832 und 1833 über Pressefreiheit und Verbot von Zeitschriften, die von 1831 über die allgemeine Cartelconvention, die von 1833 über die Adressen, welche öffentliche Bundesangelegenheiten betreffen, und die von 1834 u. 1835 über das Schiedsgericht und die Spruchmänner.

2) Alle Personen welche sich des Gesandtschaftsrechtes zu erfreuen haben, nebst ihren Familien und ihrem Dienstpersonale sind von der Gerichtsbarkeit der bayer'schen Behörden als exterritoriales, in allen Personalklagen, wo sie nicht als Kläger oder Interveniënten ober

129) M. s. die Amtsblätter für den Rheinkreis von 1816—1818.

Widerbeklagten auftreten, desgleichen in allen Straffällen befreit und auch nicht verpflichtet als Zeugen zu deponiren¹³⁰⁾.

3) Andere Ausländer (forenses) können nicht nur in Real-, sondern auch in Personalklagsachen vor den geeigneten bayer'schen Gerichten belangt werden, in so weit ihre in Bayern gelegenen Güter einen zureichenden Executionsgegenstand darbieten, oder dafür angenommen werden können.

Uebrigens genießen die Fremden in Bayern alle die bürgerlichen und Privatrechte, die die Staaten, zu welchen sie gehören, den bayer'schen Unterthanen zugestehen.

Besondere Verträge über rechtliche Verhältnisse der beiderseitigen Staatsangehörigen bestehen mit vielen Staaten, und es sollen dieselben hier noch aufgeführt werden¹³¹⁾.

Ueber die Freizügigkeit wurde schon unterm 20. Juli 1817¹³²⁾ in Folge der teutschen Bundesacte eine Verordnung erlassen, welche die Nachsteuer- und Abzugsfreiheit für alle teutsche Bundesstaaten publicirte, eben so 1831 die zwischen denselben abgeschlossene allgemeine Cartelconvention.

Außerdem existiren darüber Verträge mit Frankreich (1804), Rußland (1825), England (1837), Oesterreich, für dessen sämtliche Staaten (1807), Schweiz (1804), Syrien (1812), den Niederlanden (1818), Neapel (1819), Parma (1822), Polen (1828), Sardinien (1831), Griechenland (1835), Dänemark (1833).

Allgemeine und zwar umfassende Jurisdictionen, neben diesen aber auch besondere, auf einzelne Theile der Rechtspflege sich beziehende Verträge wurden nur mit Würtemberg (1821, 1824, 1825, 1827, 1829, 1832) abgeschlossen; außerdem aber in den Jahren 1827 mit Hannover und 1818 mit Baden über die gerichtlichen Insinuationen; 1822 mit Preußen und Hessen-Darmstadt, 1830 mit Meiningen, 1826 mit Würtemberg, 1833 mit Sachsen und Oesterreich, 1835 mit Kurhessen, 1836 mit Sachsen Weimar, sämtlich über die Forstfrevel; desgleichen mit dem Großherzogthum Hessen 1820 und Kurhessen 1827 über das Armenrecht, mit dem Königreich Sachsen und den reussischen Häusern 1820 über die Vaganten, sowie mit ersterem und Sachsen Weimar 1823 über die strafrechtlichen Kosten; mit S. Weimar, S. Coburg und S. Meiningen 1817 und 1818, mit dem reuß. Häusern 1827 über die Militärpflichtigkeit hinsichtlich der Auswanderungen; mit Oesterreich für alle seine Staaten 1826 und Frankreich 1827

130) Codex ind. C. I. §. 11. Vordn. v. 21. Febr. 1789. in Maier's Gen.-Samml. Bd. 5. S. 6.

131) 1. constit. Edict v. 26. Mai 1818 (Gesetzbl. v. 1818. S. 46). Gesetz v. 15. Aug. 1828 (Gesetzbl. v. 1828. S. 38).

132) Reg.-Bl. von 1817. S. 747.

ein Militärcartel; mit derselben Macht 1821 und 1826 über die Liquidation der Forderungen an dieselbe; mit den russ. Häusern 1828 über den Gantgerichtsstand; mit dem Königreich Sachsen 1830, mit Preußen und Kurhessen 1829 über den Schutz gegen den Nachdruck; mit Oesterreich 1829 über die Schuldenausgleichung; mit den Rheinuferstaaten 1831 über eine Schifffahrtsordnung; mit Oesterreich und dem Königreich Sachsen 1833 über die Verpflegung kranker Staatsangehörigen; mit mehreren Schweizercantonen 1834 über die gegenseitigen Rechte der Einwohner beider Staaten im Concurs; mit S. Coburg und Preußen 1834 über die Correspondenz der Gerichtsbehörden; mit S. Altenburg und S. Coburg 1834 über die Kosten der gerichtlichen Requisitionen; mit Würtemberg, Baden, Hessen, Nassau und Frankfurt 1837 über das Münzwesen — wozu noch die seit 1827 bis 1838 mit den meisten deutschen Staaten abgeschlossenen Zollvereinigungs- und Handelsverträge kommen. —

Man sehe über alle vorbemerkten Conventionen die bayer'schen Regierungsblätter der dabei angegebenen Jahre, wo sie sämmtlich abgedruckt sind.

..

Beamte (wohl irrig und gegen den durch den Wohl laut gebotenen Sprachgebrauch von Einigen Beamtete geschrieben ¹⁾) sind alle diejenigen, welche ein Amt bekleiden. Versteht man nun unter Amt im weitesten Sinne dasjenige mit einer gewissen Würde verbundene Verhältniß, vermöge dessen eine Person einem Höheren verpflichtet ist, zu einem bleibenden Zweck innerhalb eines bestimmten Wirkungskreises gewisse Geschäfte fortdauernd zu verwalten ²⁾, so wird der Begriff eines Beamten sich hieraus von selbst gestalten. Eben so geht aus diesem Begriffe hervor, daß der Höchste im Volke, der Träger der Majestät, der Landesherr, nicht Staatsbeamter sein kann, eben weil kein Höherer über ihm ist ³⁾. Wenn dennoch Joseph II. von Oesterreich und Friedrich II. von Preußen ⁴⁾ sich die obersten Diener des Staates nannten, so konnten sie es nur in dem Sinne meinen, daß sie die Obersten unter denen seien, die dem Staate zu nützen, ihm zu dienen (*reipublicae inservire, non servire*) besonders verpflichtet wären ⁵⁾. Selbst die teutschen mediatisirten Fürsten sind demnach nicht

1) Krug, encyclopädisch-philosophisches Lexikon unter dem Worte: Beamter.

2) Krug a. a. D. u. d. W. Amt.

3) Anders verhält es sich mit dem Regenten, der dieß nicht *iure proprio* ist; dieser kann zuweilen Staatsbeamter sein, wie jetzt der Regent in Brasilien.

4) Dieser in seinem Anti-Macchiavel in den Oeuvres de Frédéric II. publiées du vivant de l'auteur, T. II. p. 2. und in seinen Oeuvres posthumes T. 6. p. 60.

5) Krug an dem in der 1. Note angeführten Orte. Man vergl. auch

Staatsbeamten⁶⁾. Je nachdem nämlich die Person des Höheren, dem der Beamte verpflichtet ward, eine Privatperson oder eine öffentliche ist, wird auch das Amt ein Privatamt oder ein öffentliches Amt, der Beamte ein Privatbeamter oder ein öffentlicher Beamter sein. Ob aber der Anstellende eine Privat- oder öffentliche Person, ein Höherer oder Gleicher ist, darauf kommt es nicht an. Der Patrimonialrichter z. B. ist ein öffentlicher Beamter, weil er dem Staate zur Justizadministration verpflichtet ist; der Gutsrendant ist eine Privatperson, wenn ihn auch der Gutsherr gerichtlich hat verpflichten lassen, weil er nur diesem verpflichtet ist, obgleich der Gutsherr beide Beamten angestellt hat, mag er auch einen höheren oder geringeren Rang als der Patrimonialrichter haben. Ob der Beamte besoldet oder unbesoldet ist, darauf kommt nichts an; denn die Besoldung ist kein Lohn (merces) für niedere, mit einer gewissen Würde nicht vereinbare Arbeiten, sondern ein Ehrensold (honorarium)⁷⁾. So unterscheidet sich der Beamte durch die mit dem Amte verbundene Würde und seinen öffentlichen Character von dem blos um Lohn dienenden Bedienten. Nicht alle öffentlichen Beamten aber sind Staatsbeamten⁸⁾, sondern sie sind dieß entweder (auch öffentliche Beamte im engeren Sinne genannt), oder sie sind nur öffentliche Beamte im weitesten Sinne, worunter auch solche Privatbeamte begriffen sind, welche zugleich zu Erreichung gewisser Staatszwecke mit verwendet werden⁹⁾. Dahin gehören die Patrimonialrichter, die Communbeamten, nicht die Beamten anderer Gesellschaften und Corporationen, z. B. Innungsbeamte, Eisenbahnbeamte u. s. w.¹⁰⁾ Nur in

darüber die Definition des höchsten Beamten im Staate, des Ministers, in der Schrift des Verf. dieses Artikels: Die Ministerverantwortlichkeit in constitutionellen Monarchien, Leipzig 1833. Abschn. 1. S. 1.

6) Maurenbrecher, Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechtes, Frankfurt a. M. 1837. §. 136. Note m. gegen Behr, Darstellung des rheinischen Bundes, S. 409. Euden Nemesis III. 2.

7) Krug a. a. D. u. d. W. Staatsdiener. Wenn das königlich sächsische Staatsdienergesetz §. 1. (Gesetzsammlung v. 1835. S. 169.) ein bestimmtes jährliches Einkommen aus der Staatscasse mit zu den charakteristischen Merkmalen des Staatsdieners in seinem Sinne rechnet, so ist dieß eine Abweichung vom gemeinen Recht und beabsichtigt klar, theils die Communalbeamten, theils diejenigen jungen Leute, welche dort zu ihrer Ausbildung umsonst öffentliche Ämter verwalten, nicht zu den Staatsdienern rechnen zu lassen, wie vielleicht sonst geschehen könnte.

8) Rehberg, die Erwartungen der Deutschen von dem Bunde ihrer Fürsten, Jena 1835. S. 57.

9) Schmalz, das deutsche Staatsrecht, Berlin 1825. §. 348—350.

10) Es versteht sich von selbst, daß wir zu den nicht öffentlichen Beamten dieser Art die zu den Versammlungen abgeordneten und überhaupt zur Aufsicht über dergleichen Corporationen bestellten obrigkeitlichen, also öffentlichen Beamten, zum Handwerk Verordnete, Handwerksdeputirte, Handwerkscommissarien, Gildeherren, Amtpatrone, Obmänner, Wetteherren, Morgensprachsherren (man vergl. Pierer, encyclopädisches Wörterbuch, Anhang des 26. Bandes, u. d. Worte Junft, S. 788.) nicht rechnen.

den neuesten Zeiten hat sich diese Unterscheidung näher herausgestellt, da auch die Unzweckmäßigkeit der Verbindung der Staats- und Gemeindefürsorge in den Communalämtern näher dargelegt worden ist¹¹⁾. Früherhin pflegte man — und noch jetzt wirken die Folgen dieser Eintheilung im Staatsdienerorganismus fort — dergleichen öffentliche Beamte im weitesten Sinne mittelbare Staatsdiener zu nennen und ihnen die unmittelbaren Staatsdiener entgegen zu setzen, d. h. diejenigen öffentlichen Beamten, die wir, wie gedacht, nur allein mit dem Namen Staatsdiener oder Staatsbeamten belegen zu können glauben, die vom Staate selbst zu öffentlichen Zwecken angestellt sind¹²⁾. Allein dann rechnet man die mittelbaren doch zu den Staatsdienern¹³⁾, es würden ihnen also alle Rechte und Pflichten der Staatsdiener zukommen, die sie aber in der Regel nach den Staatsdienergesetzen¹⁴⁾ nicht haben. Diese ältere Eintheilung und Benennung kann besonders in constitutionellen Monarchien, wegen des denselben beigemischten demokratischen Elementes, nicht mehr durchgeführt werden, während in autokratischen Monarchien die Gemeindegeschäfte, — denn von Communbeamten ist hier vorzüglich die Rede — durch einen aristokratischen Magistrat verwaltet, in den Staatsangelegenheiten gleichsam verschwinden, und das Interesse des Ersteren an den Gemeindegeschäften in der Regel in den von ihm hauptsächlich zu besorgenden Staatsangelegenheiten untergeht¹⁵⁾. Staatsbeamter, Staatsdiener ist also eigentlich nur derjenige Unterthan, welcher von der höchsten Gewalt im Staate angestellt und dieser verpflichtet ist, vermöge seiner Würde gewisse Geschäfte der Regierung im weitesten Sinne fortdauernd zu verwalten. Durch das Fortdauernde des Verhältnisses unterscheiden sich der Staatsdiener von den bloß für einzelne Ge-

11) Bülow, die Behörden in Staat und Gemeinde, Leipzig 1836. S. 342, 344 flg. Derselbe in Pölig, neue Jahrbücher der Geschichte, der Staats- und Cameralwissenschaften, Leipzig, Sept. 1838, S. 266—270. v. Rotteck und Welcker, Staats-Lexikon 6. Bd. 3. Lief., Altona und Leipzig 1838, u. d. W. Gemeinde, S. 393.

12) Man vergl. Note 13 zum Art. Amtsverbrechen S. 223. des 1. Bandes dieses Werkes; auch Klüber in dem nachstehend in Note 16 angezogenen Werke S. 490.

13) v. Pohnhorst, Jahrbücher des großh. badischen Oberhofgerichtes zu Mannheim, Mannheim 1823. 1. Bd. S. 269: Ob ein Dorfschultheiß oder Ortsvorgesetzter als Staatsdiener anzusehen sei?

14) S. B. herzogl. S. = Altenburg. Edict in Bezug auf einige Verhältnisse des Staatsdienstes etc. vom 18. April 1831. §. 4 u. 5. Königlich sächs. Staatsdienergesetz vom 7. März 1835. §. 2. Nr. 9. Gesefsamml. S. 170.

15) Bülow a. a. D. Danz, Handbuch des heutigen teutschen Privatrechtes, 4. Bd. Stuttgart 1801. S. 433. S. 322 u. 326. In der in der nächstfolgenden Note 17 angeführten Abhandlung v. Metelbladt's verbreitet sich derselbe auch über die Verhältnisse solcher Personen, die nicht vom Regenten, sondern anderen Personen oder Behörden in Mecklenburg im Dienst angestellt sind. Wegen Preußen vgl. Perthes in der in nachstehender Note 17 angegebenen Schrift S. 42.

schäfte bestellten Auftragten, z. B. von Actoren und Procuratoren des Staates, denen einzelne Prozesse vom Staate übertragen sind und die dadurch allein nicht Staatsbeamte werden, wenn ihnen nicht z. B. alle Prozesse einer gewissen Branche der Regierung fortdauernd übertragen sind, wie die Kammer-, Finanz-, Steuer-Procuratoren, Lehns- und Regierungsfiscale u., ebenso von bloßen Lieferanten u. Vieles dabei beruht jedoch auf willkürlichen Bestimmungen. So gelten in der Regel die Lottereeinnehmer, Collecteurs, Debitours der Loose nicht für Staatsbeamte¹⁶⁾, ohnerachtet auf sie die oben angegebene Definition des Staatsbeamten paßt¹⁷⁾. In Deutschland pflegt das Wort Amt noch in einigen sehr beschränkten Bedeutungen vorzukommen, und der Vorgesetzte eines solchen Amtes pflegt dann vorzugsweise der Beamte Amtschöffer, Amtmann genannt zu werden, obgleich dieser letzte Ausdruck auch oft von einem sehr niederen Amte (z. B. Eisenamtman in der bayer'schen Pfalz s. v. w. Frohn) gebraucht wird¹⁸⁾.

16) Maurenbrecher a. a. O. S. 218.

17) Man vergl. Klüber, öffentliches Recht des deutschen Bundes, 3. Aufl. Frankf. a. M. 1831. Maurenbrecher a. a. O. S. 159, welcher in der Note a die zu dieser Materie gehörigen neuen Gesetze einzelner Bundesstaaten (denen wir, außer den vorstehend in Note 14 genannten, noch die herzoglich-sachsen-coburg-saalfeldische Verordnung, den Civilstaatsdienst betreffend, vom 20. August 1821 beifügen, ingleichen die herzoglich-coburg-gothaische Verordnung, den Landesverwaltungsorganismus betr., vom 30. October 1828, worüber nachzusehen ist die Abhandlung von Adolph Martin in dessen Jahrbüchern der Gesetzgebung und Rechtspflege in Sachsen, 1. Jahrg. 2. Heft Nr. XIV. S. 136), und in der Note b verschiedene Definitionen des Ausdrucks: Staatsbeamten auführt. v. Metelbladt, Rechtsprüche des Oberappellationsgerichtes zu Parchim, 4. Band, Berlin 1834. Abh. 72. S. 142: 1) Vom Begriffe eines Staatsamtes. 2) Wer ist zu den Staatsbeamten zu rechnen u. u. Ueber die Literatur, das öffentliche Beamtenwesen im Allgemeinen betreffend, findet sich Näheres in Kappler, juristisches Promptuarium, Stuttgart 1835 und 1837, und Sichel, Repertorium über die in den Jahren 1802 bis mit 1834 erschienenen Sammlungen u., Leipzig 1834 und 1835, Beide unter den Worten: Amt, Beamte, Staatsdiener, Staatsdiener. Hier bemerken wir vorzüglich: Seuffert, von dem Verhältnisse des Staats und der Diener des Staats gegen einander, im rechtlichen und politischen Verstande, Würzburg 1793. v. d. Becke, von Staatsämtern und Staatsdienern, Heilbron 1797. v. Gdnner, der Staatsdienst aus dem Gesichtspuncte des Rechtes und der Nationalökonomie u., Landshut 1808. Schelhaß, Magazin des königlich bayer'schen Staats- und Privatrechtes, 1. Bd., Um 1808. S. 8. Malchus, Politik der inneren Staatsverwaltung über Darstellung des Organismus der Behörden für dieselbe, Heidelberg 1823. Evers, allgem. juristische Zeitschr. 1. Jahrg. 1828. S. 46, 181, 189, 461. Pfeiffer, Beiträge zum deutschen Staats- und Fürstenrechte, 1. Pief., Berlin 1829, Nr. II. S. 106 flg. Pfeiffer, praktische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft, 3. Bd., Hannover 1831. S. 352 flg. und 513 flg. Perthes, der Staatsdienst in Preußen, ein Beitrag zum deutschen Staatsrechte, Hamburg, Perthes 1838.

18) Schon bei Goldast, Reichsaktionen, Tom. I. Fol. 180. in einer Urkunde Kaiser Friedrichs III. kommt der Ausdruck Amtmann in der Bedeutung von Richter vor: Went wat men zo yn hant zo spreken, dat sullen sy

Amt heißt nämlich auch ein für eine gewisse Verwaltung abgegrenzter District (daher Pachtamtman, Justizbeamter, Rentbeamter u.), zuweilen eine zu einer Verwaltung niedergelegte Behörde (Justizamt, Marschallamt, Bauamt), besonders in Norddeutschland s. v. w. Innung, häufig s. v. w. Graf- oder Herrschaft¹⁹). Die Franzosen bezeichnen die öffentlichen Beamten mit dem Ausdrucke fonctionnaires publics auch agens du pouvoir. Doch entspricht der letztere Ausdruck mehr dem lateinischen officiales publici, worunter man in der Regel nur Unterbeamten verstand, von welchen die Befehle der Oberbeamten ausgeführt wurden²⁰), wie man denn auch die Arbeiten der officiales oder des, wie man lieber sagte, officium²¹) operae nannte. Späterhin bediente man sich des erstgedachten Ausdruckes allerdings auch bei einigen höheren Stellen, doch nie in dem Umfange, in welchem wir das Wort gebrauchen²²). Dafür hatte der Römer in der That kein allgemeines Wort. Er sprach von den Beamten überhaupt lieber abstract (dignitates, honores, munera, officium, magistratum, magistratus)²³), als persönlich, wie wir.

In den früheren Zeiten des römischen Staates, namentlich bis zu den Zeiten der Republik, war²⁴) die Organisation der Beamten sehr einfach, ihre Zahl sehr klein; die Senatoren hatten Berathung und Entscheidung über das, was der König ihnen vortrug, die criminalrichterliche Gewalt und die Administration; die 10 ersten übten eine Art von Interregnum nach dem Tode des Königs aus, für welchen sie auch dem Senat und den Curien einen Nachfolger vorzuschlagen hatten. Unter Servius Tullius wählten die Centuriatcomitien die, sonst von den Curiatcomitien zu wählenden, jetzt nur von ihnen zu bestättigenden, höheren Magistratspersonen, und entschieden über Krieg

verantworten mit eyme Amtmann, der ein Pfleger over Sy is, van des Kayfers wegen und in der Stat, dae die inne synt geseffen.

19) Strube's rechtliche Bedenken, spangenbergische Ausgabe, Hannover 1827. 1. Bd. Bed. 106, S. 158. (V. 11.)

20) Apul. Met. I., da läßt ein Aedilis durch einen Officialis die zum Verkauf gebrachten Fische mit Füßen treten. Forcellini totius latinitatis lexicon, Tom. III. Lips. et Londini 1835. s. v. officialis. Man vgl. auch L. 1. §. 27. D. de quaestionibus (48. 18.): potes itaque decreti gratiam facere et eum per officium distrahi jubere.

21) L. 1. D. de oper. libert. (38. 1.): Operae sunt diurnum officium.

22) Calvini lexicon iuridicum s. v. Officialium varia etc.

23) Siehe die in Note 20 am Ende angezogene Gesetzstelle.

24) Campiani de officio et potestate magistratum Romanorum et iurisdictione libri duo, Genevae 1725. Reiz's Vorlesungen über die römischen Alterthümer, Leipzig 1796. Tab. XVI. fig. Bethmann-Hollweg, Handbuch des Civilprozesses, 1. Abth. 1. Bd. Bonn 1834. §. 3 fig. S. 36 fig. Walter, Geschichte des römischen Rechtes bis auf Justinian, Bonn 1834. 1. Buch Cap. 18, 28, 42. Rein, das römische Privatrecht und der Civilprozeß bis in das erste Jahrhundert der Kaiserherrschaft, Leipzig 1836. S. 21, 24—31, 37—39.

und Frieden, sowie über Verbrechen, während die Curiatcomitien nur über Vergehungen gegen die Rechte der Patrizier und über deren Verbrechen zu richten hatten. Dieß blieb auch so (obgleich Tarquinius Superbus auf einige Zeit es aufgehoben hatte) in der Hauptsache während der Republik, außer daß an die Stelle des Königs zwei Consules, anfangs Praetores genannt, traten, der Senat die Hauptbehörde wurde, die übrigen Beamten aber nur Vollstrecker der Befehle des Senates waren. Dieser hatte auch die criminalrichterliche Gewalt über die Staatsverbrecher, die Consuln für sich aber über die Privatverbrecher; doch wurde immer mehr von alle dem an die quaestiones perpetuae verwiesen. Nur kamen nach und nach hinzu: 1) der Dictator, dieser mit der höchsten Macht für außerordentliche Fälle bekleidete Beamte. 2) Die Tribuni plebis oder Tribuni plebei oder Trib. plebi, seit dem Jahre Roms 261 von den Tributcomitien erwählt, früherhin zwei, späterhin fünf, eine Art Controle des Senates, denen ein Veto gegen die Senatsbeschlüsse, Verhinderung der Conscription, eine Art von Entscheidung der Rechtshändel in zweiter Instanz und das Recht, Volks- und Senatsversammlungen zu berufen, zustand (ihre Subalternen waren die Viatores im Gegenseße zu den Lictores der Staatsbeamten). 3) Die Aediles, welche vorzüglich die Polizei in ihren verschiedenen Zweigen zu verwalten hatten, und anfangs bloß vom plebs (zwei aediles plebis, die zugleich die gegen den plebs begangenen Vergehen anzuklagen hatten), späterhin zur andern Hälfte auch von den Patriziern (zwei aediles curules) gewählt wurden. 4) Außer denjenigen Quaestores, welchen die quaestiones perpetuae²⁵⁾ übertragen wurden, um wegen vermehrter Anzahl der sonst von dem Volke gerichteten Verbrechen dieß Richteramt auszuüben, die Administrativ-Quaestores, Steuereinnehmer, deren Wahl übrigens auch früher vom Könige, nachher von den Consuln, zuletzt von den Centuriatcomitien erfolgte. Ihr Amt war, besonders späterhin, sehr einträglich, obgleich weder sie noch ihre untergeordneten Zahlmeister die Einnahme selbst hatten. Letztere erhielten vielmehr das auszahlende Geld erst von den Tribuni aerarii, den eigentlich unabhängig stehenden Cassirern. Die Zahl der Quästoren stieg unter Sulla bis zu zwanzig²⁶⁾. Mehr bildete sich das Beamtenverhältniß seit Errichtung der Zwölfstafelgesetze aus. Der Senat verlor zwar keines seiner Rechte, aber es kamen, während statt der Consuln Tribuni militum cum consulari potestate²⁷⁾ eintraten, andere Magistraturen hinzu, namentlich die Censores, welche das ein-

25) D. i. die ständigen Criminalgerichte. Man vergl. Zacharia, Lucius Cornellius Sulla, genannt der Glückliche, als Ordner des römischen Freistaates, Heidelberg 1834. 1. Abth. S. 56. 2. Abth. S. 35, 126, 152, 167.

26) Schloffer, universalthistorische Uebersicht der Geschichte der alten Welt und ihrer Cultur, 2. Th. 1. Abth. S. 468. Note q.

27) Nur derjenigen obersten Offiziersstellen gedenken wir hier, die in Beziehung zur Civilverwaltung stehen; die anderen, als nicht hierher gehörig, übergehen wir billig.

zige von den Rechten der Consuln nicht auf die Trib. milit. übergegangene Amt, die Censur verwalteten, d. h. sie hielten die tabulas censorias, Zinstafeln, sowohl Behufs der Aushebung, als der Steuer. Erst später entstand daraus ein Sittenrichteramt, und die Censoren wurden sogar die obersten Finanzbeamten. Die Praetores erhielten von den Attributen des Consulats die richterliche Gewalt; der erste wurde wegen Abwesenheit der Consuln im Felde, um unter den Staatsbürgern Recht zu sprechen — Praetor urbanus — der andere erst zur Zeit des ersten punischen Krieges, um die Streitigkeiten zwischen Bürgern und Nichtbürgern zu entscheiden (qui inter cives et peregrinos ius dicit) — Praetor peregrinus — gewählt. Unter Calpurnius Piso wurden noch vier hinzugefügt, und Sulla vermehrte ihre Zahl auf acht. In gewisser Art concurrent mit den Censoren treten nunmehr die Aediles auf, jetzt polizeiliche, rücksichtlich ihrer Attribute schwer von den Censoren zu sondernde Beamte. Sie hatten sehr viele Unterbeamten unter sich, da ihnen die Beforgung der öffentlichen Baulichkeiten oblag, und diese sehr groß in Rom waren, weshalb unter ihnen sehr viele Rechnungsbeamte, Schreiber, Baumeister, Messkünstler und Gewerken aller Art standen²⁸⁾. Die Unterbeamten²⁹⁾ waren nämlich theils vom Senat oder Volke selbst gewählte eigentliche Unterbeamten, welche nicht unter den Censoren, Consuln, Praetoren, Aedilen und Quästoren standen, wie die triumviri nocturni, monetales, capitales (Polizeibeamte, die nur allein 8 Lictoren unter sich und die Beaufsichtigung der Gefängnisse und Vollziehung der Strafen zu besorgen hatten³⁰⁾), triumviri reficiendarum aedium, reficiendis muris turribusque, conquirendis sacris, deducendis coloniis, dividendis agris etc. duumviri dedicandis aedibus, duumv. navalibus, praefecti anonae, curatores viarum, conquisitores etc., theils Subalternen der obengenannten höheren Beamten (apparitores), unter welchen die Schreiber und Rechnungsführer (scribae) die wichtigsten waren und in Rom eine bedeutende Beamtenkaste bildeten. Am tiefsten standen unter ihnen die eigentlichen Diener jener höheren Beamten (accensi), welche, um sie mehr in der Hand zu haben und nicht erst durch Prozeß, wie das bei freien Bürgern nöthig gewesen wäre, über sie zu verfügen, aus den Sklaven und Freigelassenen der sie anstellenden hohen Beamten genommen, und daher auch servi publici genannt wurden, obgleich man unter diesem Ausdrucke oft sehr angesehene Männer verstand. Es waren nämlich unter diesen Ämtern häufig sehr bedeutende, oft mit Geld erkaufte, wie das Amt der praecoens. Auch die zahlreichen Lictores gehörten dazu. Eine große Veränderung rücksichtlich der römischen Beamten ging vor, nachdem unter Octavianus Augustus sich die Republik allmählig, aber gänz-

28) Schloffer a. a. D. S. 467 und 468. Note q.

29) Darüber umständlich Schloffer a. a. D. S. 463 fig.

30) Zacharia a. a. D. 2. Abth. S. 148.

lich auflöste³¹⁾. Zwar blieben dem Namen nach lange Zeit die Würden der römischen Republik, aber ihre Bestimmung warb ganz verändert, mindestens war, in wie weit sie die Freiheit der Republik wahren sollten, ihre Stellung so, daß dieser Zweck unmöglich gemacht wurde. Sie waren sämmtlich, selbst die Consuln (dem Namen nach immerfort die obersten Beamten) und der Senat, nur Diener der kaiserlichen Gewalt. So mußte der Letztere die Gesetze, welche der Kaiser vorlesen ließ, bestätigen und nach Vorschrift des Kaisers die höheren Magistrate wählen, ja sogar darnach die Criminaljurisdiction ausüben. Die consularische Gewalt wurde, gleichsam nur als Titel, sehr Vielen verliehen, daher der Unterschied in Consules ordinarii und suffecti. Die Quaestores verloren ganz ihre vorige Stellung, und wurden vom Kaiser gleichsam als Generalcommissarien gebraucht, in dieser Qualität in die Provinzen geschickt und zur Verkündigung der Befehle des Kaisers an den Senat verwendet, daher sie nunmehr den Namen *Candidati principis* führen. Die *Tribuni*, ihrer ersten Bestimmung nach Controlleurs des Senats, wurden aus seiner Mitte gewählt, Censoren gab es nicht mehr, außer wenn der Kaiser oder sein Mitregent diesen Titel annahm. Nur die *Prätoren* waren noch ziemlich in ihrer vorigen Stellung rücksichtlich der Civiljurisdiction, sorgten aber auch für die *quaestiones perpetuae*; ihrer sollen 16 gewesen sein. Aber die *Aediles* waren durch die *Praefecti urbi* sehr beschränkt, und ihrer wird seit dem dritten Jahrhunderte nicht mehr gedacht. Zwei neue höchst einflussreiche Stellen wurden nämlich unter August errichtet: 1) der *Praefectus urbi*, Stellvertreter des Kaisers in dessen Abwesenheit, höchster Polizeidirector und Criminalrichter, auch in städtischen Prozeßsen die höchste Appellationsinstanz; 2) der *Praefectus praetorio*, der militärische Oberbefehlshaber, der aber nach und nach Antheil an allen wichtigen Geschäften erhielt und in Civil- und Criminalsachen (ohne Möglichkeit der Appellation an den Kaiser) in letzter Instanz entschied. Die späteren Kaiser vermehrten nun diese Ämter unendlich; dieß that vorzüglich Constantin der Große³²⁾, unter dem wir schon den Titel *Comes*, welcher nicht ein eigenes Amt bezeichnet, für einzelne Beamte finden, die dadurch eine besondere Auszeichnung erhalten sollten³³⁾. Deren gab es drei Grade: *Comites primi, secundi, tertii ordinis*. Die vorzüglichsten darunter waren die *Comites consistoriani*, Mitglieder des *Consistorium*, das schon unter Hadrian an die Stelle des unter Augustus und Liberius bestehenden geheimen Rathes (*auditorium s. consilium*) trat. Allein die Ausbildung des Beamtenorganismus steigerte sich immerfort, so daß nunmehr umständliche systematische Ver-

31) Rein a. a. D. S. 55 flg.

32) Rüdiger, de curialibus imperii Romani post Constantinum M., Vratislaviae 1838.

33) Rein a. a. D. S. 62. und Bachii historia iurisprudentiae romanae, ed. 4. Lipsiae 1782. Lib. III. cap. III. §. 4.

zeichnisse der Beamten nöthig wurden³⁴), worunter besonders eines unter dem Namen der *notitia dignitatum*³⁵) aus dem Ende des 4. oder Anfang des 5. Jahrhunderts bekannt ist³⁶). Höchst verwickelt erscheint jetzt dieses Beamtensystem. Wir erwähnen indeß davon nur noch, daß damals schon Hof- und Civildienst (*officia palatina et civilia*) unterschieden waren, und daß schon unter Theodosius dem Großen eine gewisse Rangordnung³⁷) unter den Beamten festgesetzt wurde, vermöge deren sie je nach der Höhe ihrer Würde auf die Titel: *illustres*, *spectabiles*, *clarissimi* oder *perfectissimi* Anspruch hatten³⁸). So war die Sache zur Zeit der justinianischen Gesetzgebung gestaltet, und gegenwärtige aphoristische Skizze wird wenigstens vor irriger Anwendung der das Beamtenwesen betreffenden justinianischen Gesetzstellen auf unser jetziges Beamtenverhältniß schützen³⁹). Denn überhaupt muß das Beamtenwesen sich streng nach der Cultur derjenigen Nation, von welcher eben die Rede ist, bilden; namentlich müssen die Beamten um so mehr Bildung und Einsicht haben, je höher der Grad ist, auf welchem die Cultur ihrer Nation steht.

In Deutschland finden wir in den frühesten Zeiten eigentliches Beamtenwesen nicht. Nachdem die einzelnen teutschen Völker und Volksstämme zu einiger Consistenz gelangt waren, übten die Landes- und Lehenherren über ihre Vasallen, die Grundherren über ihre Leibeigenen und Grundholden Regierungs- und richterliche Rechte, vermöge jener landes- und grundherrlichen Eigenschaft, aus. Das Richteramt, das erste, wovon wir selbst in den rohesten Zeiten Deutschlands einige Notiz finden, wurde von Obrigkeit der Gemeinden gehandhabt, ernannt durch Wahl aus den edeln Geschlechtern⁴⁰). Späterhin erscheint der Richter als vom Könige bestellt; man findet nunmehr den Graf (*comes*) mit seinen Stellvertretern und Gehilfen (*missi comitis*), auch Unterrichter, welche für bestimmte Gemeinden waren (*Centenarii* bei den Franken und Alemannen, *Schulthei-*

34) Böcking, über die *notitia dignitatum utriusque imperii*, Bonn 1834. S. 81.

35) Das Ganze hieß wahrscheinlich: *Notitia dignitatum administrationumque omnium totius imperii* (Böcking a. a. D. S. 90). Alciati und Fabricius nennen es: *Index dignitatum*; Schonhoven: *Dignitates administrationesque romanae*, und zwar noch mit mehreren Zusätzen (Böcking a. a. D. S. 87 flg.).

36) Böcking a. a. D. S. 119.

37) Bach l. c. §. 14.

38) Eine alphabetisch geordnete Erklärung der in dem justinianischen Coder und den Novellen vorkommenden Titel- und Würdenbezeichnungen von Sintenis findet sich im letzten Bande der Uebersetzung des *Corpus iuris civilis* von Otto, Schilling und Sintenis, Leipzig 1834.

39) Glück in seinem Pandectencommentar hat am Ende des 2. Theiles, Erlangen 1800. §. 183. S. 598 flg., ein Verzeichniß der darüber handelnden Pandectentitel und eine kurze Erklärung der vorzüglichsten Beamtenstellen.

40) Eichhorn, teutsche Staats- und Rechtsgeschichte, 4. Ausg. 1. Th. Göttingen 1834. §. 14b. u. 74.

fen, Souldasii bei den Longobarden, Soelta bei den Friesen). Ein Unterbeamter des Centenarius war der Decanus. Nachdem nun im 9. Jahrhunderte Kaiser und Ritter den Nutzen ganzer besetzter Orte (civitates), im Vergleiche mit den Burgen, als Schutzwehr gegen die Streifereien wilder Völker, erkannt hatten, von den Bischöfen im 10. Jahrhunderte die Bischofsstühle zu Immunitäten erhoben worden waren und die Strafengewalt in den Bischofsstühlen auf bischöfliche Bögte übergegangen war, so bildeten sich nach und nach im 12. Jahrhunderte in allen größern Städten, nach dem Beispiele der Römer, Gemeinden mit einem die eigentlichen Gemeinbeangelegenheiten verwaltenden Gemeinderathe (cives späterhin consules genannt), woraus der kaiserliche oder bischöfliche Voigt seine Schöffen nahm. Dieses alles führte endlich zu einer selbstständigen Verwaltung der Gemeinden durch den Gemeinderath, an dessen Spitze die magistri civium, magistri consulum, Bürgermeister standen, so daß gebachte Bögte und Schultheißen wenig oder keine Gewalt mehr behielten ⁴¹). So gestaltete sich nach und nach in Teutschland die Gemeindeverfassung in der Weise, daß die Verwaltung der Gemeinbeangelegenheiten durch einen selbstgewählten Stadtrath ein Hauptcriterium einer Stadt wurde. Indes hatte in der Regel der Magistrat nur die eigentlichen Gemeinbeangelegenheiten und nebenher die niedere Polizei nebst Rüge- und summarischen Rechtsfachen zu verwalten. Nach Ausbildung der Landeshoheit wurde dieß aber beschränkt ⁴²), jedoch mit dem so geringem Einflusse des Landesherrn auf Anstellung und Verwaltung der Beamten, je größer die Gemeinde war. In den Dörfern oder Bauerschaften einzelner Höfe wurden die Schulzen, Bauermeister, Heimbürgen, Gräben, Richter sammt einigen Schöffen, auf den Domänen die Amtmänner, Oberamt männer, Amtsräthe, Drossen, Amtshauptmänner, in den Flecken und Mediatstädten die Bürgermeister und Rathmänner, als unmittelbare Localbrigade, von den Grund- bezüglich Landesherrn oder von deren Beamten ⁴³) ernannt. In größeren Städten hingegen wurden der Stadtmagistrat und an dessen Spitze die Bürgermeister, Oberbürgermeister (Consules, Proconsules, Magistri consulum, Rectores consilii), Rathmeister, Städtmeister, Stadtpfleger, Ammeister, Stadtpräsidenten, Stadtdirectoren, ingleichen die Rathsherren, Stadträthe, Stadtmänner (Consules ⁴⁴)), aus den Mitteln der Stadt selbst gewählt und nur vom Landesherrn bestätigt, indem gewöhnlich die Rathscoll-

41) Eichhorn a. a. D. 2. Th. Göttingen 1835. §. 224, 243, 310.

42) Danz a. a. D. S. 319 u. 320.

43) Schmalz a. a. D. §. 332.

44) Der Name Consules et Senatores, Bürgermeister und Rath, wurde erst im 13. Jahrhunderte von einigen größeren Städten nach dem Beispiele der römischen Städte angenommen und ist dann ziemlich allgemein nachgeahmt worden. Runde, Grundsätze des teutschen Privatrechtes, 6. Ausg., Göttingen 1821. §. 433.

gien sich selbst durch Wahl ergänzten⁴⁵). Dadurch erhielten die Rathscolliegen einen ganz aristokratischen Character⁴⁶), welcher in den neuesten Zeiten veranlaßte, daß diese Ergänzung der höchsten Stadtbeamten größtentheils aufgehoben und derjenigen Corporation übertragen worden ist, welche schon aus früheren Zeiten in mehreren Städten, wiewohl in beschränkterer Maße, unter dem Namen äußerer Rath (im Gegensatz von dem oben erwähnten Magistrat, oder inneren Rath), der größere, untere Rath, Oberalte, Bürgerdeputirte, Silbendeputirte, Rathverwandte, Bürgervorsteher, Genannte, Wohlbenahmte und, nach ihrer Zahl, Hundertmänner, Einundfünfziger, Neuner, Dreier, bestand. Neuerlich, besonders seit dem Jahre 1830, übt diese Corporation unter dem Namen Stadtverordnete, Bürgerausschuß, Communepräsentanten u. einen größeren Einfluß auf die Gemeindeangelegenheiten aus. Uebrigens werden die Rathsmitglieder entweder von Seiten der Commune in der angegebenen Maße selbst gewählt, bedürfen aber dann jedesmal der landesherrlichen Bestätigung, oder von Seiten der Commune werden Einige dem Monarchen zur Auswahl und Ernennung vorgeschlagen⁴⁷). So ist es z. B. im Königreiche Preußen rücksichtlich der Bürgemeisterwahl. In mehreren Städten zerfällt der Magistrat in zwei oder drei Räte, welche zu gewissen Zeiten mit einander abwechseln, so daß nur einer davon (der regierende Rath, im Gegensatz von dem ruhenden) am Regiment ist⁴⁸). Die Subalternen wählt gewöhnlich der Rath, nur in einigen kleinen Ländern bis zum Rathsbdiener herab das Stadtverordnetencollegium. In manchen Städten hat der Landesherr noch jetzt einen Voigt, Stadtschultheiß, Stadtdirector, Polizeidirector, der Justiz und Polizei verwaltet und den Vorsitz im Magistrate führt⁴⁹). Bis gegen das Ende des 13. Jahrhunderts hatten, mit Ausschluß der erwähnten Justizbeamten, rücksichtlich deren besonders auch die fränkischen *missi dominici* als außerordentliche Richter merkwürdig sind, die Landesherrn, obgleich schon im ripuarischen Gesetze der Beamten erwähnt wird, die vom Willen des Königs abhängen⁵⁰), für die eigentlichen Regierungsgeschäfte in der Regel keine besondern Beamten. Ihre Kanzlei wurde durch den Hofcaplan und einige Schreiber gebildet⁵¹), bis der Papst den Geistlichen das Studium des Rechtes untersagte⁵²). Auf diese letztere Veranlassung wurden, wiewohl erst späterhin im 16. und

45) Schmalz a. a. D. §. 346, 347. Runde a. a. D.

46) Bülow a. a. D. S. 349, 351 fig. Runde a. a. D. §. 434.

47) Danz a. a. D. S. 321.

48) Danz a. a. D. S. 322.

49) Runde a. a. §. 432.

50) Türck, Vorlesungen über das deutsche Privatrecht, Rostock u. Schwe-
rin 1832. S. 112.

51) Eichhorn a. a. D. 2. Th. §. 308. 4. Th. Göttingen 1836.
§. 549.

52) Schmalz a. a. D. §. 323.

17. Jahrhunderte, nach dem Beispiele Kaiser Maximilians I.⁵³⁾, Collegien eingerichtet, welche den Landesherrn unter dem Namen des Hofraths, der Kanzlei oder Regierung, umgaben und von einem Kanzler dirigirt wurden. Die Einkünfte des Landesherrn wurden durch ein besonderes Collegium, die Kammer, Hofkammer, verwaltet. Weil aber den Collegien die geheimsten und vertrautesten Regierungsangelegenheiten nicht übertragen werden konnten, so legte sich der Landesherr noch besondere geheime Ráthe zu, aus denen erst in den spätern Zeiten die Minister und Ministerien entstanden. Daß über alle diese Beamten der Landesherr frei disponiren, sie absetzen, versetzen u. konnte, war damals unbezweifelt⁵⁴⁾. Eigentliche Staatsdiener gab es nicht, sondern sie waren mehr landesherrliche Diener⁵⁵⁾. Die obern Justizbehörden wurden gewöhnlich den unmittelbar entstandenen Reichsgerichten, die Regierungen dem Reichshofrathe, die mit jenen größtentheils concurrente Jurisdiction übenden Hofgerichte dem Reichskammergerichte nachgebildet, sowie überhaupt die teutschen Landesherrn, so lange sie noch nicht die volle Souveränität hatten, in ihrem Beamtenwesen das kaiserliche nachahmten⁵⁶⁾.

Zur Zeit des teutschen Reiches rechnete man nämlich das Recht, Aemter und Würden zu ertheilen, unter die vorzüglichsten Ausflüsse der kaiserlichen Majestätsrechte und der gesetzgebenden Gewalt⁵⁷⁾; doch modificirte sich die Sache sehr bald so, daß, mit Ausschluß der zur Ausübung der kaiserlichen Gewalt, als solcher, nöthigen Aemter, der Kaiser in den einzelnen Territorien keine Aemter ertheilen konnte, außer inwiefern das Recht dazu ihm ausdrücklich reservirt war. Zu solchen in den einzelnen Territorien wirksamen kaiserlichen Beamten, Aemtern und Würden gehörten die Ober- und Unterhospfalggrafen (comites palatini, maiores et minores, comites sacri palatii Lateranensis), welche mit dem Erlöschen des teutschen Reiches untergegangen sind; die kaiserlichen, öffentlichen, geschworenen Notarien (notarii publici caesarei iurati), wofür, seit Auflösung des Reichsverbandes, in fast jedem einzelnen teutschen Staate Staats- oder Territorialnotarien existiren; endlich die academischen Würden (Magistri, Doctores, Licentiat, Baccalaurei, Poetae laureati etc.), welche sonst nur unter Autorität des Kaisers, jetzt des jedesmaligen Landesherrn ertheilt werden⁵⁸⁾. Der Natur jedes Amtes, welche einen dazu persönlich fähigen Mann fodert, sind die Erbämter entgegen, deren mehrere, jedoch vorzüglich Hofämter, zur Zeit des teutschen Reiches existirten, und zwar nicht bloß kaiserliche; vielmehr hatten auch die an-

53) Schmalz a. a. D. §. 325.

54) Eichhorn a. a. D. 4. Th. §. 549.

55) Murhard, in der, in Note 66 angezogenen Schrift, S. 1.

56) Struvii corpus iuris publici, Jenae 1738. cap. 20. §. 20.

57) Pütter elementa iuris publici germanici, Lib. V. cap. III. §.

341. wo sich auch die dießfallige ältere Literatur findet.

58) Pütter l. c. sect. I. §. 342 sq. Klüber a. a. D. §. 491.

den Fürsten Deutschlands⁵⁹⁾, sogar Bischöfe⁶⁰⁾ und Klöster⁶¹⁾, das Recht solcher Erbämter. Rückfichtlich der Hofämter kann dieses Recht noch jetzt den Landesherren nicht abgesprochen werden⁶²⁾, während die Errichtung von Erbstaatsämtern, ebenso die den allgemeinen Qualifikationen zu einem Staatsamte widersprechenden adeligen Aemter⁶³⁾ den mehresten deutschen Constitutionen entgegen laufen. In diesen ist nämlich bestimmt, daß die Geburt keinen Anspruch auf ein Staatsamt begründen soll, eine Verordnung, die jetzt in vielen deutschen Staaten durch die unbesoldeten Staatsämter umgangen wird⁶⁴⁾. In einigen Landen finden sich noch Spuren der früheren Erbämter in Dorfcommunen unter dem Namen Erbrichter, deren Befugniß zur Erlangung des Amtes, wenn sie nämlich tauglich dazu sind, auf dem Besitze des Erbrichterlehens beruht.

Schon während des deutschen Reichsverbandes hatten die deutschen Reichsfürsten, wie aus Vorstehendem sich ergibt, das Recht der Aemterbestellung und alle damit zusammenhängenden Befugnisse⁶⁵⁾. Allein noch unbeschränkter steht ihnen dieses Recht unter dem Namen Hoheitsrecht der Staatsämter, Aemterrecht (ius munerum publicorum), seit Erlangung der vollen Souveränität, zu — ein Recht, das nicht nur die Ernennung der Beamten selbst in sich begreift, sondern auch die vermöge des Obergewaltrechtes zustehende Bestätigung der von Privatpersonen und Corporationen im Staate ernannten öffentlichen Beamten, ingleichen die Uebertragung des Aemterrechtes selbst und derjenigen Functionen der Staatsgewalt an andere Personen, welche ihrem Wesen nach von der regierenden Gewalt abgesondert sein müssen, besonders der Rechtspflege⁶⁶⁾. Sehr richtig wird behauptet: Der

59) Pütter l. c. Lib. IV. cap. IV. §. 309.

60) Struv l. c. cap. 19. §. 24.

61) Sibephons Kuedorffers, zuverlässige Nachricht von den alten Erbhofbeamten des berühmten bayer'schen Klosters Rot am Inn, in Siebenkees, jurist. Magazin, 1. Bd. Jena 1782. Nr. XII. S. 152.

62) Klüber a. a. D. §. 495.

63) Klüber a. a. D. §. 489.

64) Man vergl. den Aufsatz des Verf. dieses Artikels: Ueber unbesoldete Aemter, besonders Communalämter, S. 344, in der Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung, von dem voigtländischen juristischen Vereine 1. Bd. 4. Heft, Leipzig 1838. S. 345. Um so interessanter ist der Rechtsfall über einen von dem vormaligen Erzbischof von Straßburg verkauften resp. zu Lehen gegebenen Staats- und Hofdienst: Annalen der groß. badischen Gerichte von 1834, Nr. 8. Hohnhorst a. a. D. 10. Jahrg. 1836. S. 253.

65) Pütter l. c. Lib. V. sect. II. §. 353 sq.

66) Schmid, Lehrbuch des gemeinen, deutschen Staatsrechtes, Jena 1821. §. 46 u. 54. Klüber a. a. D. §. 487. v. Arstin, Staatsrecht der constitutionellen Monarchie, 1. Bd. 1. Th. Nr. III. §. 9. S. 178. Nr. IV. §. 2. S. 186. und Note 5. S. 188, wo mehrere dießfallige Vorschriften einzelner Constitutionen angeführt sind. Dasselbe und bezüglich umständlicher findet sich rückfichtlich deutscher Constitutionen in Murhard, die kurheßische Verfassungsurkunde erläutert zc. 6. Lief. Cassel 1834. S. 18. v. Gruber, Abhandlungen über Gegenstände des öffentlichen Rechtes des deutschen Bundes

Staatsherrscher ist in dem Grade mehr oder weniger (de facto) Staatsherrscher, in welchem die Vergebung der Staatsämter mehr oder weniger von ihm abhängt, und er bleibt dieß, wenn und so lange ihm auch nur dieses Recht verbleibt⁶⁷⁾. Vorzüglich wichtig ist in constitutionellen Staaten das Recht des Monarchen, die Minister zu ernennen und zu entlassen⁶⁸⁾. Der Inbegriff der Kenntnisse, welche zu Ausübung des Aemterrechtes gehören, heißt die Beamtenlehre. Manche Constitutionen beschränken die Ausübung dieses Hoheitsrechtes. So rücksichtlich des Präsidenten die nordamerikanische (Art. II. Abth. 2. §. 2.) und rücksichtlich des Monarchen die belgische, die württembergische, hohenzollern-sigmaringische, die luchsische u. s. w., in welchen in der Regel die Ernennung des Beamten an die Vorschläge der Behörden gebunden ist⁶⁹⁾. Ueberhaupt ist die Ertheilung der Aemter jetzt, wo der Staatsbürger nach Erlangung der vorgeschriebenen Qualifikationen ein gewisses Recht darauf hat, nicht mehr blos ein Act der Gnade, wie in früheren Zeiten⁷⁰⁾, sondern in gewisser Art ein Act der Gerechtigkeit⁷¹⁾. Im Allgemeinen ist zwar nach staatsrechtlichen Principien der Monarchy berechtigt, zur Erfüllung der ihm obliegenden Pflichten, aber auch nur dazu, von den Unterthanen Dienste zu fordern, und dieser Berechtigung entspricht die Verbindlichkeit des Unterthanen, Staatsdienste zu leisten; jedoch darf der Regent dieß Recht nur mit möglichster Schonung der Unterthanen und mit strenger Gerechtigkeit ausüben, so daß Keiner vor dem Andern beschwert werde. Daher kann der Monarch von allen seinen Unterthanen, so lange sie körperlich dazu tauglich sind, zwar körperliche, aber nicht intellectuelle Dienste fordern, zu denen eine besondere individuelle, nicht allen Unterthanen anzufinnende Vorbereitung nöthig ist. Die Geschichte lehrt, daß die Verpflichtung zur Annahme von Staatsämtern in den verschiedenen Staaten bald stärker, bald schwächer ist. In der reinen Monarchie ist diese Verpflichtung in der Regel in das Gewissen der Unterthanen gestellt und die Aemter sind eben deshalb besoldet; in der Aristokratie und Demokratie sind die Aemter Staatsbürgerpflicht, Staatslast und zum großen Theile unbe-

und des Staatsrechtes der Bundesstaaten, 2. Heft, Stuttgart 1836, Nr. IV. und VIII.

67) Zacharia's vierzig Bücher vom Staate, 4. Bd. 2. Abth. 35. Buch 3. Hauptst. S. 316.

68) v. Arstin a. a. D. Nr. V. §. 6. S. 211. und Murhard a. a. D. S. 19.

69) Murhard a. a. D. S. 20, 21, 30 u. 54 flg. und die angezogene Ministerverantwortlichkeit Abschn. 91 flg. S. 177 flg.

70) Murhard a. a. D. S. 1.

71) Z. B. in manchen Staaten, wo die Candidaten der Rechte nach der Reihenfolge ihrer Censuren und Examinationszeit in die Advocatur einrücken; dann wo nur für gewisse Fälle die Zulassung Auswärtiger zu Staatsämtern stattfindet — eine Art von Junftzwang, der eben so sehr der guten Aemterverwaltung, als dem wissenschaftlichen Geiste entgegen ist, in welchem der Staatsbeamte gebildet sein soll — ferner da, wo in Collegien in die höheren Stellen nach dem Dienstalter aufgerückt wird u. s. w.

soldet. Sobald die römische Republik aufhörte, wurden die Aemter besoldet. In den autokratischen Staaten Deutschlands waren die Aemter in der Regel besoldet, und zu ihrer Annahme konnte Niemand gezwungen werden. Seit Deutschland durch seine Repräsentativverfassungen einige demokratische Elemente dem Königthume zugesellt hat, finden sich in den aus diesen Elementen entsprungenen Institutionen unbezahlte Ehrenämter, deren Annahme eine durch Strafen erzwingbare Staatsbürgerpflicht ist⁷²⁾. Zu den besoldeten intellectuellen Staatsämtern kann aber in Deutschland Niemand gezwungen werden⁷³⁾. Auch kann sogar kein deutscher Regent seinen Unterthanen untersagen, in fremde Civil- oder Militärdienste zu gehen, wenn diesem nicht die Militärpflicht im eigenen Staate entgegensteht⁷⁴⁾. Daß endlich Verkäuflichkeit der Staatsämter, Schürzenämter, allen Principien über Staatsämterwesen entgegenläuft, und daß diese daher kein deutscher Fürst üben darf; dieß bedarf kaum einer Erwähnung⁷⁵⁾.

Neben den vom Staate, vom Landesherrn selbst angestellten Staatsbeamten bestehen nun, wie sich aus Vorstehendem ergibt, mehrere andere öffentliche, selbst Staatsbeamte, die nicht vom Staate angestellt, und doch in der Regel mindestens nach Analogie der Rechte der Staatsdiener zu behandeln sind. Wir rechnen dahin die vom Volke selbst, oder von der Kirche, oder von einzelnen Communen für ihre eigenen Angelegenheiten, oder von Corporationen und Privatpersonen vermöge des auf sie übertragenen Aemterrechtes angestellten Beamten⁷⁶⁾, also landständische Beamte⁷⁷⁾, Kirchenbeamte⁷⁸⁾, Communalbeamte, Patrimonialgerichtspersonen⁷⁹⁾. Die landständischen Beamten, zu deren unabhängigen Anstellung die Landstände das Recht haben, die aber doch häufig unter Aufsicht der Regierung stehen⁸⁰⁾, sind in denjenigen Landen, wo noch eine Feudalständeverfassung stattfindet, wichtiger als in den neuen constitutionellen Staaten. Dort sind

72) Ueber die großen Bedenken gegen deren Einführung in Deutschland siehe Murhard a. a. D. S. 78 und die Note 64 angezogene Abhandlung des Verf. dieses Art.

73) Zachariä a. a. D. 1. Hauptst. S. 311, 312; 4. Hauptst. S. 320, 321, 322. Klüber a. a. D. §. 490 u. 492. und die Literatur darüber in §. 492. Note f, sowie bei Maurenbrecher a. a. D. §. 161. Note b.

74) Klüber a. a. D. §. 220. Bundesacte Art. 18^b 2.

75) Moser, über den Diensthandel deutscher Fürsten, Frankfurt und Leipzig 1789. Krug a. a. D. u. d. W. Amt. Klüber a. a. D. §. 490. — Unter Ludwig XV. wurde in Frankreich der Aemterhandel so unverschämt getrieben, daß man aus jener Zeit noch jetzt Zeitungsanoncen mit Anerbietungen unter Angabe des Preises aufbewahrt. Jetzt ist die Verwerflichkeit dieser Einrichtung so anerkannt, daß nach einem Artikel im Journal de Smyrna vom 15. August 1830 sogar der türkische Kaiser den Aemterhandel abzuschaffen begonnen hat.

76) Klüber a. a. D. §. 489.

77) Metelbladt in der oben angezogenen Abhandlung.

78) Maurenbrecher a. a. D. §. 222. Note h. S. 418.

79) Schmid a. a. D. §. 55.

80) Schmid a. a. D. §. 54. Nr. I. Note *) S. 76.

gewöhnlich ein Syndicus (welcher jedoch den preussischen Provinziallandständen fehlt), Landschaftsagent, Landschaftsconsulent, Landschaftscassirer, Secretäre, Archivare, Registratoren. In den neueren constitutionellen Staaten sind, wegen der größeren Theilnahme wissenschaftlich gebildeter Männer an den Kammern, gewöhnlich nur die zuletzt genannten Subalternen noch vorhanden, die übrigen Geschäfte werden von Mitgliedern der Kammern selbst verrichtet. Die Stelle eines Syndicus ist, außer bei den Ständen in Kurhessen, den Herzogthümern Sachsen = Altenburg, S. = Meiningen und Braunschweig, ingleichen im Fürstenthume Hohenzollern = Sigmaringen, überall abgeschafft⁸¹⁾. Uebrigens erscheinen die Landstände selbst, insonderheit die Deputirtenkammern, auch viele Mitglieder der ersten Kammer und der Landschaften in einer Kammer, als vom Volke selbst gewählte Beamte⁸²⁾. Die Kirchenbeamten, deren wir hier nur kurz der Vollständigkeit wegen erwähnen, werden in der protestantischen Kirche, vermöge des dem protestantischen Landesherren zustehenden obersten Episcopatrechtes, wenn sie gleich wegen der Selbstständigkeit der Kirche nicht Staatsdiener sind⁸³⁾, auch von Ersterem bestellt. Aber selbst in der teutschen katholischen Kirche werden die katholischen Bischöfe, als die höchsten Kirchenbeamten, in den österreichischen Staaten (mit Ausschluß des Erzbisthums Olmütz) vom Kaiser, in Bayern vom König ernannt. In den übrigen teutschen Staaten haben die Capitel, gewöhnlich unter Aufsicht eines Beamten des Monarchen, welchem Letzteren ein Veto zusteht, das dießfallige Wahlrecht⁸⁴⁾. Der niedere Clerus wird vom Bischof angestellt⁸⁵⁾, indem die katholische Kirche eigentlich eine gänzliche Autonomie in Anspruch nimmt⁸⁶⁾. Uebrigens sind alle diese katholischen Beamten nur in kirchlichen Angelegenheiten vom Staate unabhängig⁸⁷⁾, sowie alle höheren Kirchenbeamten zugleich Staatsbeamten sind, wenn sie das dem Staate zukommende Obergaufsichtsrecht für den Staat verwalten⁸⁸⁾. Rücksichtlich der Patrimonialrichter verweisen wir auf den Artikel Patrimonialgericht und auf das Vorstehende (siehe S. 723), bemerken jedoch, daß das von der höchsten Gewalt Gemeinden oder Grundherren verliehene Recht, zu der erwähnten Staatsfunction Beamte zu ernennen, von den meisten Staatsrechtslehrern nur als beschränkt und widerruflich angesehen wird, weil die

81) Maurenbrecher a. a. D. §. 155. und Note i. §. 158. Note k.

82) Ebendas. §. 49.

83) Maurenbrecher a. a. D. §. 159. Note f. Wie unter einander widersprechend die preussischen dießfalligen Gesetze sind, siehe bei Perthes a. a. D. S. 37, 38.

84) Von Droste = Hülshoff, Grundsätze des gemeinen Kirchenrechtes, 2. Ausg. 1. Bd. Münster 1832. §. 73. S. 214. Nr. V.

85) Ebendas. §. 74. S. 217. Nr. II.

86) Walter, Lehrbuch des Kirchenrechtes, 7. Aufl. Bonn 1886. §. 217.

87) Maurenbrecher a. a. D. §. 222. Note h. wo auch die dieß besonders verfügenden einzelnen Constitutionen genannt sind.

88) Perthes a. a. D. S. 37.

Veräußerung eines Majestätsrechtes ungiltig ist⁸⁹⁾. Am schwierigsten ist unstreitig das Verhältniß der Communalbeamten. In Ansehung der Dorfbeamten beziehen wir uns auf das oben (S. 731) darüber Gesagte. Ebenso können wir zwar rücksichtlich der Stadtbeamten nicht umhin, gleichfalls an die oben referirte Entstehung der Stadtgemeinden und ihrer Beamten (siehe S. 731 fg.) zu erinnern. Indessen ergibt sich, neben diesen Rücksichten, die Beurtheilung der Stadtbeamten und deren Stellung vorzüglich aus dem Begriffe der von ihnen zu verwaltenden Gemeindeangelegenheiten, d. i. derjenigen, welche wesentlich von der Gemeinschaft des örtlichen Wohnsitzes bedingt werden. Ist nun die Gemeinde ein zur Vertheidigung der aus der Natur des gemeinschaftlichen Wohnsitzes entspringenden Interessen organisirter und vertretener Körper, so geht aus allem diesem vom selbst hervor, daß reine Gemeindefachen in der Regel nur die Gegenstände der Wohlfahrtspolizei und die Verwaltung des Gemeindevermögens sind, und daß die Gemeindebeamten eigentlich für Staatszwecke nur so weit mitzuwirken haben, so weit sich ein besonderes Gemeindeinteresse daran knüpft⁹⁰⁾. Daher sind auch die Gemeindebeamten in der Regel, wenn gleich öffentliche Beamten, doch nicht Staatsdiener, wenn ihnen nicht Staatsgeschäfte mit übertragen und sie daher zu den Staatsdienern zu rechnen sind⁹¹⁾. Vorzüglich ungenügend ist fast überall die Sonderung der Staats- und Communalpolizei⁹²⁾, daher die Frage, ob ein dabei angestellter Beamter Staats- oder Communalbeamter sei, zu schwierigen, sogar prozessualischen Erörterungen schon geführt hat. Da jedoch jede selbstständige Corporation im Staate Beamten haben kann⁹³⁾, jene aber nicht alle den Character öffentlicher moralischer Personen haben, so sind nicht alle Corporationsbeamten auch öffentliche Beamten⁹⁴⁾; in der Regel sind dieß nur die eigentlichen Gemeindebeamten. Jetzt ist rücksichtlich dieser in den Städten vorzüglich das Verhältniß der Magistratspersonen zu den Stadtverordneten zu bemerken. Letztere (sonst der äußere Rath) bilden gewöhnlich die controlirende Behörde des Magistrats und die Repräsentanten der Bürgerschaft jenem gegenüber, daher in der Regel keine wichtige, das ganze Wesen der Stadt angehende Angelegenheit, z. B. nicht die Veränderung der Stadtverfassung, ohne ihre Zustimmung vorgenommen werden kann, während zu den gewöhnlichen Verwaltungsangelegenheiten diese nicht erforderlich

89) Schmid a. a. D. §. 46. Note ***).

90) Wir sind hierin, zum großen Theile wörtlich, der klaren Darstellung Bülow's gefolgt a. a. D. S. 344—348. Man vergl. auch Schmalz a. a. D. §. 348.

91) Maurenbrecher a. a. D. §. 159. S. 279. Man vgl. auch den Eingang dieses Art. Seite 723.

92) Maurenbrecher am angeführten Orte, §. 195. Note c. S. 352.

93) Maurenbrecher a. a. D. §. 159. S. 279.

94) Man vergl. Seite 723.

ist⁹⁵). Durch die besondern Landesgesetze⁹⁶) wird dieß ebensowohl näher bestimmt, als die Rathsfähigkeit d. s. diejenigen Eigenschaften, welche erforderlich sind, um ein Mitglied des Rathes werden zu können⁹⁷). Diese ist jetzt besonders verschieden, je nachdem von besoldeten oder unbesoldeten Rathsmitgliedern die Rede ist. Während die Ersteren gewöhnlich juristisch befähigt sein müssen, ist zu den Letzteren und den Stadtverordneten in der Regel nur die Qualification eines unbescholtenen Bürgers erforderlich. Da die Geschäfte der unbesoldeten Stadträthe und der Stadtverordneten, wenn diese Aemter gleich wegen ihrer ehrenbaren Stellung in der Stadtgemeinde zu den Ehrenämtern gerechnet werden, doch bürgerliche Lasten sind, so finden nach den verschiedenen Landesgesetzen Entschuldigungsursachen gegen deren Uebernahme, aber auch Strafen für beharrliche und nicht gesetzlich begründete Ablehnung derselben statt⁹⁸). Aus allem diesen resultirt, daß die römischen Gesetze über Beamten und Municipalverwaltung gar keine Anwendung auf diese Communalbeamten leiden, wenn sie nicht auf allgemeinen Grundsätzen beruhen, wie z. B. die Verordnung der Zinsenzahlung bei Versäumniß der Eintreibung und zinsbaren Anlegung der Stadtkämmereigelder⁹⁹). Am wichtigsten unter allen Gemeinbedürftern sind unstreitig der Senat oder Rath der freien Städte Deutschlands, welcher die ganze Stadt nebst ihrem Gebiete repräsentirt¹⁰⁰).

Unrichtig rechnet man, nicht bloß in der Theorie, sondern auch in der Praxis mehrerer Länder¹⁰¹), zu den Staatsbeamten die sogenannten patentirten Staatsdiener¹⁰²). Schon durch das charakteristische Kennzeichen des Staatsbeamten, daß sein Amt mit einer gewissen Würde verbunden ist (s. S. 722), wird diese Classe von öffentlich angestellten Personen vom Staatsdienste ausgeschlossen, wenn sie nicht neben ihrem Gewerbe einen Theil der Staatsgewalt, z. B. der Arzt die Medicinalpolizei zc., zu verwalten haben. Daher, und wenn ein solcher Fall nicht eintritt, hat der Staat für sie auch nur insofern einzustehen, als bei ihrer Anstellung etwa nicht in der gehörigen Ordnung verfahren, etwa die gesetzliche Prüfung nicht angestellt worden wäre¹⁰³). Unbemerkt können wir hierbei nicht lassen, daß man, gegen

95) Rittermaier, Grundsätze des gemeinen teutschen Privatrechtes §. 127. Kunde a. a. D. §. 434. Danz a. a. D. S. 327.

96) z. B. allgemeine Städteordnung für das Königreich Sachsen §. 109 flg. u. 192 flg.

97) Danz u. Kunde a. a. D. §. 435.

98) Umständlich ist dieß ausgeführt in dem oben Note 64 angezogenen Auffage des Verf. des gegenwärtigen Artikels S. 348 flg. besonders S. 255.

99) L. 17. §. 7. D. de usur. et fructib. et causa etc. (22. 1.) Glück a. a. D. Th. 21. §. 1130. S. 45.

100) Maurenbrecher a. a. D. §. 170.

101) Klüber a. a. D. §. 658.

102) Ueber den dießfalligen Begriff siehe den Art. Amtsverbrechen, S. 223.

103) Minnigerode, Beitrag zur Beantwortung der Frage: Was ist Justiz- und was ist Administrationsache? Darmstadt 1835. S. 160 flg.

den gewöhnlichen Sprachgebrauch, zuweilen unter patentirten Staatsdienern höhere Staatsdiener versteht, welche nicht bloß durch ein Rescript des Landesherrn oder gar von bloßen Behörden angestellt, sondern vom Landesherrn selbst mit einem förmlichen Decret oder Patent über ihre Anstellung und die dadurch ihnen zukommende Würde, Befolgung und Pflichten versehen worden sind¹⁰⁴). Gewiß aber gehören nicht zu den Staatsdienern¹⁰⁵) die Hof- und Garderobediener des Landesherrn, die Fürstendiener im eigentlichen Sinne¹⁰⁶). Denn so gewiß es eine irrige Theorie ist, wenn man die Staatsdiener sogar nur als Fürstendiener ansieht¹⁰⁷), indem die Staatsdiener dem Fürsten in seiner Qualität als Repräsentanten des Staates¹⁰⁸), die bloßen Fürstendiener aber ihm, als bloßem Menschen, für Privatbedürfnisse dienen; so gewiß muß es dem Landesherrn freistehen, einerseits die Diener der letzten Art, eben weil sie nur seiner Person dienen, bloß aus persönlichen Gründen anzustellen und zu entlassen¹⁰⁹), andererseits aber auch, wenn er es der Lage der Sache angemessen findet, sie gleich den Staatsbeamten zu bevorzugen¹¹⁰). Kaum lassen sich indessen bei den eigentlichen Privatdienern des Fürsten (Fürstendiener im engeren, Hofgesinde im jegigen Sinne), wozu Kammerdiener, Laqueien, Angestellte auf den Chatoullgütern u. s. w. gehören, ausreichende Gründe dazu denken. Anders ist es bei den Hofdienern (Hofgesinde im sonstigen Sinne), welche zum Glanze des Monarchen und zu einer seinem Range gemäßen Haushaltung (Hofhaltung) angestellt werden, z. B. Hofmarschall, Kammerherr, Kammerjunker, Stallmeister u., wozu man auch Chatoulliers, Privatsecretärs u. rechnet.

Man muß übrigens die Staatsdienste in Staatsdienste im engeren Sinne, d. h. solche, zu deren Möglichkeit schon das Dasein eines Staates gehört, und in dem Staate geleistet werdende Privatdienste eintheilen, d. h. solche, die ihrem Gegenstande nach auch einem Privatmanne geleistet werden können¹¹¹). Darauf bezieht sich die Eintheilung der Staatsbeamten in wirkliche Staatsbeamten und in Staatsdiener *κατ' ἔξοχην*, unter welchen letzteren man Personen versteht, die dem Staate bloß solche Dienste leisten, die eben sowohl jedem Privatmanne geleistet werden können, zu denen höchstens

104) In diesem Sinne nimmt es z. B. die provisorische Ordnung des gemeinschaftlichen Oberappellationsgerichtes zu Jena vom Jahre 1816. §. 18.

105) Murhard a. a. D. S. 2. Ueber die dieß bestätigende preussische Verfassung s. Perthes a. a. D. S. 29.

106) Klüber a. a. D. §. 487. und Note c. §. 488. und Note b. 107) v. Haller, Restauration der Staatswissenschaft, Th. 1. S. 513. Th. 2. S. 141 flg.

108) Man vergl. hierüber Murhard a. a. D. S. 3. und die dort befindlichen Nachweisungen über den Ursprung dieses Ausdrucks aus den Zeiten des rein monarchischen Principes.

109) Murhard a. a. D. S. 2.

110) Zachariä a. a. D. S. 314.

111) Zachariä a. a. D. 2. Hauptst. S. 313.

eine technische Uebung, aber keine wissenschaftliche Bildung erforderlich ist (*operae serviles*), z. B. Schreiber, Castellane, Ofenheizer, Boten, Portiers, Gefangenwärter u. s. w. Die wirklichen Staatsbeamten, also diejenigen Beamten, welche nur Staatsdienste im engeren Sinne leisten, worunter übrigens nur *operae liberales* begriffen werden können, sind entweder eigentliche Staatsbeamten, auch magistratualische Beamten genannt¹¹²⁾, oder uneigentliche Staatsbeamten, auch Subalternen genannt. Während die Ersteren, mittelst des ihnen zustehenden Rechtes materieller Beurtheilung in Staatsgeschäften, selbstständigen Antheil an der Verwaltung der Regierungsgeschäfte, entweder durch ein *votum decisivum vel consultativum* nehmen, oder dadurch, daß sie selbstständig bestimmte Regierungsrechte ausüben, sind die Letzteren blos Gehilfen der Ersteren, welche ausführen, was jene beschlossen haben, die Beschlüsse niederschreiben, ausarbeiten, die Acten halten und aufbewahren, überhaupt also nur das Formale der Staatsgeschäfte handhaben, z. B. Secretärs, Actuarien, Registratoren u. s. w.¹¹³⁾ Sehr unrichtig verwechselt man mit den Letzteren öfter die oben erwähnten vorzugsweise sogenannten Staatsdiener und nennt auch diese Subalternen¹¹⁴⁾. Dagegen ist die auch öfter und besonders im gemeinen Leben gehörte Eintheilung der Staatsbeamten in höhere und niedere ohne eine feste Abgrenzung, eben deshalb unbestimmt und von der individuellen Ansicht abhängig, welche der, von dem diese Abtheilung gebraucht wird, gerade von der Stellung jedes Beamten hat¹¹⁵⁾. Alle jene wirklichen Staatsdiener sind in Deutschland in der Regel ordentliche Staatsbeamten, deren Staatsdienst, unvorhergesehene Fälle abgerechnet, auf Lebenszeit berechnet ist, im Gegensatz von den außerordentlichen Staatsbeamten, deren Anstellung von Anfang an blos auf eine gewisse Zeit berechnet, namentlich solche, deren Amt blos commissarisch ist¹¹⁶⁾. Dahin gehören auch die, welche sogenannte Posten des Vertrauens verwalten, z. B. die Minister, denen stillschweigend ihre Aemter nur auf so lange verliehen sind, als das dazu nöthige Vertrauen dauert, und welche Aemter daher mit diesem aufhören müssen¹¹⁷⁾. Da indeß besonders neuerlich die Regierungen manche Mittel erfunden haben, die ordentlichen Staatsdiener mehr in Abhängigkeit von sich zu versetzen, als die zeitherige Praxis in Deutschland solches gestattete, nach welcher die Verleihung jedes ordentlichen Staatsamtes als auf Lebenszeit geschehen gilt¹¹⁸⁾; da namentlich An-

112) Schmalz a. a. D. §. 321.

113) Man vergl. über alles dieß Maurenbrecher a. a. D. §. 160. Schmid a. a. D. §. 55. Nr. II. III.

114) In diesen Fehler scheint das schon erwähnte sächsische Staatsdienergesetz zu fallen, wenn es den Character der Subalternen darein setzt, daß ihre Dienstverrichtungen keine höhere wissenschaftliche Bildung erforderten.

115) Klüber a. a. D. §. 487. Nr. II.

116) Maurenbrecher a. a. D.

117) Krug a. a. D. u. d. B. Amt.

118) Maurenbrecher a. a. D. wo auch in Note c. sich die Literatur über diesen Gegenstand findet.

stellung auf Aufkündigung, auf Probe, das Recht der Absetzung und Versetzung in mehreren neueren Staatsdienergesetzen den Regierungen vorbehalten worden sind: so muß man unter den ordentlichen Staatsdienern wieder die amoviblen von den inamoviblen unterscheiden, unter welchen Letzteren man solche versteht, welche, außer durch Urtheil und Recht, nicht von ihren Stellen entfernt werden können¹¹⁹). Dieß ist in ganz Deutschland noch jetzt rücksichtlich der Justizbeamten der Fall, da schon die Reichsgesetze dasselbe klar aussprechen¹²⁰). Nach der Verschiedenheit der Gegenstände des Amtes und der amtlichen Zwecke pflegen die öffentlichen Beamten im Allgemeinen in Militärbeamten und in Civilisten eingetheilt zu werden. Die Ersteren dienen der bewaffneten Macht und stehen daher in ganz besonderen, hier nicht näher zu erörternden Verhältnissen¹²¹). Die Civilisten aber pflegt man wieder in geistliche und weltliche Beamte einzutheilen. Die weltlichen Beamten, Civilbeamten im strengen Sinne, wenn man vom Militär abstrahirt, sind nach Obigem (§. 723) entweder weltliche öffentliche Beamten im weitesten Sinne, oder Staatsbeamten, und zwar diese entweder für richterliche Zwecke Justiz- oder Verwaltungs-Regierungs-Administrativbeamten. Wenn diese Letzteren zugleich richterliche Functionen haben, wie dieß noch in einigen Ländern rücksichtlich der sogenannten Regierungscollegien¹²²) und in den meisten deutschen Staaten rücksichtlich der untersten Richterinstanzen bei Ämtern und Patrimonialgerichten der Fall ist, so sind sie zugleich Justizbeamten und haben deren Rechte und Pflichten¹²³). Vorzüglich tritt ganz neuerlich dieses Verhältniß in Ansehung der bei dem Zwitterinstitute der Administrativjustiz angestellten Beamten ein. Die Regierungsbeamten sind entweder für die auswärtigen Angelegenheiten, für die äußere Repräsentation bestellt — Diplomaten, diplomatische Beamten (corps diplomatique) — oder für die innern Angelegenheiten — Regierungsbeamten im engeren Sinne. Die Ersteren sind häufig nach den Grundsätzen des Staats- und Völkerrechtes zu beurtheilen. Unter ihnen finden sich öfter sogenannte Beamten von Haus aus¹²⁴), d. s. solche, welche, obgleich Untertha-

119) Krug a. a. D. u. d. B. Beamter.

120) Wahlcapitulation CXXIV. §. 10. Selbst der neueste Aufsatz über diesen Gegenstand in der hannoverschen dießjährigen Zeitung Nr. 191 (s. Leipziger allgem. Zeitung Beilage Nr. 231. S. 2809.), worin die freieste Willkür der Disposition des Landesherrn über die Beamten in Anspruch genommen wird, widerspricht doch dem germanisch ausgebildeten Grundsatz der Richterunabhängigkeit nicht. Murhard a. a. D. S. 67 u. 73 fig. Perthes a. a. D. S. 162 fig. 172 fig. Rinningerode a. a. D. S. 51, 56, 57—60.

121) Murhard a. a. D. S. 26.

122) J. B. im Großherzogthume Weimar und in den fürstlich reussischen Landen.

123) Schmid a. a. D. Nr. IV. Note †††).

124) Agrippa Elistranus von Nebenungen von Haus aus in den dresdner gel. Anz. 1770. St. 46. und in Siebenkees a. a. D. Bb. 1. Nr. XXXV. S. 506.

nen eines gewissen Staates und in diesem lebend, doch einem auswärtigen Monarchen dienen, z. B. Bürger gewisser Städte, die das Amt auswärtiger Consuln verwalten. Ihr Verhältniß ist insofern verwickelt, als sie in ihren Privatangelegenheiten nach den Gesetzen ihres Wohnortes und von dessen Obrigkeit, in ihren Amtsangelegenheiten aber nach den Gesetzen des Staates, dem sie dienen, auch von der Behörde, welche völkerrechtlich dazu die Competenz hat, zu richten sind. Da man übrigens häufiger die eigentlichen Regierungsgeschäfte noch von den Verwaltungsgeschäften des Staatsvermögens trennt, so pflegt man auch noch eigentliche Regierungsbeamten und Cassen-, Finanz-, Steuerbeamten zu unterscheiden¹²⁵). Irrig ist unstreitig die neuerlich veruchte Eintheilung in Regierungs- und Staatsbeamten, deren Letztere solche sein sollen, welche durch Volkswahl ernannt würden oder ernannt werden sollten¹²⁶), — eine Eintheilung, die ihren Grund nur in einer singulären, bis jetzt nicht angenommenen Theorie des Beamtenwesens haben kann¹²⁷).

Nach dem Vorstehenden wird man sich schon überzeugen, wie schwierig und verwickelt das Verhältniß des Staatsdienstes und des Staatsdieners ist und wie sehr darauf staats- und privatrechtliche, politische und persönliche Rücksichten einwirken, wie gemischt daher die Elemente sind, aus welchen die Beurtheilung seiner rechtlichen Verhältnisse hervorgehen muß. Was schon die Erlangung eines Staatsamtes betrifft, so ist zwar die Nichtberechtigung des Staatsbürgers dazu, selbst wenn er mehr als vollständig dafür qualificirt ist, nach allgemeinem Rechtsgrundsätzen klar, d. h. so weit die Rede von erzwingbarem Rechte ist. Denn selbst die Fälle, in welchen in einzelnen Staaten eine Art Recht dazu ausgesprochen ist (s. oben S. 734 u. 735), können doch so vielfach umgangen werden, daß der Candidat seine Hoffnung nur auf das moralische Rechtsgefühl der oberen Behörden, nicht auf den Rechtsweg setzen kann. Selbst Anwartschaften auf bestimmte Aemter werden nach den jetzigen Rechtsansichten für so unerlaubt gehalten, daß deren Ertheilung, außer im Falle der substitutio cum spe succedendi, nicht nur in mehreren Constitutionen¹²⁸) untersagt, sondern sogar in anderen¹²⁹) die früherhin ertheilten für ungiltig erklärt sind — also sogar rückwirkende Kraft eines neuen Gesetzes. Uebri- gens muß jetzt in Deutschland in der Regel — vorzüglich ausge-

125) Man vgl. über alle diese Eintheilungen Klüber a. a. D. §. 487. Schmid a. a. D. besonders Nr. IV.

126) v. Brewern, das Verhältniß der Staatsverwaltungsbeamten im Staate, Riga 1835.

127) Man vergl. hierüber die Rec. über vorstehendes Werk in Gersdorf, Repertorium der gesammten deutschen Literatur, 5. Bd. 8. Heft, S. 667. und in der hall. allgem. Lit.-Ztg. Febr. 1837. Nr. 29. S. 228.

128) Kurhessische Verfassungsurkunde §. 54. Murhard dazu a. a. D. S. 60. Hannoversches Grundgesetz von 1833. §. 160. Plessen-darmstädtische Verfassungsurkunde §. 48. Klüber a. a. D. §. 490.

129) Herzoglich coburg-saalfeldisches Gesetz über die Dienstverhältnisse der Civilstaatsdiener vom 20. August 1821. §. 2.

nommen ist der Fall, wenn ein ausgezeichnete^r fremder Gelehrter oder Geschäftsmann zu einem Amte berufen wird — jeder Staatsbeamte vor seiner ersten Anstellung eine¹³⁰⁾, oft auch mehrere¹³¹⁾, und zuweilen bei Weiterbeförderung wieder eine oder mehrere Prüfungen¹³²⁾ über seine Befähigung bestehen. Ist nun der Staatsbeamte wirklich zu seinem Amte ernannt, so hat er zuerst den Diensteid zu leisten. Dieser besteht regelmäßig, nächst einer Wiederholung der allgemeinen Staatsbürgerpflichten, namentlich der Verpflichtung zu Befolgung der Constitution, in der eidlichen Versicherung der treuen Verwaltung des übertragenen Amtes, und in Gelobung des besonderen Gehorsams gegen den Monarchen, überdies bei Richterämtern im sogenannten Richtereide, d. i. in der eidlichen Versicherung, unparteiisch Recht pflegen zu wollen¹³³⁾, bei Secretären, Actuarien und Registratoren in der Versicherung, treue Protocolle führen, die Acten gehörig halten und aufbewahren zu wollen — Verpflichtung zum Protocolle (iuramentum ad acta) — nach den Gesetzen mehrerer Lande¹³⁴⁾ bei Rechnungs- und Cassenbeamten in der Verpflichtung auf das Malversationspatent. Ueberhaupt pflegt derselbe, außer den allgemeinen Verpflichtungen aller Beamten, den besonderen jedes Einzelnen angepaßt zu werden. Häufig, ja gewöhnlich wird noch der Verschwiegenheitseid hinzugefügt¹³⁵⁾. In einigen Verfassungsurkunden¹³⁶⁾ ist vorgeschrieben, daß die Staatsbeamten im Diensteide noch besonders die active Pflicht übernehmen sollen, die Verfassung zu wahren und aufrecht zu erhalten, nicht bloß die passive, den Vorschriften derselben Folge zu leisten.

Durch den Diensteid tritt nun der Beamte in ein rechtliches Verhältnis, dessen Natur noch heute nicht unbestritten ergründet ist (siehe oben S. 743)¹³⁷⁾. Zwei Ultraparteien sind hier zu vereinigen: die eine, die neueste, welche eigentlich dem Staatsdiener gar keine Rechte geben, ihn ganz als willenloses Werkzeug der Regierung behandelt sehen, die andere, welche ihn mit der Regierung lediglich auf den Punct jedes anderen Contractanten gestellt, und diesem Rechtsverhältnisse alle Interessen des Staates untergeordnet wissen möchte. Daher wollen die Ersten in dem ganzen Staatsdienerverhältnisse nur einen Act der Re-

130) So in beinahe allen Herzogthümern und dem Großherzogthume Sachsen und den fürstlich reussischen Landen, auch in Kurhessen, vergl. Verf.-Art. §. 52. Murhard S. 26.

131) So in den Königreichen Preußen und Sachsen.

132) So im Großherzogthume Meiningen und in gewisser Beziehung im Königreiche Preußen.

133) Man vergl. das königlich sächsische Gesetz, die Verhältnisse der Civilstaatsdiener betreffend, vom 7. März 1835. Gesesammlung Nr. 31. §. 7. S. 172.

134) Z. B. in den herzoglich altenburgischen und fürstlich reussischen.

135) Siehe d. Art. Verschwiegenheit.

136) Kurheffische §. 60. Murhard dazu Eief. 7. S. 122 fig. Württembergische §. 45. Hannöversche von 1833. §. 161.

137) Die Literatur hierüber siehe in den Notizen zu Maurenbrecher a. a. D. §. 161.

gierung, eine erlaubte Verfügung des Staates über seine Unterthanen erblicken, aus welchem den Letzteren nur für immer erzwingbare Verbindlichkeiten erwachsen, die Rechte hingegen nur so lange dauern, als es dem Staate beliebt. Dieser Ansicht waren auch vorzüglich die älteren Juristen¹³⁸⁾, welche ein so unbedingtes Verfügungsrecht über die Staatsdiener aus dem Majestätsrechte des Monarchen ableiteten. Die Anderen wollen das Verhältniß rein nach den privatrechtlichen Grundsätzen des Contractes, ja vielleicht des römischen Contractenrechtes beurtheilt haben, suchen sogar nach einem römischen Namen für dieses Verhältniß und wollen dem Staatsrechte gar keinen Einfluß darauf gestatten. Die Ersteren aber übersehen, daß ihre Ansicht schon in den Grundsätzen über die Grenzen des Zwanges zu Staatsdiensten (s. oben S. 735) ein Hinderniß findet, vollends aber gar nicht auf das Verhältniß des Ausländers, der in fremde Staatsdienste geht, passen würde, und ihren eigenen Ansichten über die Stellung der Richter im Staate widerspricht. Die Zweiten übersehen ihren eigenen Grundsatz: *Salus populi suprema lex esto*¹³⁹⁾. Vermittelnde Ansichten mannichfacher Art sind nun aufgestellt worden, von denen wir nur mit wenigen Worten zweier der neuesten und besten erwähnen, deren Unhaltbarkeit andeutend. Erstlich: Da Niemand zu einem Staatsamte gezwungen werden kann, so ist das Verhältniß des Dieners zur Staatsregierung ein freiwilliges, aber kein Privatvertrag, vielmehr durchaus ein staatsrechtliches Verhältniß, welches aus einem Regierungsacte des Regenten hervorgeht (allein da wäre es blos seinem Ursprunge, aber nicht seinem Wesen nach charakterisirt), und auf der Verfassung jedes einzelnen Staates beruht¹⁴⁰⁾. Was ist aber gemeinrechtens da, wo die Verfassung nichts darüber bestimmt? Wenn ein neuerer Philosoph¹⁴¹⁾ sich darüber so ausspricht: Das Amtsverhältniß ist kein Vertragsverhältniß, obgleich ein Leisten von beiden Seiten vorhanden ist; allein der Bedienstete ist nicht für eine einzelne zufällige Leistung berufen, sondern legt das Hauptinteresse seiner geistigen und besonderen Existenz in das Verhältniß, — so klingt das recht schön, aber es fragt sich immer: was ist es denn für ein Verhältniß, denn es gibt ja auch Contracte, die nicht blos einzelne Leistungen zum Gegenstande haben. Zweitens: Der neueste Schriftsteller in diesem Fache¹⁴²⁾ stellt im Wesentlichen die Sache so dar: Die jedem Unterthan obliegende Pflicht,

138) J. B. Eysler, Raumann, dann Ziegler *de iure majestatis*, Lib. I. cap. 29. §. 7. Dagegen aber erklärt sich schon Häberlin, *Staatsrecht* Bb. X. S. 320. Bb. XII. S. 189 u. f. w., wenn gleich von Haller, *Restauration der Staatswissenschaften*, Th. 1. S. 513. Th. 2. S. 141—143. die früheren Ansichten wieder aufgeschrieben hat.

139) Die Literatur, so weit als hier nöthig ist, wird bei den einzelnen Materien sich finden.

140) Maurenbrecher a. a. D. §. 161.

141) Hegel, *Philosophie des Rechts* §. 385.

142) Perthes a. a. D. S. 94 fig. 144 fig.

Arbeit für den Staat im Sinne des Monarchen zu leisten¹⁴³), gehört zwar zu den wesentlichen Erfordernissen des Staatsdienstes, begründet ihn aber nicht allein. Dazu gehört noch die Verpflichtung zur besonderen Arbeit und zum besonderen Gehorsam. Darum muß der Staatsdiener mehrere, ihm zuständige Vortheile dem Wohle des gemeinen Wesens opfern, rücksichtlich deren ihm ein privatrechtlicher Entschädigungsanspruch auf eine jährlich zu entrichtende Summe zusteht, welche enthält den Ersatz für den aufgegebenen Nahrungsstand, den Ersatz für die Kosten, welche Behufs der Vorbereitung zum Amte verwendet wurden, und den Ersatz für die Amtsausgaben, insofern sie nicht unter einem besonderen Namen vergütet werden. Weil aber Armuth mit der Würde im Staate, die der Beamte haben muß, soll er gehörig wirken können, nicht vereinbar ist, ihm namentlich sonst die notwendige Unabhängigkeit der Stellung ermangeln würde, so muß ihm der Staat jene notwendige sorgenlose Lage, er muß ihm, wenn jene privatrechtliche Entschädigung ihm diese Lage nicht verleiht, noch eine besondere Befoldung deshalb geben, und dieser Theil seines Gehaltes unterliegt keinen privatrechtlichen Ansprüchen. Nach dieser Theorie kann also der Beamte nicht beliebig den Dienst verlassen, er kann aber entlassen werden, sobald dem Staate seine Thätigkeit nicht mehr ansteht, und er hat dann nur Anspruch auf den privatrechtlichen Theil seines Gehaltes. Aber sehen wir auch ab von der Künstlichkeit dieses Gebäudes, von dem Unpractischen, von der Unmöglichkeit, die verschiedenen privatrechtlichen Ansprüche bei jedem einzelnen Beamten in Zahlen auszudrücken, so steht diese Theorie im Widerspruche mit der Erfahrung, die nirgends so die Beamtenansprüche scheidet, mit der ganzen Manipulation bei der Aemterbesetzung, bei welcher unter mehreren tausend neuen Anstellungen der Fall kaum einmal vorkommt, daß ein Staat einem Unterthan ein Amt anbietet, oder vielmehr, wie es nach dieser Theorie sein müßte, ansinnt, während von den Candidaten die Aemter vielmehr gesucht werden, nicht um dem Staate Dienste zu leisten, sondern um ihre Versorgung dadurch zu erhalten. Die Theorie steht im Widerspruche mit dem Hergange bei Anstellung auswärtiger Gelehrten zc. im Staatsdienste, wo reine Contracttractaten das Verhältniß hervorbringen, und mit der in ganz Deutschland unbestritten anerkannten Unabsetzbarkeit der Richter¹⁴⁴). Sehen wir ab von den unbefoldeten Aemtern, indem diese entweder um des Vortheiles einer künftigen Anstellung willen von dem Verwaltenden versehen werden, oder aus einem ganz anderen Elemente hervorgehen, als die befoldeten (s. oben S. 735), namentlich als allgemeine Staatsbürgerpflicht erscheinen, da zu ihrer Verwaltung keine besondere Befähigung erfordert ist, so beruht das Verhältniß des Staatsbeamten offenbar in der Haupt-

143) Aus dieser Verbindlichkeit leitet das ganze Staatsdienerverhältniß hier ab: G ö n n e r, der Staatsdienst aus dem Gesichtspuncte des Rechtes und der Rationalöconomie, Landsbut 1808. S. 56.

144) S. oben S. 742, besonders Note 120, und M u r h a r d a. a. D. 6. Heft S. 67.

sache auf einem Contractsverhältnisse¹⁴⁵), das aber, sowie eine Menge anderer staatswegen angeordneter Contractsverhältnisse, z. B. das Verhältniß der Expropriationen, der Ablösungen bäuerlicher Lasten, der Grundstückszusammenlegung u. s. w., den höheren Rechten des Staates, als solchen, namentlich den nothwendigen politischen Rücksichten nachstehen muß, inwiefern diese mit den aus den privatrechtlichen Contractsverhältnissen entspringenden Rechten collidiren. Dabei muß aber auch stehen geblieben, und die Nothwendigkeit des Eingreifens politischer Rücksichten nicht nach Willkür der Regierung ausgelegt werden. Es ist ein Contractsverhältniß, denn der Staat erklärt dem Candidaten, was für Dienstmolumente er ihm gewähre, und welche Arbeiten er dafür verlange, und der Candidat erklärt, das Amt unter diesen Bedingungen annehmen zu wollen (*mutuus consensus*). Auch ist es ja etwas ganz Gewöhnliches, daß die Regierung z. B. über Pachte, Veräußerungen, Bauten (*locatio conductio operis*) u. s. w. Contracte schließt; warum könnte sie es denn nicht über ihr zu leistende geistige Arbeiten? Der Contract braucht auch kein im römischen Rechte benannter zu sein, wenn er nur die Erfordernisse jedes Contractes hat. Bleiben wir also bei dem einmal angenommenen Namen des Dienstvertrages. Es ist der Contract zwischen der Regierung und dem Candidaten, wodurch Letzterer die Verwaltung eines gewissen Staatsamtes, Erstere die Gewährung eines Nahrungsstandes mit einer gewissen Würde und Besoldung für diese Verwaltung übernimmt¹⁴⁶). Nach unserem Principe werden sich nun alle rechtlichen Verhältnisse der Beamten zum Staate und des Staates gegen sie von selbst reguliren, wobei wir nur darauf aufmerksam machen, daß wir hier, so weit wir allgemeine Principien aufstellen, bloß vom gemeinen Rechte reden, indem particularrechtlich, namentlich in den neueren Staatsdienergesetzen, Dienstpragmatiken u., die Regierungen oft von ganz entgegengesetzten Grundsätzen ausgegangen sind und die Rechte der Staatsdiener ganz, auch ohne Nothwendigkeit, der Politik untergeordnet haben.

So weit nun Particularrecht oder der Dienstvertrag etwas Besonderes über die Verhältnisse des eigentlichen Staatsbeamten nicht bestimmen, stehen ihm folgende Rechte zu:

1) Das Recht auf Besoldung. Daß der Dienstvertrag, die Dienstinstruction, das Amtsdecret hierin die Hauptnorm abgeben, liegt auf der Hand. Wäre indesß darin die unbefoldete Verwaltung nicht erwähnt, sondern nur der Besoldung nicht gedacht, so hat der Staatsbeamte nicht nur aus den oben (S. 746) angegebenen privatrechtlichen, sondern auch aus staatsrechtlichen Gründen ein vollkommenes Recht auf Besoldung. Denn tritt der Beamte an die Stelle der anderen Staats-

145) Man vergl. größtentheils dagegen Zacharia a. a. D. S. 337 fg. Die Literatur darüber siehe bei Maurerbrecher a. a. D. S. 161. Note c.

146) Man vergl. Bischoff, Handbuch der deutschen Canzlei Praxis, Halberstadt 1798. Bd. 2. S. 191.

bürger, welche zum Staatsdienste nicht befähigt sind, verrichtet er die Staatsdienste; die eigentlich von jedem Staatsbürger selbst, wenn ihn die Reihe trifft, verwaltet werden müßten, falls er dazu fähig wäre, so muß jener dafür aus den gemeinschaftlichen Mitteln der Unbefähigten, deren Stelle er vertritt, aus der Staatscasse entschädigt werden¹⁴⁷⁾, selbst wenn dies im Dienstcontracte nicht ausdrücklich bedungen sein sollte¹⁴⁸⁾. Ist die Befoldung durch die Verfassung bestimmt — und die meisten Dienstpragmatiken sprechen die Berechtigung des Beamten dazu wenigstens im Allgemeinen aus¹⁴⁹⁾ — so geht es dieser Bestimmung nach; außerdem wird durch das Gutachten Sachverständiger oder durch richterliches Ermessen das Quantum festzusetzen sein. Dabei werden denn allerdings die politischen Gründe, aus denen Staatsbeamte nicht zu gering bezahlt werden dürfen¹⁵⁰⁾, mit in's Auge gefaßt werden müssen. In der Staatsdiener, welchem das mit seinem Amte verbundene Einkommen, in dessen Genusse er sich bisher befunden hat, ohne richterliches Urtheil von Staatswegen entzogen wird, kann die Wiedereinsetzung in dasselbe im Wege des unbedingten Mandatsprozesses auswirken¹⁵¹⁾. Gewöhnlich pflegen die Regierungen diese Berechtigung bloß auf die baare Befoldung des Beamten beschränken zu wollen. Dafür ist indes nicht der geringste Grund vorhanden. Sind die anderen Dienstemolumente, außer der baaren Befoldung, dem Beamten wirklich rechtlich zugesichert, so ist nicht abzusehen, aus welchem Rechtsgrunde er auf jene weniger, als auf die baare Befoldung Anspruch haben sollte¹⁵²⁾. Bekanntlich besteht nämlich der Gehalt der Beamten nicht bloß in baarem Gelde, welches ihnen zu bestimmten Zeiten aus den Staatscassen zu zahlen ist, sondern auch in vorzugsweise sogenannten Dienstemolumenten, z. B. Amtswohnung, Bezahlung für einzelne Amtshandlungen von den Interessenten (Sporeten, Gebühren), gewissen Naturalien an Holz, Getreide *zc.*¹⁵³⁾, häufig auch in Befreiung von staatsbürgerlichen Lasten¹⁵⁴⁾. Dies ist vorzüglich bei den aus früheren Zeiten herkommenden Gehältern der Fall¹⁵⁵⁾. Die Befoldung des Beamten erstreckt sich übrigens noch manches gefez-

147) Klüber a. a. D. §. 471 u. 487.

148) Reuendorf, vermischte Abhandlungen über Gegenstände der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit, Ulm 1805. Abh. 13. S. 159.

149) Maurenbrecher a. a. D. §. 162. u. §. 159. Note a.

150) Bülow a. a. D. S. 358. Pöbliß (Bülow) a. a. D. Sept. 1838. S. 209.

151) Pfeiffer a. a. D. 1. Bb. Hannover 1825. Nr. XVIII. S. 281 flg.

152) Ob die Ansprüche der Staatsdiener aus dem §. 59 des Reichsdeputationschlusses sich auch auf Entschädigung für verlorene Accise- und Zollfreiheit, sowie für die Freiheit von der Häusersteuer erstrecken könne *zc.*, darüber s. in v. Hohenhorst a. a. D. 1. Jahrg. 1823. Mannheim 1824. S. 124.

153) Klüber a. a. D. §. 487 a. E.

154) Wegen Preußen s. Perthes a. a. D. S. 103.

155) Eine interessante historische Notiz darüber s. bei Perthes a. a. D. S. 97.

lichen Vorzuges. Gemeinrechtlich bildet sie nämlich, mit allen den erwähnten Nebenmementen, Accidencien u. s. w., das peculium quasi castrense des Staatsdieners¹⁵⁶). Nach Particulargesetzen hat sie hiernächst häufig das Recht, nicht, wenigstens nicht ganz mit Arrest belegt werden zu können¹⁵⁷). Sehr schwierig ist die Frage, ob der Beamte ein Recht auf Entschädigung habe, wenn seine Stelle ganz und ohne seine Schuld aufgehoben wird? Die bejahende Antwort ist wohl die richtigere¹⁵⁸). Denn da der Dienstvertrag nicht eine bloße locatio conductio operarum ist, sondern zugleich dem Staatsdiener einen Nahrungsstand verleiht, der ihm ohne sein Verschulden nicht entzogen werden darf, so muß der Staat alles dasjenige als stillschweigende Bedingung dieses Vertrages, der ein contractus bonae fidei, auf Treue und Glauben mehr als irgend ein anderer berechnet ist, anerkennen, was von der Art erscheint, daß ohne dessen Voraussetzung der Beamte vernünftiger Weise nicht hätte das Amt annehmen können. Der Beamte hat einen Entschädigungsanspruch wegen alles aus dem Amte ohne sein Verschulden und, ohne daß er es bei Uebernahme des Amtes voraussehen konnte, entstehenden Schadens¹⁵⁹). Daher ist dieser Grundsatz sowohl in dem noch jetzt subsidia- risch geltenden¹⁶⁰) Reichsstaatsrecht anerkannt¹⁶¹), als auch neuerlich durch das deutsche Bundesrecht¹⁶²) bestätigt und in der neuesten deutschen

156) Ueber die Frage, was zu diesem peculium quasi castrense gehöre? s. Marezoll, Revision der Lehre von den sogenannten Adventitien S. 129 u. 133 flg. in der Linde-Marezoll-Schröder'schen Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, 8. Bd. 1. Heft, Gießen 1834. Nr. II. S. 58 flg.

157) Vertnes a. a. O. S. 104.

158) Wir sind hierbei vorzüglich der neuesten vortrefflichen Abhandlung darüber gefolgt in Spangenberg, practische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit 2c. 2. Bd. Braunschweig 1837. Nr. I. S. 3 flg. Man vergl. aber auch Ramph, Beiträge zum Staats- und Völkerrechte, 1. Bd. Berlin 1815. Abh. 7. Rettelblatt a. a. O. 3. Bd. 1830. Abh. 71. S. 123. Bei Spangenberg findet sich die Literatur über diese Streitfrage umständlich, so weit wir sie hier nicht aufgeführt haben, doch gedenken wir noch besonders Dverbe (Gedr.), Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien, Hannover 1769—1807. 8. Bd. S. 290. Klein, Annalen der Gesetzgebung 2c. 1. Bd. 1788. S. 299.

159) L. 7. D. testam. quemadm. aperiant. (22. 3.)

160) Wiener Schlußacte vom 15. Mai 1820. Art. 23. Klüber a. a. D. §. 53.

161) Reichsdeputationshauptschluß vom 25. Febr. 1803. §. 59. Welche von den alten Räten, Lehrern und Dienern der säcularisirten oder doch dies- und jenseits des Rheines vertheilten Kur- und Fürstenthümer, Stifter 2c. haben auch in Teutschland Pension oder Besoldung und wie viel zu fordern 2c. Heidelberg und Mannheim 1804. — Weberkind, die Entschädigungsberechtigung 2c. des Grafen zu Pappenheim und seiner Familie an die höchsten Souveräne Deutschlands 2c. bei Aufhebung seiner Stelle 2c. Regensburg 1809.

162) Deutsche Bundesacte. Art. 15. Wiener Congressacte vom 9. Juni 1815. Art. 45. Nr. 5. Berguet, die Rechte der vormals großherzoglich frankfurtischen, von Kurheffen übernommenen Staatsdiener und Pensionäre, Fulda 1832. S. 2 u. 16.

Bundespraxis zur Anwendung gekommen¹⁶³), und es bedarf daher kaum einer Nachweisung über die demselben entsprechende Praxis in einzelnen Staaten¹⁶⁴). Der dagegen angeführte Grund¹⁶⁵), daß das Amt nicht um des Beamten willen da sei, sondern der Beamte es nur gehabt, weil der Staat seines Dienstes bedurft hätte, widerlegt sich durch den Dienstvertrag von selbst. Der von uns so eben aufgestellte Grundsatz findet nach dem Staatsrechte auch vorzüglich bei Beamten statt, die von einem Staat einem anderen überwiesen worden sind¹⁶⁶). Dieß geschieht nämlich, wenn ein Staat ganz oder zum Theil dem anderen einverleibt wird, also wenn der Staat, mit welchem und wegen dessen der Beamte den Dienstvertrag abgeschlossen hatte, ein selbstständiger Staat oder ein Theil eines bestimmten anderen selbstständigen Staates zu sein aufhört. Dieß Letztere geschieht entweder mit dem Willen der den Staat constituirenden Staatsbürger, des denselben repräsentirenden Monarchen — dann können diese durch ihre einseitige Handlung nicht die Lage des mit ihnen in Contractsverhältnissen stehenden Beamten verschlechtern, sie müssen ihn entschädigen — oder gegen ihren Willen; dann muß der Monarch, der an die Stelle des vorigen tritt, auch dessen Pflichten übernehmen. So die Theorie! Leider hat die Praxis diese so klar vorliegenden Rechte der durch die napoleonische Zwingherrschaft in Deutschland in einen solchen Conflict mit ihren Monarchen gesetzten Unterthanen vielfach zu umgehen gewußt¹⁶⁷). Schwieriger ist noch die Frage über die Ansprüche solcher Beamten, die den Dienst temporär nicht verwalteten können¹⁶⁸). Die vorstehenden Grundsätze werden analog auch hier anzuwenden sein; doch hängt dabei zu viel von den besonderen factischen Umständen ab, als daß ein allgemeiner Grundsatz darüber aufgestellt werden könnte. Ueber das Ganze nur noch die Bemerkung, daß andere öffentliche Beamte auch hier analog nach diesen die Staatsbeamten betreffenden Grundsätzen zu behandeln sind¹⁶⁹).

163) Mittelft des Erkenntnisses des Oberappellationsgerichtes zu Celle v. 12. März 1832 in Austrägalssachen der Monarchen von Preußen, Bayern, Baden, Hessen, Weimar-Eisenach, Nassau und der Stadt Frankfurt gegen Hofgerichtsrath Weisler und Consorten.

164) Spangenberg a. a. D. S. 6.

165) Perthes a. a. D. S. 144.

166) Herguet a. a. D. Steiger, vermischte Aufsätze und Abhandlungen zc. Mainz 1809, Abh. 22. Sandt, Archiv für das Civil- und Criminalrecht der königlich preussischen Rheinprovinzen, 20. Bb. 1. Abth. Edin 1834. S. 186.

167) Hier dürfen die Schriften rücksichtlich der einschlagenden gleichartigen Grundsätze nicht übersehen werden, welche über die an Zwischenherrscher erfolgten, an den Staat schuldigen Zahlungen erschienen sind. Man vergl. Gersdorf a. a. D. 13. Bb. 5. Heft S. 453. Siehe übrigens Klüber a. a. D. S. 493. auch Note e.

168) Kettelbladt a. a. D. 4. Bb. 1834. Abh. 72. S. 142.

169) Betz zc., Annalen der großherzoglich badischen Gerichte, 1. Jahrg. Karlsruhe 1833. S. 361: Entschädigungsansprüche der Beamten von Grundherrschaften für verlorene Dienstemolumente.

2) Das Recht auf die mit dem Amte verbundene Würde. Schon im Begriffe des Amtes liegt dieß (s. oben S. 722), aber auch in der Natur der Sache. Denn der Mann, der das Wohl des Staates zum Ziele seiner Lebensthätigkeit macht, muß der Natur der Sache nach im Staate höher stehen, als der, welcher nur sich und seinen Vortheil bei seinen Bestrebungen im Auge hat. Repräsentirt überdieß der Beamte in dem Geschäftszweige, den er verwaltet, den Staat, den Monarchen selbst, so muß ihm Ehre und Würde zukommen, die dem Staate selbst in dieser Beziehung zusteht, *ut virtus sit post numos* ¹⁷⁰). So bildet denn der Staatsdienerstand einen bevorzugten Stand im Staate, und der bevorzugte Gerichtsstand, Titel, Uniformen, Hoffähigkeit für die höheren Beamten sind die gewöhnlichen Auszeichnungen desselben ¹⁷¹). Je nachdem diese durch die Verfassung des einen oder des anderen Staates festgestellt sind ¹⁷²), hat der Beamte darauf Anspruch. Freilich muß sich aber auch der Beamte den aus dieser Repräsentation des Staates entspringenden Inconvenienzen unterwerfen. So z. B. muß er sich gefallen lassen, daß ihm unter geeigneten Umständen der Eid in seinen Amtsangelegenheiten deservirt werde ¹⁷³). (Man vergl. den Art. Eid.) Auch denjenigen Einrichtungen im Staate kann er sich nicht entziehen, die, wenn sie gleich seinem Ansehen schaden, doch nun einmal in vielen Staaten vorhanden sind, z. B. die willkürliche Behandlung der Beamten, hemmende, misstrauische Controlen u. s. w. ¹⁷⁴), namentlich auch die Behandlung der Staatsbeamten, als wären sie Staatsbedienten, nicht aber Staatsbürger ¹⁷⁵). Dieß zeigt sich vorzüglich in denjenigen constitutionellen Staaten, wo sie von den Wahlen zu constitutionellen Versammlungen, activ oder passiv, oder in beiden Beziehungen, ausgeschlossen sind, und wo sich daher die oben erwähnte Ansicht sehr geltend macht ¹⁷⁶). Während sich indeß nichts thun läßt, wo die Landesverfassung dieß so erheißt, steht den Beamten da, wo sie gesetzlich von den Wahlen nicht ausgeschlossen sind, das Recht unstreitig zu, daran eben so wie jeder andere Staatsbürger, unbeschadet ihres Amtes, Theil zu nehmen. Ihre Würde suchte man vorzüglich sonst auch durch den befreiten Gerichtsstand, wenigstens für die höheren Beamten mit ihren Frauen und Kindern, oft auch Wittwen, größtentheils vor den höheren Landescollegien

170) Zacharia a. a. D. S. 342.

171) Perthes a. a. D. S. 46, 48, 92.

172) Ueber Preußen in dieser Beziehung s. Perthes a. a. D. S. 86.

173) Sagemann u. Bülow, practische Erörterungen ic. 2. Bd. Hannover 1807. S. 168.

174) Behnert, die Politik des Civilstaatsdienstes, Potsdam 1836.

175) Die landständischen Verirrungen in Württemberg, Stuttgart 1835. Art. Wahlen.

176) Puchta, die Landgerichte in Bayern und ihre Reform, mit vergleichender Rücksicht auf das deutsche Gerichtsämterwesen der früheren Zeit, Erlangen 1834. S. 72.

anzubauen¹⁷⁷⁾, damit sie wenigstens nicht mit ihren Geschäftsuntergebenen bei einem und demselben Richter zur Verantwortung gezogen würden¹⁷⁸⁾. Der befreite Gerichtsstand erstreckt sich jedoch bloß auf die persönlichen Verhältnisse. Die Grundstücksangelegenheiten der Beamten gehören vor das *forum rei sitae*. Die neuerlich systematischer geordnete Gerichtspflege hat auch die befreiten Gerichtsstände sehr gemindert und dagegen nur in den häufigsten Fällen für die Ministeranklage ein besonderes Forum bestellt¹⁷⁹⁾, wiewohl oft mit der Modification¹⁸⁰⁾, daß dieses Forum nur in den Fällen anwendbar ist, wo es sich um die specielle Ministerverantwortlichkeit, um Beobachtung und Aufrechterhaltung der Verfassung, nicht wo es sich um die allgemeine Beamtenverantwortlichkeit des Ministers handelt¹⁸¹⁾. Häufiger ist aus demselben Grunde jede Anklage gegen einen Beamten wegen seiner Amtsführung an die Zustimmung der Regierung gebunden¹⁸²⁾. (Man vgl. d. Art. Amtsverbrechen S. 226 ff.) — Wenn auch nicht aus der mit dem Amte verbundenen Würde, sondern vielmehr aus dem geleisteten Diensteide entspringend, doch aber die Würde des Beamten fördernd ist der öffentliche Glaube (*fides publica*), auf welchen jeder Beamte in den, nach der vorgeschriebenen Form¹⁸³⁾, von ihm besorgten Geschäften Anspruch hat¹⁸⁴⁾ (vorausgesetzt, daß nicht sein persönliches

177) Der befreite Gerichtsstand der Gesandten und bezüglich der Beamten von Haus aus (s. oben S. 742) gehört nicht hierher, da er auf anderen und zwar völkerrechtlichen Grundsätzen beruht. R. s. darüber Glück a. a. D. 6. Th. §. 526. S. 429 ff.

178) Man vergl. z. B. wegen Sachsen Rescript vom 5. Novbr. 1743. Schaumburg, Einl. zum sächsischen Rechte, 4. Th. exerc. II. §. 24. S. 1264. Wegen Nassau: von der Nahmer, Sammlung der merkwürdigen Entscheidungen des herzoglich nassauischen Oberappellationsgerichtes zu Wiesbaden, 2. Bd. S. 375. mit Beziehung auf das dortige Rescript vom 7. Juni 1822; auch Bypfl, Microcosmus, Heidelberg 1832. 2. Heft S. 1. — Bloße Titularbeamten ohne wirkliche Ämter genießen nur selten einen befreiten Gerichtsstand; doch ist nach einigen Particulargesetzen dieß der Fall, z. B. nach der allgem. Gerichtsordnung für die preuß. Staaten, 1. Th. 2. Tit. §. 53. — Ueber alles dieß Glück a. a. D. 6. Th. §. 526. S. 422 ff.

179) Budeus, die Ministerverantwortlichkeit a. a. D. Abschn. 44 ff. S. 70 ff.

180) Z. B. nach der kurhessischen Verfassungsurkunde §. 100 zusammengeh. mit §. 81. auf welche Paragraphen sogar ein rechtskräftiges Erkenntnis des Oberappellationsgerichtes zu Cassel gegründet ist. Man vgl. Murrhard a. a. D. 7. Tref. S. 146 ff.

181) Man vgl. Budeus, Ministerverantwortlichkeit a. a. D. Abschn. 12. S. 17. Dagegen Mohl, die Verantwortlichkeit der Minister, Tübingen 1837. S. 62. Note 1.

182) Statistische Notizen über die dießfalligen Erfolge in Frankreich seit mehreren Jahren enthält der Bericht des dortigen Großsiegelbewahrsers vom 1. Jan. 1830 bis 31. Dec. 1834, ausgezogen in der Leipziger Zeitung 1835. Nr. 90. S. 1097.

183) Aus dieser Bedingung erklären sich die anscheinend der *fides publica* der Beamten nach Perthes a. a. D. S. 116, 117, 118, entgegenstehenden Erscheinungen.

184) Cap. 23. X. de electione et electi potestate (1. 6.) verb.: et pro

Interesse dabei vorwaltet¹⁸⁵), so daß für seine Angaben so lange die Vermuthung der Wahrheit spricht, bis das Gegentheil erwiesen ist. Doch beweisen Atteste gewesener Beamten, über ihre früherhin verwalteten Amtsgeschäfte nach deren Niederlegung ausgestellt, nicht mehr als jedes andere Privatzeugniß; die abgegangenen Beamten können nur als Zeugen darüber abgehört werden¹⁸⁶). — Jeder Beamte hat kraft der ihm verliehenen Amtswürde sowohl von seinen Unterbeamten, als von den Staatsbürgern rücksichtlich der vermöge seines Amtes getroffenen Anordnungen Gehorsam¹⁸⁷) und, wenn jenen seine Anordnungen, falls sie den Gesetzen gemäß sind, nicht anstehen sollten, dennoch Unverletzlichkeit¹⁸⁸), namentlich Sicherung gegen alle dießfalligen Injurien und gegen Widerstand¹⁸⁹) in Anspruch zu nehmen. Denn Beleidigungen des Beamten in seinem Amte werden als Injurien gegen die Staatsgewalt angesehen. (S. den Art. A u f r u h r.) Jene Sicherung darf die Beamten aber nicht zur Beamten despotie verleiten, welche am leichtesten da entsteht, wo der äußere höhere Stand der Beamten einen corporativen Geist bei ihnen hervorbringt und sie verleitet, ihre Gesamtheit als eine eigene Kaste anzusehen und eine Beamtenaristokratie zu bilden¹⁹⁰). Es ist übrigens die Würde, welche ein Beamter durch sein Amt erhält, so lange ihm zuständig, als er lebt, wenn er ihr nicht entsagt, oder sie durch ein Verbrechen verwirkt¹⁹¹). Die bloße Aufgabe des mit der Würde verbundenen Geschäftes, z. B. ehrenvolle Entlassung, bewirkt nicht den Verlust der Würde¹⁹²), und eben so wenig erfolgt dieß durch die Ueberweisung eines Staatsdieners an einen anderen Regenten mit dem Uebergange eines Staates an diesen¹⁹³).

3) Das Recht des Beamten auf Schutz und Vertretung von Seiten des Staates in Beziehung auf die

his quae a indioe sunt acta, praesumitur, quod omnia rite fuerint celebrata. Gluck a. a. 22. Th. §. 1185b. S. 222.

185) L. 10. D. de iurisdiet. (2. 1.) c. un. C. ne quis in sua causa indicet. (3. 5.)

186) v. Pohnhorst a. a. D. 5. Jahrg. 1829. S. 221.

187) Perthes a. a. D. S. 109 u. 119.

188) Klüber a. a. D. §. 350.

189) Ein eigenes Gesetz über solchen Widerstand existirt in Baden vom 28. Dec. 1831, abgedruckt in Aler. Müller, Archiv für die neueste Gesetzgebung, 4. Bd. 1. Heft. Mainz 1832. S. 60. Eine Cabinetsordnung wegen Injurienfachen, in welche Beamte verwickelt sind, ist in Preußen unter dem 20. Dec. 1834 erlassen, befindlich im 1. Stücke der Gesessammlung von 1835, abgedruckt in der Leipz. Btg. 1835. Nr. 26. S. 279.

190) W. Laurenbrecher a. a. D. §. 49. Note b. §. 143. Note c. §. 185. Note f.

191) Ueber die Strafen der öffentlichen Beamten verbreitet sich umständlicher Hepp, das Strafsystem des neuen Entwurfes eines Strafgesetzbuches für das Königreich Würtemberg v. J. 1835 26. Heftberg 1836. S. 68 flg.

192) Ein Richter ist nicht befugt, einen mit Ehren seines Dienstes entlassenen Staatsdiener in seinen Bescheiden einen „vormaligen“ zu nennen, in Mülling 118 Entscheidungen des k. h. obersten Obergerichtes in Celle, aus den neuesten Zeiten, Celle 1805. Nr. 109.

193) Parguet a. a. D. S. 56.

Amtswirksamkeit und den Nahrungsstand des Beamten¹⁹⁴). Rückfichtlich des Schutzes bei der Amtsausübung erinnern wir an das so eben gegen das Ende der vorigen Nummer darüber Gesagte und bemerken nur noch, daß der Staat diese Verbindlichkeit, da ohne sie die Erreichung des Amtszweckes nicht möglich ist, erfüllen und, falls er zu ohnmächtig dazu, oder, aus sonst einem außer der Schuld des Beamten liegenden Grunde, dieß nicht im Stande sein und der Beamte dadurch Schaden leiden sollte, Ersteren dafür, sowie für allen anderen ohne des Beamten Schuld aus der Dienstverwaltung entstehenden Schaden entschädigen muß¹⁹⁵). Denn wenn der Staat auch nur die Möglichkeit vorzuzusehen vermochte, daß er in den Fall kommen könnte, den verheißenen Schutz nicht gewähren zu können, so mußte er dieß in dem Dienstcontracte liegende Versprechen nicht geben; außerdem treffen ihn die Folgen des nicht erfüllten Versprechens. Was dagegen den durch Schuld des Beamten in seinem Amte angerichteten Schaden anlangt, so haftet der Beamte dem Beschädigten, und sucht dieser seine Entschädigung an den Staat¹⁹⁶, dem Staate¹⁹⁷). (S. den Art. Amtsverbrechen S. 231.) Nach dem röm. Rechte prästirten nur die niederen Beamten wegen jedes Dienstverfehens *dolus* und *culpa*; die höheren waren nur zur Herausgabe des Erpreßten allgemein verbunden. Bei der *iurisdictionis voluntaria* haftet jetzt der Richter blos für den Schaden aus Formmängeln und aus ertheilten ungegründeten Zeugnissen, wenn ihn nicht die Partei selbst hinterging, ingleichen aus, wenn ihm *causae cognitio* oblag, materieller Ungültigkeit des Geschäftes¹⁹⁸). Es versteht sich von selbst, daß der Beamte den Schaden nicht zu gewähren hat, der aus der vorschriftsmäßigen Befolgung der auf gesetzlich geordnete Weise ihm zugegangenen, klaren Pönalgesetzen nicht entgegenstehenden Befehle seiner Oberbehörde entstanden ist, wenn er gleich, mit Vorbehalt des Regresses an Letztere¹⁹⁹), zunächst dem Beschädigten dafür haften muß (man vergl. den Art. Amtsverbrechen S. 229 flg.)²⁰⁰). Der Oberbeamte aber haftet hiernach dem Unterbeamten für allen aus Befolgung seiner Befehle dem Letzteren

194) Maurenbrecher a. a. D. §. 162.

195) L. 61. §. 5. D. de furtis (47. 2.): *nemini officium suum, quod eius cum quo contraxerit, non etiam sui commodi causa susceperit, damnosum esse.*

196) Perthes a. a. D. S. 137—141. Minnigerode a. a. D. S. 165. Pfeiffer a. a. D. 2. Bd. Nr. XII. 31. S. 383.

197) Von der Rahmer a. a. D. S. 371: Ueber die Beitreibung der Forderungen der Domänenkasse von herzoglichen (nassauischen) Staatsbedienten, Rescript vom 27. Juni 1827. Schlüter und Wallis, juristische Zeitung für das Königreich Hannover, 6. Jahrg. 1831. S. 84.

198) Ueber alles dieß siehe Schweppe, röm. Privatrecht, 3. Bd. Obtingen 1831. §. 572.

199) Minnigerode a. a. D. S. 152.

200) Glück a. a. D. 10. Th. §. 700. S. 331. Dagegen in mehrfacher Beziehung siehe Murhard a. a. D. S. 134 flg. u. 159. Minnigerode a. a. D. S. 153 flg.

entstehenden Schaden. Der Schaden hingegen, den ein Unterthan durch pflichtmäßige Befolgung der Gesetze von Seiten eines Beamten leidet, wird nicht ersetzt²⁰¹⁾. — Viel schwieriger jedoch ist die Lehre vom Schutze des Staates wegen des dem Beamten zugesicherten Nahrungsstandes. Bei der in allen Fächern der menschlichen Gewerbe eingetretenen größeren Theilung derselben, wodurch eine größere Vollkommenheit darin, aber auch größere Einseitigkeit entstehen mußte und eine einseitigere Vorbildung nöthig geworden ist, konnte dieß ganz folgerecht auch bei dem Staatsdienste nicht fehlen. So kann dieser jetzt in der Regel nur von Personen verwaltet werden, welche ihre ganze Bildung darauf berechnet haben und diese Geschäfte zu ihrem Lebensberufe machen. So wenig nun einem anderen Staatsbürger, dem einmal ein Nahrungsstand im Staate gestattet worden ist, dieser ohne weiteres entzogen werden kann, so wenig darf dieß bei dem Beamten geschehen. Und da die Regierung der Mitcontrahent bei dem Dienstcontracte ist, so kann sie, wenn über die Dauer desselben Streit entsteht, unmöglich in ihrer eigenen Sache richten; sondern dieß ist Gegenstand der Entscheidung des unabhängig stehenden Richteramtes. Es waltet daher ein ganz anderes Verhältniß hier ob, als das zwischen dem Privatmann und seinem Diener. Denn die Entlassung des Letzteren von Seiten des Ersteren vernichtet nicht dessen ganzen Nahrungsstand, da ihm die Freiheit bleibt, mit Anderen über dieselben Dienste, die er zeitlich dem Herrn leistete, zu contrahiren. Da aber die Regierung im Staate der einzig denkbare Mitcontrahent über Staatsdienste ist, so wird, wenn sie einem Staatsbürger einmal dessen Verwendung im Staatsdienste zugesichert und er seine Bildung zc. darauf eingerichtet hat, sonach etwas Anderes nicht ergreifen kann, sein ganzer Nahrungsstand für immer durch die Entlassung vernichtet. Nicht so ist es rücksichtlich der Regierung, welche, wenn auch der Beamte ihren Dienst verläßt, doch unter ihren Unterthanen die Wahl hat, mit wem sie wegen des Staatsamtes contrahiren will. Daß das Richteramt über dieses Verhältniß entscheide, widerspricht nicht im mindesten der vorwaltenden Sachlage. Denn sehr richtig sagt ein von uns schon erwähnter ausgezeichneteter Schriftsteller²⁰²⁾: Die wechselseitigen Rechte zwischen Staat und Diener, welche von selbst aus der Uebertragung eines Staatsdienstes entstehen, sind insofern privatrechtlicher Natur, als privatrechtlich Alles genannt werden kann, was nicht bloß Beziehung auf das Allgemeine im Staate hat, sondern in einer eigentlichen civilistischen obligatio besteht und auf das Privatvermögen von Einfluß ist. Aus dieser Darstellung folgt nun von selbst: a) daß nur dann, wenn bei der Anstellung des Beamten beiderseitige Aufkündigung bedungen ist, diese auch von Seiten des Staates erfolgen kann, da der Beamte durch Eingehung dieser Bedingung bei dem Dienstvertrage sich seines Rechtes auf den lebens-

201) L. 29. §. 7. D. ad leg. Aquil. (9. 2.) Glüc a. a. D. 10. Th. §. 700.

202) Spangenberg a. a. D. S. 4.

länglichen Nahrungsstand begeben hat; b) daß dieß auch binnen der gesetzlichen Frist geschehen kann, wenn die Gesetze für die Beamten gewisse Probejahre festsetzen — ob diese beiden Bestimmungen rüchlich sind, dieß gehört nicht in die rechtliche Behandlung der Sache ²⁰³) — daß aber außerdem c) der Beamte zwar seinerseits ²⁰⁴), nicht aber d) der Staat aufkündigen, der Beamte vielmehr auf lebenslängliche Beibehaltung seiner Amtsemlumente — mit Einschluß des ihm durch das Amt verliehenen Ranges — bringen kann ²⁰⁵), so lange ihm dieselben nicht durch Urtheil und Recht aberkannt sind ²⁰⁶), und daß e) hierüber der ordentliche Richter des Beklagten zu entscheiden hat. Weil aber f) der Beamte nur auf diejenigen Theile des Dienstvertrages, welche in demselben zu seinem Vortheile stipulirt sind, ein erzwingbares Recht hat, hiernächst nach Obigem (§. 744) diese Contractsverhältnisse den höheren Rechten des Staates, namentlich den nothwendigen politischen Rücksichten untergeordnet werden müssen und diese sehr oft aus Gründen, die nicht im erzwingbaren Rechte liegen, die Beseitigung der Dienste des Beamten erhelfen können, so beschränken sich die Ansprüche des Beamten nur auf die Fortdauer der unter d erwähnten Emlumente, nicht auch auf die Fortdauer der Verwaltung des Amtes ²⁰⁷). Daher muß auch g) dem Staate das Recht zustehen, den Beamten jederzeit vom Amte zu suspendiren (suspensio ab officio nicht a beneficio) ²⁰⁸). Aus allem diesem folgt, daß selbst die so-

203) Du Prel, auserlesene bayer'sche Rechtsfälle 2c. Band 1. Heft 1. 1836. S. 120.

204) Klüber a. a. D. §. 492. Die dieß bestätigenden kurhessischen, württemberg'schen, bayer'schen, großherz. hessischen, badenschen, coburg'schen Gesetze siehe bei Murhard a. a. D. S. 119 flg. Daher kann ein Beamter sich auch einem Dritten zur Abdankung verbindlich machen (Strubbe's rechtliche Bed. a. a. D. 2. Bd. Bed. 420. S. 217. (IV. 129.)), und die Ansicht Derer ist irrig und den Dienstcontractsverhältnissen zuwider, welche, wenn auch der Staat dadurch nicht einen unersehbaren Verlust erleidet, doch dem Monarchen das Recht zusprechen, den Abschied zu verweigern, z. B. Perthes a. a. D. S. 143 flg. Allein intempestiv und zu jeder beliebigen Zeit kann der Beamte nicht abgehen und dadurch die Regierung in Verlegenheit und vielleicht Schaden setzen, sondern er muß seinen Abschied so zeitig suchen, daß die Regierung seine Stelle gehörig wieder besetzen kann.

205) Minnigerröde a. a. D. S. 122 flg.

206) Die rechtlichen Gründe zur Amtsentsetzung, außer inwiefern sie Folge begangener Verbrechen ist, siehe im Art. Amtsverbrechen S. 226. Man vgl. Maurenbrecher a. a. D. §. 164.

207) De Caangiesser, collectionis notabiliorum decisionum supr. trib. appellat. Haasso-Casellani Tom. XVI. 1820. dec. 137. p. 114. Danz, Gmelin, Lafinger, kritisches Archiv der neuesten juristischen Literatur und Rechtspflege in Deutschland, 5. Bd. Tübingen 1806. S. 513.

208) Wir haben uns hierüber schon ausgesprochen, theils in dem Artikel Amtsverbrechen S. 225, theils und vorzüglich, mit Beziehung auf die dießfallige Literatur, in der wiederholt angezogenen Monographie, die Ministerverantwortlichkeit 2c. Abschn. 31 und 32. S. 46 flg. Die uns in der Hauptsache zur Seite stehende deutsche Praxis bezeugen neuerlichst Maurenbrecher a. a. D. §. 163 u. 164. Murhard a. a. D. 6. Heft, S. 67, welcher dieß für Kurhessen noch besonders S. 63, 64, 72, nachweist. Wegen Ruffau und

nannte Entlassung, Abschied in Gnaden, einfache Verabschiedung (*dimissio, dimissio honesta*), d. i. diejenige Aufkündigung von Seiten des Staates gegen den Beamten, welche in wohlwollenden Ausdrücken, mindestens ohne Anführung einer für die Ehre des Beamten nachtheiligen Ursache geschieht²⁰⁹), nur unter Zustimmung beider Parteien erfolgen kann, wenn sie nicht durch Vertrag oder Particulargesetz festgesetzt ist, und wenn sie sich auf alle oder einige Dienstemolumente erstrecken soll. Daher ist sie auch nach gemeinem Rechte weder ein correctives, noch ein reinigendes Disciplinarmittel²¹⁰), so wie ohne jene Voraussetzungen nicht darauf erkannt werden kann. Wird der suspendirte Beamte freigesprochen und entweder darauf, oder nach überstandener Strafe der Suspension²¹¹), wieder in sein Amt eingesetzt, so heißt dieß Wiedereinsetzung (*rehabilitatio*)²¹²). Daß diejenigen, welche dem Staate das willkürliche Entlassungsrecht zuschreiben, ihn um so mehr zur willkürlichen Versetzung jedes Staatsdieners für berechtigt erachten, liegt auf der Hand; man muß jedoch, wenn man auch volle Dienstentsetzung gegen den Willen des Beamten nicht ohne Urtheil und Recht zuläßt, der willkürlichen Beamtenversetzung unter gewissen Beschränkungen das Wort reden. Denn die höhere Rücksicht des Staatswohles erfordert, daß der Beamte, welcher an einem gewissen Posten minder nützlich als an einem anderen ist, nicht da bleibe, wo er sich so gezeigt hat; und da er, nach Obigem (§. 756), nur ein Recht auf die Dienstemolumente, nicht auf die Dienstgeschäfte erworben, so muß er sich, wenn er in derselben Dienstbranche versetzt wird,

Württemberg siehe ebendas. §. 84 u. 85, und wegen Kurhessen vgl. man noch Alex. Müller a. a. D. 6. Bd. 2. Heft. §. 288. Für unsere Ansicht ist besonders lesenswerth Pfeiffer a. a. D. Man vgl. auch: Rdnberg über Dienstentlassung und Dienstaufkündigung, Berlin 1799. Saalfeld, commentatio, num principi liceat ministros publicos incognita causa dimittere, Heidelb. 1808. De Canngiesserl. c. Tom. III. 1790. dec. 92. p. 104. Gegen unsere Ansicht sprechen sich vorzüglich aus: Perthes a. a. D. §. 145 flg. (welcher §. 148 flg. umständlich die dießfalligen preussischen Grundsätze angibt; siehe auch §. 160, womit jedoch Rauer, Controlblatt für preussische Juristen, Berlin 1837. §. 107 zu vergleichen ist). Strube's rechtliche Bedenken, spangenberg. Ausg. 2. Bd. Hannover 1827. Bed. 423. (III. 144.) und Klüber a. a. D. §. 492 u. 493, wo sich die Literatur, auch rücksichtlich der dießfalligen Landesgesetze, sehr reichhaltig verzeichnet findet. v. Brevern a. a. D. bleibt sich in seinen Behauptungen nicht ganz gleich. Zachariä a. a. D. §. 339, drückt sich unter anderen so darüber aus, ob er gleich die Existenz eines Contractsverhältnisses zwischen Staatsregierung und Beamten leugnet: Haben auch die Staatsdiener keine Rechte gegen den Staat, so hat doch der Staat Pflichten gegen sie u. läßt sich zwar nicht der Saß vertheidigen, daß kein Beamter ohne Urtheil und Recht u. von seiner Stelle entlassen werden könnte. Jedoch eben so wenig der Gegensaß.

209) Klüber a. a. D. §. 492. Maurenbrecher a. a. D. §. 163.

210) S. b. Art. Amtsverbrechen §. 223 flg.

211) Ueber die verschiedenen Arten der Suspension siehe d. Art. Amtsverbrechen §. 224 u. 225. Man vergl. über die preussischen dießfalligen Bestimmungen Perthes a. a. D. §. 158.

212) Maurenbrecher a. a. D. §. 164.

über welche er den Dienstcontract abgeschlossen hat, dieß gefallen lassen. Dabei wird aber vorausgesetzt, a) daß der Beamte an Rang und Gehalt durch die Versetzung nichts einbüße, sonach auch wegen aller Nebenumstände, rücksichtlich deren ihm die Versetzung schadet, als z. B. wegen der Umzugskosten, wegen der Nachtheile für die Erhaltung seiner Familie, weil z. E. der nunmehr zu beziehende Ort theurer als der vorige ist, wegen der ihm rechtmäßig zukommenden Sporteln seines vorigen Amtes ic., wirklich entschädigt werde. Wir brauchen dieses Wort absichtlich so, weil man in neuerer Zeit, selbst durch Particulargesetze dem Ausdruck entschädigen die dem eigentlichen Wortsinne zuwiderlaufende Deutung gegeben hat, daß nicht aller Schade wirklich zu vergüten sei, so daß der Staatsdiener gar keine Einbuße habe, sondern daß man ihm nur Etwas zu geben brauche, und er den übrigen Schaden, namentlich wegen aller Nebenrücksichten, über sich ergehen lassen müsse. Denn Schade ist Schade, er entstehe woher er wolle, und die Unterordnung der Dienstcontractrechte unter die höheren Staatsrücksichten darf nur so weit erfolgen, als sie nothwendig ist (s. oben S. 747). Es muß aber auch b) der zu versetzende Diener blos in derselben Dienstbranche, über welche er den Dienstcontract geschlossen hat, in einer solchen Stelle, welche der bisherigen Dienstführung und den Fähigkeiten des Zuversetzenden entspricht, die also weder höhere noch geringere Dienstfähigkeiten erfordert, als die bisherige²¹³⁾, angestellt werden. Denn wenn z. B. ein Rath, wenn gleich mit Beibehaltung seines Ranges und Gehaltes, in eine Copistenstelle, oder ein Justizbeamter in eine Administrativstelle versetzt werden würde, so würde dieß im ersteren Falle einer Degradation gleichstehen und im zweiten den versetzten Beamten der Möglichkeit bloßstellen, durch Fehler in der Amtsführung nicht nur sich große Unannehmlichkeiten zuzuziehen, sondern sogar nunmehr ohne Schuld sich zur Absetzung zu qualificiren. Endlich kann nach allem diesem auch die Quiescirung, Versetzung in den Ruhestand, gegen den Willen des Beamten nur dann geschehen, wenn ihm alle Dienstemolumente mit Einschluß des Ranges gelassen werden²¹⁴⁾. Dagegen hat aber auch kein Beamter, wenn er dienstunfähig wird, vorausgesetzt, daß er nicht nachweisen kann, die Dienstunfähigkeit sei in Folge seiner Dienstfunctionen entstanden, einen rechtlichen Anspruch auf Pensionirung, wenn

213) Murrhard a. a. D. S. 104, welcher auch in der 6. Lief. S. 90 die sehr humanen Grundsätze der kurhessischen Verfassungsurkunde und der deutschen Reichsprivatien über Versetzungen angibt.

214) Am klarsten sind die Gründe gegen die willkürliche Absetzung, Entlassung, Versetzung und Quiescirung dargestellt von Paulus, Gedanken zur Verbesserung der Staatsbeamtenpragmatik, in Pöblig angezogenen Jahrbüchern, Sept. 1833. S. 241, und von Welcker in den Verhandlungen der badenschen Deputirtenkammer in der Sitzung vom 12. Juni 1833. Man vgl. Klüber a. a. D. S. 493. Murrhard a. a. D. S. 90, 93, 94. 7. Lief. S. 97 fig., wo auch, neben den kurhessischen Vorschriften, die bayer'schen S. 107 angegeben sind.

diese nicht im Dienstcontracte, oder in der Dienstpragmatik stipulirt ist. Die Gründe, welche man dafür anführt, sind Gründe der Billigkeit und der Politik, nicht des erzwingbaren gemeinen Rechtes²¹⁵). In vielen Bundesstaaten aber existiren bestimmte Gesetze über die Pensionirung unfähig gewordener alter Diener²¹⁶). Noch weniger, als der Staatsdiener für sich auf Pension Anspruch machen kann, steht ein solcher Anspruch dessen Wittve und unmündigen Kindern zu, wenn nicht Landesgesetze dies vorschreiben²¹⁷). — Alle diese Grundsätze leiden jedoch rücksichtlich der Minister wesentliche Abänderungen, da ihre Stellen, wie oben (S. 741) nachgewiesen wurde, sogenannte Vertrauensposten sind, mithin die von uns überall vorausgesetzte Unabsetzbarkeit bei ihnen nicht eintritt²¹⁸), wogegen die Particulargesetzgebung ihnen manche andere Vortheile gewährt.

Die Pflichten der Beamten hingegen lassen sich bloß im Allgemeinen auf die Verbindlichkeit zu Erfüllung aller Amtsobliegenheiten reduciren²¹⁹); insbesondere müssen die Amtsinstructionen, Dienstpragmatiken, das Herkommen in jedem Amte und die Natur der Sache den Maßstab hierbei abgeben. Jeder Beamte ist zum Gehorsam gegen seine Vorgesetzten mit den von uns oben (S. 752 u. 753) angegebenen Modificationen verbunden²²⁰). Daß er in dem durch die Verfassung gebotenen Geiste der Regierung handle, ist seine Pflicht, nicht aber ist er zu einem slavischen Gehorsam, zu einer Gefangengebung seiner Vernunft unter den Glauben an die Infallibilität seiner Vorgesetzten gezwungen²²¹). Der Disciplinargewalt des Staates über die Beamten unterwirft er sich durch Eingehung des Dienstvertrages²²²). Jene

215) Klüber a. a. D. Perthes a. a. D. S. 146 fig.

216) Zu allgemein ist die Behauptung Maurenbrechers a. a. D. §. 163. Note h, daß jeder Bundesstaat besondere Pensionsreglements habe. Im Königreiche Sachsen ist ein solches in dem schon angeführten Civilstaatsdienergesetze §. 32, auch sind solche Vorschriften in der kurhess. Verf.-Urt. §. 58, und im Haus- und Staatsgesetze v. 4. März 1817 (m. vgl. Murhard a. a. D. S. 115 fig.) enthalten. Wegen Preußen s. Perthes a. a. D. S. 152 fig. 217) Klüber a. a. D. §. 494.

218) Das Nähere darüber ist in den beiden (Note 181) angezogenen Schriften über die Ministerverantwortlichkeit enthalten, und in Bülow a. a. D. S. 160 fig. Murhard a. a. D. 6. Lief. S. 23, 25, 82—84. Maurenbrecher a. a. D. §. 185. Note e. Die ältere Literatur hat ein hier einschlagendes Werk von Moser, über Regenten, Regierung und Minister, Frankfurt a. M. 1784.

219) Maurenbrecher a. a. D. §. 162.

220) Das Nähere darüber ist hervorgehoben in der öfter citirten Ministerverantwortlichkeit des Verf. dieses Art. Abschn. 29. S. 41 fig.

221) Rhapsodische Bemerkungen, den Staatsdienst betreffend in Bran, Minerva 1835. 2. Bd. April, Mai, Juni, Nr. 2. S. 425. Klein, Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den preussischen Staaten, Berlin 1800 fig. 24 Bd. S. 76: Ist es rathsam die Abhängigkeit der Staatsbeamten von ihren Vorgesetzten zu vergrößern oder zu vermindern?

222) Siehe den Art. Amtsverbrechen S. 223, und Perthes a. a. D. S. 119—123.

erstreckt sich, besonders auch zur Erhaltung der Würde des Staatsdienstes und in Folge des Obergewaltrechtes des Monarchen, auf das Benehmen des Beamten nicht bloß im Dienste selbst, sondern auch in seinem Privatleben, so weit dieß auf Amtsansetzen und Amtstreue einwirken kann²²³). Daher schreiben sich mancherlei Beschränkungen, z. B. die zur Verheirathung in den meisten Staaten vom Staatsdiener einzuholende Erlaubniß²²⁴). Inwiefern die Beamten für den durch sie bei Verwaltung ihres Amtes angerichteten Schaden haften, dieß ist oben (S. 754) schon ausgeführt worden, und es ist hier nur noch zu bemerken, daß sie häufig, besonders bei Cassenverwaltung, für den möglicherweise von ihnen anzurichtenden Schaden eine Dienstcaution bestellen müssen²²⁵), daß sie durch die Klage *ex lege Aquilia* zum Schadenersatz für Excesse angehalten werden können²²⁶), und daß sie, obgleich dabei Beklagte, den Beweis pflichtgemäßer Thätigkeit führen müssen, wenn diese nicht auf einer verneinenden Handlung beruht²²⁷), daß es ihre Pflicht ist, selbst den Schein der Unredlichkeit zu meiden, und daher z. B. ihre Administrationsgegenstände nicht selbst zu kaufen²²⁸), und daß sie sogar für Cassendefecte der Vorgänger haften müssen, wenn sie die Cassen ohne gehörige Revision übernahmen²²⁹). Der Dienstcontract endigt sich durch den Tod, durch Aufhebung des Staatsamtes selbst unter den oben (S. 756) angegebenen Umständen, durch Unfähigwerdung des Beamten (s. oben S. 758), durch ein dessen Verlust bewirkendes Verbrechen, durch Aufkündigung von Seiten des Beamten und *mutuo dissensu*²³⁰).

Uebrigens erinnern wir nochmals daran, daß andere öffentliche Beamte in obigen Beziehungen nach Analogie der Staatsbeamten²³¹) zu beurtheilen sind²³²).

Subbeus.

223) Klüber a. a. D. §. 530.

224) Perthes a. a. D. S. 105 flg.

225) Essellen, die Bestimmungen der preussischen Gesetze über das Cautionswesen der Staatsbeamten, Siegen 1837.

226) L. 29. §. 7. D. ad legem Aquilian. (9. 2.) L. 13. D. de peric. et commodo rei vendit. (8. 6.)

227) Glück a. a. D. 32. Th. §. 380. S. 442.

228) Glück a. a. D. 16. Th. §. 989. S. 150. Strube a. a. D. 2. Bd. 421. (IV. 79.) L. 46. D. de contrah. emt. et de pactis (18. 1.)

229) Sand angez. Archiv, 18. Bd. 1. Abth. 1833. S. 219.

230) Maurenbrecher a. a. D. §. 163. Perthes a. a. D. S. 142 flg.

231) Nettelbladt a. a. D. 4. Bd. S. 142. v. Pohnhorst a. a. D. 8. Bd. S. 113. Du Prel a. a. D. Bülow a. a. D. S. 362.

232) Wir beklagen, erst, nachdem dieser Artikel schon gesetzt ist, von nachfolgender, daher auch von uns nicht zu benutzen gewesener Schrift Notiz erhalten zu haben: F. Meisterlin, die Verhältnisse der Staatsdiener, nach rechtlichen Grundsätzen, Cassel 1838.

Bedingung (*conditio*)¹⁾ heißt diejenige Nebenbestimmung eines Rechtsgeschäftes, durch welche dessen Eintritt oder dessen Auflösung von der Existenz oder Nicht-Existenz eines ungewissen zukünftigen Ereignisses abhängig gemacht wird²⁾. Die wesentlichen Merkmale der Bedingung sind: a) sie muß ein ungewisses zukünftiges Ereigniß enthalten³⁾. Deshalb sind vom Begriffe Bedingung die sogenannten *conditiones in praesens conceptae* und in *praeteritum conceptae* und die *necessariae conditiones* auszuschließen. b) Es gehört zum Begriffe der Bedingung eine ausdrückliche Nebenbestimmung des Hauptgeschäftes, welche die Hinzufügung der Bedingung zu demselben zum Zwecke hat. Dieß ergibt sich theils aus dem Grundsätze, daß Bedingungen bei Rechtsgeschäften überhaupt nicht vermuthet werden, sondern von dem, welcher sich auf sie beruft, bewiesen werden müssen⁴⁾; theils daraus, daß bei der *in diem addictio*⁵⁾ und der *lex commissoria*⁶⁾ eher die Resolutivbedingung, als die Suspensivbedingung nach den in den Justinianischen Pandekten gebilligten Grundsätzen vermuthet werden muß. Die gewöhnliche Bezeichnung der Bedingung in den römischen Rechtsquellen ist die durch *si*, im Deutschen die durch *wenn*. Indes konnte die Bedingung auch durch *ut* und *cum* ausgedrückt werden, wenn es nur sonst gewiß war, daß die Nebenbestimmung ein künftiges ungewisses Ereigniß betreffe⁷⁾. Die Bedingung unterscheidet

1) Die Literatur der Lehre von den Bedingungen betreffend, so dürften von den älteren Schriftstellern namentlich folgende einige Erwähnung verdienen: Hugo Donellus *comm. iuris civilis* lib. VIII. cap. 30—34. Philibert Brusselii de Bruxell. *tractatus de conditionibus testamentorum, contractuum et pactorum* Francof. 1700. Ziegler *diss. de conditionibus*, Jenae 1655. Greg. Maiansii *disputationes iuris* tom. II. *diss.* 34. Neuere Literatur: Thibaut's *civilistische Abhandlungen*, Abhandlung XVII. Endemann *commentatio de implendae conditionis tempore* Marburg. 1821. Sell, die Lehre von den unmdglichen Bedingungen in dessen *Versuchen aus dem Gebiete des Civilrechtes* Th. II. Ausgezeichnet sind die einzelnen Abhandlungen von Averani in dessen *interpretationes iuris civilis* über mehrere der schwierigsten Punkte dieser Lehre. Eine allgemeine Uebersicht über die Literatur unserer Lehre gibt Sell a. a. D. Th. II. S. 3—9.

2) Ueber andere Bedeutungen des Wortes *conditio* vergl. Brissonius de V. S. s. h. v. und Schilling's *Institut. d. R. R.* Th. II. S. 272. Note a. Sie lassen sich auf folgende Punkte zurückführen: *conditio* bedeutet oft a) den persönlichen Zustand eines Menschen (Caius *inst.* l. §. 13 u. 29.), b) die Lage oder Beschaffenheit einer Sache oder eines Rechtsgeschäftes (L. 1. §. 23. D. 39. 3. L. 11. §. 1. D. 29. 1.), c) eine Contractbestimmung (L. 10. §. 1. D. 14. 2.), d) den Abschluß einer Ehe oder eines Verlöbnißes (L. 2. §. 2. D. 24. 2. L. 18. D. 23. 1. L. 65. D. 5. 1.), e) eine einem Geschäfte hinzugefügte Auflage (*modus*) (L. 8. §. 7. D. 28. 7. L. 44. D. 40. 4.)

3) L. 39. D. de rebus creditis. (12. 1.) L. 120. D. de verborum obligat. (45. 1.) L. 9. §. 1. D. de novationibus. (46. 2.)

4) L. 7. §. 2 u. 3. D. de iure dotium. (23. 3.) L. 8. D. ibidem. L. 1. §. 2. D. pro dote. (41. 9.)

5) L. 2. §. 4. D. pro emtore. (41. 4.)

6) L. 1. D. de lege commissoria. (18. 3.)

7) L. 22. D. 36. 2. Vergl. Sell *Versuche* Th. 2. S. 15—18.

bet sich genau a) von der *causa*, d. h. dem Grunde einer Disposition⁸⁾. Diese beruht stets auf einer vergangenen Begebenheit⁹⁾ und wird gewöhnlich mit den Worten *quia* oder *quoniam* bezeichnet. b) Von dem *modus* (Aufsage), d. h. einem nur bei der Eingehung von Rechtsgeschäften ausdrücklich erwähnten Zwecke, welcher durch die Eingehung des Geschäftes erreicht werden soll. Er besteht in dem Gebote, etwas zu thun oder zu unterlassen, und wird gewöhnlich mit den Worten *ut* oder *ne* bezeichnet. c) Von dem *dies*, d. h. einer durch den Willen der Parteien dem Geschäfte hinzugefügten Zeitbestimmung, von deren Eintritt entweder der Anfang oder das Ende des abgeschlossenen Geschäftes abhängig gemacht wird.

Der Sprachgebrauch der römischen Juristen, welcher in der Lehre von den Bedingungen in Frage kommt, ist namentlich dann sehr mannigfaltig, wenn der Eintritt, der Wegfall und die Ungewißheit, ob die dem Rechtsgeschäfte hinzugefügte Bedingung in Erfüllung gehen werde oder nicht, bezeichnet werden sollen. Ausdrücke, wie *conditio existit*, *impletur*, *expletur* werden gebraucht, um den Eintritt der Bedingung zu bezeichnen. Dagegen sagt man *conditio extinguitur*, *deficit*, *defecta est* in dem Falle, wenn sich die Unmöglichkeit herausgestellt hat, daß die dem Rechtsgeschäfte hinzugefügte Bedingung annoch erfüllt werden könne. Redensarten, wie *conditio pendet*, *in suspenso est*, sind von dem Falle zu verstehen, wo es noch ungewiß ist, ob die dem Rechtsgeschäfte zugefügte Bedingung annoch in Erfüllung gehen werde oder nicht.

Rechtsgeschäfte, welchen eine Bedingung hinzugefügt ist, heißen *bedingte Rechtsgeschäfte* (*conditionalia negotia*), wiewohl der lateinische Ausdruck von den classischen Juristen nur von solchen Rechtsgeschäften gebraucht wird, welchen eine Suspensivbedingung hinzugefügt worden ist. Geschäfte, welchen eine Suspensivbedingung hinzugefügt ist, heißen *unbedingte Rechtsgeschäfte* (*pura negotia*), wiewohl der gedachte lateinische Ausdruck in der Kunstsprache der römischen Juristen auch auf solche ausgedehnt wird, welchen ein Anfangstermin hinzugefügt ist. Es gibt im Rechte manche Rechtsgeschäfte, deren Natur die Hinzufügung einer Bedingung nicht gestattet. Dahin gehören namentlich die *actus legitimi*, welche durch einen solchen Zusatz vernichtet werden¹⁰⁾; die Erbeinsetzung im Testamente, welcher keine Resolutivbedingung hinzugefügt werden kann, wenn die letztere nicht *pro non scripta* gehalten werden soll¹¹⁾, weil sie dem Grundsatz *semel heres, semper heres* widerspricht; die Prädialservituten, welchen nach älterem Rechte weder eine Suspensiv- noch eine Resolutivbedingung hinzuge-

8) L. 12. D. 35. 1. L. 17. §. 2. D. *ibidem*.

9) L. 12. D. 35. 1. L. 52. D. *de conditione indebiti*. (12. 6.)

10) L. 77. D. *de regulis iuris*. (50. 17.)

11) L. 88. in fin. D. *de hered. instit.* (28. 5.) L. 7. §. 10. D. *de minoribus*. (4. 4.) Vergl. *Thibaut* im Archive für civilistische Praxis Bd. 5. S. 317—320 und Bd. 7. S. 363 flg. Nur bei dem Testamente der Soldaten war die hinzugefügte Resolutivbedingung gültig. L. 15. §. 4. D. *de testamento militia*. (29. 1.)

fügt werden konnte, während nach neuerem Rechte dieselben wenigstens auf dem Wege der Exception geltend gemacht werden können¹²⁾; vielleicht gehörte dahin auch der Nießbrauch¹³⁾, obschon in den Justinianischen Pandekten nur die Meinung gebilligt worden ist, daß er unter Hinzufügung einer Suspensiv- und Resolutivbedingung bestellt werden könne¹⁴⁾. Nach canonischem Rechte¹⁵⁾ gehört dazu auch der Ehecontract, wenn er unter Hinzufügung folgender Bedingungen abgeschlossen worden ist: *contraho tecum, si generationem prolis evites — donec inveniam aliam honore vel facultatibus digniorem, — si pro quaestu adulterandam te tradas*, Bedingungen, welche durch ihre Hinzufügung den Ehecontract vernichten; während physisch und moralisch unmögliche Bedingungen, wenn sie hinzugefügt worden sind, nur für nicht hinzugefügt erachtet werden.

Die für die Praxis wichtigen Eintheilungen der Bedingungen sind folgende:

A) in mögliche und unmögliche (*conditiones possibiles und impossibiles*). Eine unmögliche Bedingung heißt nach den Ansichten der römischen Juristen eine solche, welche deshalb nicht eintreten kann, weil sie den Naturgesetzen widerspricht¹⁶⁾. Bedingungen, bei welchen dieß nicht der Fall ist, heißen mögliche Bedingungen. Manche neuere Rechtsgelehrte nennen diese Arten der Bedingungen physisch unmögliche und physisch mögliche Bedingungen, weil sie zu der Kategorie der möglichen und unmöglichen Bedingungen noch diejenigen hinzuzusetzen belieben, welche nur von der juristischen oder der moralischen Seite her den unmöglichen Bedingungen in ihrer Wirkung gleichgesetzt werden¹⁷⁾. Allein diese Meinung widerlegt sich nicht allein dadurch, daß der Begriff der *possibilis conditio* von den römischen Juristen immer nur in Bezug auf die Naturgesetze bestimmt wird, sondern auch dadurch, daß dieselben ganz andere Ausdrücke brauchen, um die juristisch oder moralisch unmöglichen Bedingungen zu bezeichnen¹⁸⁾. Den unmöglichen Bedingungen geht das wesentliche Merkmal der Bedingung, nämlich ihre Beziehung auf eine zukünftige ungewisse Begebenheit gänzlich ab, und ihre Wirkung ist wesentlich verschieden, je nachdem das Hauptgeschäft, zu welchem sie hinzugefügt sind, ein Geschäft unter den Lebenden (*negotium inter vivos*), oder auf den Todesfall (*negotium mortis causa*) ist. Bei Geschäften der ersteren Art gilt nämlich der

12) L. 4. pr. D. de servitutibus. (8. 1.)

13) Fragm. Vat. §. 50.

14) L. 1. §. 3. D. de usufructu accrescendo. (7. 2.)

15) Cap. 7. X. de conditionibus appositis in desponsatione. (4. 5.)

16) L. 137. §. 6. D. de verborum obligation. (45. 1.) Pauli sent. rec. III. 4. B. §. 1. §. 11. J. de inutilibus stipulationibus. (3. 20.)

17) Vergl. die eben angeführten Stellen und außerdem L. 14. D. de conditionibus institutionum. (28. 7.) const. un. Cod. de his, quae poenae nomine. (6. 41.) §. 36. Inst. de legatis. (2. 20.)

18) Pauli sent. recept. III. 4. B. §. 1. L. 14. D. 28. 7. const. un. Cod. 6. 41. §. 36. Inst. 2. 20. Vergl. Sell a. a. D. Th. II. S. 20—23.

Grundsatz, daß, wenn die dem Geschäfte hinzugefügte unmögliche Bedingung eine Suspensivbedingung ist, das ganze Geschäft als null und nichtig betrachtet wird¹⁹⁾, so daß selbst die Bestellung eines Bürgen für eine solche Obligation ungültig ist²⁰⁾. Dieß deshalb, weil bei allen Geschäften dieser Art die Einwilligung aller Contrahenten eine unerläßliche Bedingung für die Entstehung der Obligation ist, und man nicht glaubte annehmen zu dürfen, daß eine solche Einwilligung wirklich vorhanden sei, wenn beide Parteien bei der Eingehung des Rechtsgeschäftes eine Bedingung hinzugefügt haben, von welcher man glauben mußte, daß die Unmöglichkeit ihrer Existenz ihnen nicht unbekannt gewesen sei²¹⁾. Freilich ist dieß nicht von den negativ gefaßten unmöglichen Bedingungen zu verstehen, deren Wirkung die ist, daß das von ihnen abhängig gemachte Rechtsgeschäft unter den Lebenden gerade so fortbesteht, als ob sie nicht hinzugefügt wären²²⁾. Bei Geschäften auf den Todesfall hingegen ist es vom Anfange an zwar zweifelhaft gewesen, ob nicht dieselben Grundsätze, welche von den Geschäften unter den Lebenden gelten, auch auf sie angewendet werden müssen. Die Anhänger des Sabinus und Cassius, zu welchen sich auch Cajus rechnet, waren der Meinung, daß ein unter einer unmöglichen Suspensivbedingung hinterlassenes Legat eben so gelten müsse, als ob diese Bedingung gar nicht hinzugefügt wäre²³⁾. Die Proculianer hingegen behaupteten, daß ein solches Legat eben so in sich zerfalle, wie eine Stipulation, zu welcher eine unmögliche Bedingung hinzugefügt worden ist. Dabei ist es auffallend, daß schon Cajus außer Stande war, einen gnügenden Grund für diese Meinungsverschiedenheit anzugeben²⁴⁾. In die Justinianischen Rechtsbücher ist die Meinung der Sabinianer siegreich übertragen worden, während alle Spuren der abweichenden Meinung der Proculianer in denselben recht absichtlich vertilgt zu sein scheinen. Nithin steht für das gemeine römische Recht der Grundsatz fest, daß Erbeinsetzungen, Legate, Fideicommissa, welche unter einer unmöglichen Suspensivbedingung hinterlassen sind, eben so für gültig erachtet werden müssen, als ob diese Bedingung gar nicht hinzugefügt wäre²⁵⁾. Die Gründe, welche die neueren Bear-

19) L. 35. D. de regulis iuris. (50. 17.) L. 1. §. 11. D. de obligationibus et actionibus. (44. 7.) L. 31. D. ibid. L. 97. pr. D. de verborum obligationibus. (45. 1.) L. 9. §. 6. D. de rebus creditis. (12. 1.) §. 11. Inst. de inutilibus stipulationibus. (3. 20.)

20) L. 29. D. de fideiussoribus. (46. 1.)

21) L. 31. D. de obligationibus et actionibus. (44. 7.)

22) §. 3. B. si digitum coelum non attigeris, dari spondes? §. 11. Inst. 3. 20. L. 7. D. de verb. obligat. (45. 1.) Vergl. Sell a. a. O. Th. 2. S. 101—106. und Arndt's Beiträge zu verschiedenen Lehren des Civilrechtes und Civilprozesses S. 166—171.

23) Caius instit. III. §. 98. Fr. 3. D. 35. 1.

24) Caius l. c. et sane vix idonea diversitatis ratio reddi poterit.

25) L. 3. D. 35. 1. L. 6. §. 1. D. ibid. L. 16. D. 28. 3. L. 20. pr. D. de conditionibus institutionum. (28. 7.) L. 104. §. 1. D. de le-

bräuer unserer Lehre für die Nothwendigkeit des angeführten Grundsatzes aufzustellen versucht haben, lassen sich darauf zurückführen, daß bei Testamenten und anderen letztwilligen Dispositionen der Wille, und zwar der vermuthliche Wille, des Testirers das vorzüglichste Moment bei der Interpretation des letzten Willens bilde²⁶⁾, und daß schwerlich zu glauben sei, der Erblasser habe die von ihm ausdrücklich hinzugefügte unmögliche Suspensivbedingung im Ernste wollen können²⁷⁾. Dieselben Grundsätze, welche von letztwilligen Dispositionen gelten, sind auch auf das einseitige Versprechen (*pollicitatio*) und das Gelübde (*votum*) übertragen worden²⁸⁾. Practisch wichtig ist die Beantwortung der Frage, nach welchem Zeitpuncte die Möglichkeit oder Unmöglichkeit der dem Rechtsgeschäfte hinzugefügten Bedingung beurtheilt werden müsse²⁹⁾. Ist die Unmöglichkeit, welche in der Bedingung liegt, eine immerwährende (*si perpetuam servat causam*), so bedarf es natürlich keiner besonderen gesetzlichen Bestimmung über diesen Zeitpunct³⁰⁾. Ist hingegen die Unmöglichkeit der Bedingung nur vorübergehend, so weisen die römischen Juristen, wenn es sich um Verträge handelt, auf den Zeitpunct, an welchem die Bedingung dem Rechtsgeschäfte hinzugefügt worden ist, als denjenigen hin, auf welchen man nothwendiger Weise zu sehen habe³¹⁾; und dieß erscheint nur als eine specielle Anwendung des allgemeinen Grundsatzes, daß man bei der Erklärung und Auslegung des Vertrages auf die Zeit, wo derselbe abgeschlossen worden ist, sehen solle. Bei Legaten hingegen und Fideicommissen dürfte es richtiger sein, nicht auf den Tag, an welchem das Vermächtniß errichtet worden, sondern auf denjenigen, an welchem es dem Bedachten anfällt (*dies cedens legati*), zu sehen³²⁾. Dabei versteht es sich freilich von selbst, daß die einmal eingetretene Unmöglichkeit der Bedingung in ihren Wirkungen als fortdauernd betrachtet werden muß³³⁾, und daß Bedingungen, welche vom Anfang an als möglich sich darstellten, späterhin aber durch hinzutretende Umstände unmöglich geworden sind, nicht nach den Grundsätzen, die von den unmöglichen Bedingungen gelten, sondern nach den Regeln, welche von möglichen Bedingungen

gatis (30. 1.) L. 5. §. 4. D. quando dies legatorum codat. (36. 2.) L. 12. D. de dote praelegata. (33. 4.) §. 10. Inst. de hereditibus instituendis. (2. 14.) Mit der Note von Schrader S. 325 a. f. Ausgabe.

26) L. 19. pr. D. 35. 1. L. 101. D. ibid. L. 24. D. de rebus dubiis. (34. 5.)

27) Vergl. Sell a. a. D. Th. 2. S. 38—45.

28) L. 13. §. 1. D. de pollicitationibus. (50. 12.) L. 2. D. ibid.

29) Sell a. a. D. Th. 2. S. 45—98.

30) L. 35. §. 1. D. de verborum obligationibus. (45. 1.) L. 28. D. de iudiciis. (5. 1.)

31) L. 137. §. 6. D. 45. 1. L. 144. §. 1. D. de regulis iuris. (50. 17.) L. 78. pr. D. 45. 1.

32) Arg. L. 18. D. 50. 17. L. 58. D. 35. 1. Vergl. Sell a. a. D. Th. 2. S. 50 flg.

33) L. 83. §. 5. D. 45. 1. §. 2. Inst. de inutilibus stipulationibus. (3. 20.) L. 137. §. 6. D. 45. 1. L. 49. §. 1. D. 28. 5.

gen gelten, beurtheilt werden müssen³⁴). Theilweise unmögliche Bedingungen werden nach römischen Ansichten bei Legaten so behandelt, als ob der unmögliche Theil derselben nicht vorhanden wäre³⁵). Für Obligationen finden sich in dieser Beziehung keine entscheidenden Stellen, und es müssen mithin die Grundsätze, welche von Legaten gelten, auf dieselben analogisch angewendet werden³⁶), so daß auch darauf nichts ankommt, ob die Parteien von der Unmöglichkeit der dem Rechtsgeschäfte hinzugefügten Bedingung unterrichtet waren, oder nicht³⁷). Diese allgemeinen Grundsätze treten auch dann ein, wenn die Unmöglichkeit der Bedingung durch die Hinzufügung eines Zeittermins begründet wird. Denn bei den Legaten gilt eine solche Bedingung für nicht hinzugefügt³⁸); für Geschäfte unter Lebenden muß aber in diesem Falle die Ungültigkeit des ganzen Geschäftes angenommen werden³⁹), es müßte denn nachgewiesen werden können, daß die Unmöglichkeit der Bedingung nur scheinbar gewesen sei⁴⁰). — Besondere Grundsätze gelten für den Fall, wenn der Erblasser die an und für sich mögliche Bedingung durch eine eigene Handlung späterhin unmöglich gemacht hat, sei es, daß er die Erfüllung der Bedingung ausdrücklich verboten, oder daß er selbst späterhin ein factisches Hinderniß durch eigene Thätigkeit hervorgerufen hat. Denn hier fällt in der Regel die Bedingung, als vom Erblasser erlassen, hinweg⁴¹), und nur dann, wenn es überhaupt erweislich ist, daß der Erblasser das factische Hinderniß in der Absicht hervorgerufen habe, um die ganze Disposition zu vernichten, wird auch diese zusammenfallen müssen⁴²). Den unmöglichen Bedingungen stehen in ihrer Wirkung gleich aa) die juristisch unmöglichen Bedingungen, d. h. solche, welche deshalb nicht erfüllt werden können, weil sie gegen die im Staate geltenden Rechtsgesetze verstoßen. Die römischen Juristen bezeichnen sie mit folgenden Namen: *conditiones contra leges et decreta principum adscriptae*; *conditio, quam senatus aut princeps improbant*; *conditiones contra edicta imperatorum, aut contra leges, aut, quae legis vicem obtinent, scriptae*; *conditio, quae iure impleri non potest*⁴³). Auch von ihnen gilt der Grundsatz, daß sie, wenn sie als

34) L. 6. §. 1. D. 35. 1. L. 31. D. *ibid.* L. 72. §. 4 u. 7. D. *ibid.* Vergl. *Cell a. a. D. Th. 2. S. 55. Note 1.*

35) L. 45. D. 35. 1. L. 12. D. *de dote praelegata.* (33. 4.)

36) Vergl. *Cell a. a. D. S. 76 fig.*

37) L. 1. §. 9. D. *de obligationibus et actionibus.* (44. 7.) L. 31 D. *ibid.* *Caius inst. III. §. 97. §. 1 u. 2. J. 3. 20.*

38) L. 6. D. 28. 7.

39) §. 5. *Inst. de verborum oblig.* (3. 16.) L. 61. *pr. D. de manumissis testam.* (40. 1.)

40) *Bgl. L. 141. §. 4. D. 45. 1.*

41) L. 53. D. 35. 1. L. 3. §. 9. D. *de adimendis vel transfer. leg.* (34. 4.)

42) L. 72. §. 7. D. 35. 1. Die abweichende Meinung des *Labeo* ist nicht bestätigt worden. L. 29. §. 4. D. *de legatis.* (32. 3.)

43) *Bgl. Cell a. a. D. Th. 2. S. 20.*

Suspensivbedingungen zu den Geschäften unter den Lebenden hinzutreten, das Geschäft vernichten⁴⁴⁾; treten sie aber in gleicher Eigenschaft zu Geschäften auf den Todesfall hinzu, so werden sie für nicht hinzugefügt geachtet und die letztwillige Verfügung wird für unbedingt angesehen⁴⁵⁾. Die vorzüglichste juristisch unmögliche Bedingung, welche in unseren Rechtsquellen genannt wird, ist bei Legaten die *conditio iurisiurandi*, d. h. die Bedingung, daß Jemand sich eidlich zu einer künftigen Handlung verpflichten soll, wozu er nach der letztwilligen Disposition schon an und für sich verpflichtet ist⁴⁶⁾. Nur wenn die Freiheit im Testamente unter Hinzufügung dieser Suspensivbedingung hinterlassen war, galt sie für nicht unerlaubt⁴⁷⁾. bb) Die *conditiones in fraudem legis adscriptae*, d. h. solche, welche hinzugefügt sind, um ein Gesetz zu umgehen. Unsere Rechtsquellen stellen sie nur in Beziehung auf die Geschäfte auf den Todesfall den unmöglichen Bedingungen gleich⁴⁸⁾, indem sie sagen, daß, wenn sie zu solchen Geschäften als Suspensivbedingungen hinzugefügt worden sind, sie für nicht hinzugefügt geachtet werden sollen. Inbessen scheint es rathsam, diese Vergleichung auch auf Rechtsgeschäfte unter den Lebenden auszudehnen, und mithin folgerichtig zu behaupten, daß, wenn eine solche Suspensivbedingung einem Vertrage hinzugefügt worden ist, das ganze Geschäft als vernichtet angesehen werden müsse⁴⁹⁾. cc) Die *conditiones utilitati publicae oppugnantes*, d. h. solche, welche gegen das öffentliche Wohl streiten⁵⁰⁾. Manche Rechtsgelehrten rechnen solche Bedingungen zu den juristisch unmöglichen Bedingungen, allein durch die römischen Rechtsquellen wird diese Ansicht nicht bestätigt. dd) Die moralisch unmöglichen Bedingungen, d. h. solche, deren Erfüllung deshalb für unmöglich erachtet wird, weil sie der öffentlichen Achtung für Sittlichkeit widerstreiten. Die römischen Rechtsquellen bezeichnen sie mit folgenden Namen: *conditiones, quae contra bonos mores inseruntur, conditiones contra bonos mores adscriptae, conditiones turpes*⁵¹⁾, und stellen sie den unmöglichen Bedingungen insofern gleich, als sie in der Eigenschaft der Suspensivbedingungen das Geschäft unter den Lebenden, zu welchem sie hinzugefügt sind, vernichten⁵²⁾; bei Geschäften

44) L. 137. §. 6. D. 45. 1. L. 35. pr. D. *ibid.*

45) L. 112. §. 3 u. 4. D. 30. L. 14. D. 28. 7. Pauli sent. recept.

III. 4. B. §. 1. Const. un. C. 6. 41. §. 36. J. 2. 20.

46) L. 8. pr. §. 3. D. 28. 7. L. 29. §. 2. D. de testamento militis. (29. 1.) Verboten durch das prätorische Edict. Vgl. L. 14. D. 28. 7. L. 112. §. 3 u. 4. D. 30. Sell a. a. D. Th. 2. S. 236 flg.

47) L. 12. D. de manumissis testamento. (40. 4.)

48) L. 7. D. 28. 7. L. 64. §. 1. D. 35. 1. L. 27. D. 35. 2.

49) Vgl. Sell a. a. D. Th. 2. S. 117.

50) L. 2. §. 44. D. ad SC. Tertullianum. (38. 17.) (von Legaten) L. 13. §. 1. D. 50. 12. (von Pollicitationen).

51) Vgl. Sell a. a. D. Th. 2. S. 20.

52) L. 137. §. 6. D. 45. 1. L. 134. pr. D. *ibid.* L. 19. D. *ibid.* L. 71. §. 1. D. de conditionibus institut. (35. 1.)

auf den Todesfall aber als nicht hinzugefügt angesehen werden ⁵³). Der Grund dieser gesetzlichen Verfügung ist wohl darin zu suchen, daß man Handlungen, welche gegen die öffentliche Achtung für gute Sitten verstoßen, für juristisch unmöglich hielt, und mithin dieselben Grundsätze auf sie anwendete, welche von den physisch unmöglichen Bedingungen gelten ⁵⁴). Die vorzüglichsten Beispiele, welche unsere Quellen von solchen Bedingungen beibringen, sind: in unschicklicher Kleidung öffentlich zu erscheinen ⁵⁵); den eigenen Vater aus der feindlichen Gefangenschaft nicht loszukaufen ⁵⁶); den eigenen Eltern oder Patronen keine Alimente zu verabreichen; dem *beneficium competentiae* in der Dotallage als Ehemann zu entsagen ⁵⁷); nicht zu heirathen ⁵⁸), oder nur auf eine Zeitlang ⁵⁹); nach dem Willen einer bestimmten dritten Person zu heirathen ⁶⁰); zu heirathen, wenn die zu heirathende Person eine bestimmte Geldsumme verspreche ⁶¹); sich nicht von seinem Gemahle zu scheiden ⁶²) oder sich von demselben zu scheiden ⁶³); an einem bestimmten Orte für immer seinen Wohnsitz aufzuschlagen ⁶⁴); einen bestimmten Dritten zum Erben einzusetzen ⁶⁵); seinen letzten Willen nicht zu ändern ⁶⁶); einen schimpflichen Namen zu tragen ⁶⁷) u. f. w. Auch gehört dahin die Bedingung, die Religion zu ändern oder nicht zu ändern ⁶⁸); Etwas, was durch das Gesetz oder die guten Sitten verboten ist, zu unterlassen, um sich dafür Geld versprechen zu lassen ⁶⁹); etwas moralisch Nothwendiges zu thun,

53) Paulus S. R. III. 4. B. §. 2. L. 9. D. de conditionibus institut. (28. 7.) L. 27. D. ibid. L. 112. §. 3. D. de legat. (30. 1.) §. ult. Inst. de legatis. (2. 20.)

54) L. 15. D. 28. 7. Paul. S. R. I. 1. §. 2. L. 5. §. 1. D. de pactis dotalibus. (23. 4.) L. 26. u. 27. D. 45. 1. §. 24. J. 3. 20. und dazu Schraders Note Vgl. Sell a. a. D. Th. 2. §. 26.

55) Pauli S. R. III. 4. B. §. 2. si barbaro habitu processerit.

56) L. 9. D. 28. 7.

57) L. 14. §. 1. D. soluto matrimonio. (24. 3.)

58) L. 22. D. 35. 1. L. 100. D. ibid. L. 79. §. 4. D. ibid.

59) L. 62. §. 2. D. 35. 1.

60) L. 72. §. 4. D. 35. 1.

61) L. 97. §. 2. D. 45. 1. Das Kirchenrecht erklärt indes diese Bedingung für erlaubt. Cap. 3. X. de conditionibus appositis. (4. 5.)

62) C. 2. C. de inutilibus stipulationibus. (8. 39.) c. 14. C. de nuptiis. (5. 4.)

63) L. 8. §. 1. D. de usu et habitatione. (7. 8.) Const. 5. C. de instit. et subst. (6. 25.)

64) L. 71. §. 2. D. 35. 1. Ausgenommen ist der Fall, wenn sie Freigelassenen auferlegt worden ist.

65) L. 61. D. 45. 1.

66) Const. 4. C. de inutilibus stipulationibus. (8. 39.)

67) L. 63. §. 10. D. ad SC. Trebellianum. (36. 1.) L. 7. D. ibid.

68) Sell a. a. D. Th. 2. §. 142—153. Vgl. auch Säger in Ein- de's Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß Th. 3. §. 310—327.

69) L. 2. pr. D. de conditione ob turpem caus. (12. 5.) L. 7. §. 3. D. de pactis. (2. 14.)

um sich dafür Geld versprechen zu lassen⁷⁰⁾; und der *actio rerum amotarum* im Voraus zu entsagen⁷¹⁾. Dagegen müssen auch hier mehrere Bedingungen erwähnt werden, welche nach den Ansichten der Pandectenjuristen für moralisch mögliche geachtet werden müssen, ob schon sie manche neuere Rechtsgelehrten aus der Zahl derselben haben entfernen wollen. Es sind folgende: die Bedingung, Etwas, was durch das Sittengesetz verboten ist, zu unterlassen⁷²⁾; zu heurathen⁷³⁾; einen bestimmten Dritten oder mehrere bestimmt bezeichnete Personen nicht zu heurathen⁷⁴⁾, außer, wenn dieß geschieht, um bestimmte Gesetze zu umgehen; eine bestimmte dritte Person zu heurathen⁷⁵⁾; die Verheurathung dritter, bestimmt bezeichneter Personen unbehindert geschehen zu lassen⁷⁶⁾; nicht wieder zu heurathen⁷⁷⁾; einen bestimmten Dritten zu heurathen⁷⁸⁾; einen fremden Namen zu tragen⁷⁹⁾. Verschieden von den *conditiones contra bonos mores conceptae* sind die sogenannten *conditiones derisoriae*, d. h. solche, welche im Testamente hinzugefügt sind, um den in demselben Bedachten in den Augen der Mitmenschen lächerlich zu machen⁸⁰⁾. Auch von ihnen wird ausdrücklich bemerkt, daß, wenn sie als Suspensivbedingungen zu Erbeinsetzungen oder Legaten hinzutreten, sie *pro non scriptis* erachtet, und mithin die Verfügung des Erblassers für unbedingt angesehen werden müsse⁸¹⁾. Was den Zeitpunkt anbetrifft, nach welchem die moralisch unmöglichen Bedingungen heurtheilt werden, so gelten hier dieselben Regeln, welche für die physisch unmöglichen Bedingungen oben beigebracht worden sind.

B) Aufschiebende und auflösende Bedingungen (*suspensivae et resolutivae cond.*). Jene sind solche, von deren Eintritt der Anfang eines Rechtes oder Rechtsgeschäftes abhängig gemacht wird; diese solche, von deren Eintritt das Ende eines Rechtes oder eines Rechtsgeschäftes abhängig wird. Die Ausdrücke *resolutivae*

70) L. 2. §. 2. D. 12. 5. L. 2. §. 3. D. *ibid.* L. 5. D. *de tutelae et rationibus distrahendis.* (27. 3.)

71) L. 5. §. 1. D. *de pactis dotalibus.* (23. 4.)

72) L. 121. §. 1. D. 45. 1. L. 50. D. *de pactis.* (2. 14.)

73) L. 23. D. 28. 7. L. 10. D. 35. 1. Vgl. *Cell a. a. D. Th. 2. §. 162. Note 1.*

74) L. 63. *pr. D.* 35. 1. L. 64. D. *ibidem.* Früher war es streitig. Bei *negotia inter vivos* indeß gilt diese Bedingung als moralisch unmöglich. L. 71. §. 1. 35. 1.

75) L. 63. §. 1. D. 35. 1. *Const.* 1. C. *de instit. et substit.* (6. 25.) Vgl. *Cell a. a. D. Th. 2. §. 170, 171.*

76) L. 134. *pr. D.* 45. 1. L. 31. D. 35. 1.

77) L. 2. u. 3. C. *de indicta viduitate.* (6. 40.) *Nov.* 22. *cap.* 43. *cap.* 44. §. 8.

78) *Const.* 2. C. *de instit. et substit.* (6. 26.)

79) L. 63. §. 10. D. *ad SC. Trebell.* (36. 1.) L. 19. §. 6. D. *de donationibus.* (39. 5.)

80) L. 14. D. 28. 7.

81) Vgl. L. 14. D. *ibid.*

und *suspensivae conditiones* sind den römischen Rechtsquellen fremd. Vielmehr bezeichnen dieselben Geschäfte, welche unter einer *Suspensivbedingung* eingegangen werden, mit dem Kunstausdrucke *conditionalia negotia*, und umschreiben sie mit folgenden Nebenarten: *sub conditione emere, legare u. s. w.*⁸²⁾. Von solchen Rechtsgeschäften hingegen, welchen eine *Resolutivbedingung* hinzugefügt ist, sagen sie in *conditionem heredem instituere, sub conditione resolvi*⁸³⁾. Die Grundsätze, welche von den *Suspensivbedingungen* gelten, lassen sich am besten auf folgende Punkte reduciren: a) Jedes Geschäft, welches unter einer solchen Bedingung eingegangen ist, wird, so lange die Bedingung noch nicht in Erfüllung gegangen, als unvollendet (*imperfectum negotium*) betrachtet⁸⁴⁾, und es ist mithin nur die Hoffnung vorhanden, daß das Geschäft einmal zu Stande kommen, und etwas aus demselben geschuldet werden werde⁸⁵⁾. Und gerade diese Hoffnung allein ist es, welche die *Contrahenten* auf ihre Erben *activ* und *passiv* übertragen, wenn sie vor dem Eintritte der Bedingung sterben⁸⁶⁾. Daraus ergibt sich zugleich, daß, so lange die Bedingung schwebt, der Gegenstand der *Obligation* nicht eingefordert werden⁸⁷⁾, und, wenn der Betrag der *Obligation* vor dem Eintritte der Bedingung an die anderen *Contrahenten* gezahlt worden ist, das Gezahlte mit der *condictio indebiti* zurückverlangt werden kann, so lange die Bedingung noch nicht in Erfüllung gegangen ist⁸⁸⁾. Bei *Vermächtnissen*, denen eine *Suspensivbedingung* hinzugefügt ist, leidet die *active Transmissio* des *Vermächtnisses* auf die Erben des *Vermächtnisnehmers* keine Anwendung; denn der *Testator* hat nach den Ansichten der römischen Juristen gar nichts, was er vom *Vermächtnisse* auf sie transmittiren könnte, wenn er vor dem Eintritte der *Suspensivbedingung* verstirbt⁸⁹⁾. b) Wenn die *Suspensivbedingung*, unter welcher das Rechtsgeschäft eingegangen ist, in Erfüllung geht, so wird die Wirkung derselben auf den Zeitpunkt zurückbezogen, an welchem die Bedingung dem Rechtsgeschäfte hinzugefügt worden ist⁹⁰⁾. Mithin wird das von der Bedingung abhängig gemachte Geschäft so angesehen, als ob es gleich von Anfang

82) Vgl. Schilling Institutionen Th. 2. S. 271–273.

83) L. 2. pr. D. de in diem addicione. (18. 2.) L. 1. D. de lege commissoria. (18. 3.) L. 3. D. de contrah. emt. (18. 1.) L. 15. §. 4. D. de testam. militis (29. 1.)

84) Vgl. Averani interpretationes iuris civilis lib. III. cap. 9. §. 9.

85) §. 4. Inst. de verborum obligatione. (3. 16.)

86) §. 4. Inst. 3. 16. §. 25. Inst. de inutilibus stip. (3. 20.) L. 57. D. 45. 1.

87) L. 216. D. de verborum significatione. (50. 16.)

88) L. 16. D. de conditione indebiti. (12. 6.)

89) L. 42. pr. D. 44. 7. L. 59. pr. D. 35. 1. L. 4. pr. D. quando dies leg. (36. 2.) L. 5. pr. u. §. 2. D. ibid. Vgl. Averani l. c. lib. III. cap. 9. §. 7.

90) L. 11. §. 1. D. qui potiores. (20. 4.) L. 8. pr. D. de contrah. emt. (18. 1.) L. 16. D. de solut. (46. 3.)

an unbedingt gewesen wäre⁹¹⁾. Eine Ausnahme erleidet diese Regel bei den Potestativbedingungen, denn diese werden nicht auf den oben angegebenen Zeitpunkt zurückbezogen, sondern es treten ihre Wirkungen erst von der Zeit an ein, zu welcher sie wirklich erfüllt worden sind⁹²⁾, mit Ausnahme der Erbschaft, denn bei dieser setzt es ihre Natur voraus, daß auch Potestativbedingungen zurückbezogen werden⁹³⁾. Bei Legaten verlangt es ihre Natur, daß hinzugefegte Suspensivbedingungen erst von dem Zeitpuncte an, wo sie in Erfüllung gehen, Wirkungen äußern; mithin kann die daraus entstehende Obligation auch nicht retroharrt werden⁹⁴⁾. c) Wenn es gewiß ist, daß die Suspensivbedingung nicht eintreten kann (si deficit conditio), so verschwindet jede Möglichkeit der Obligation aus dem beabsichtigten Geschäfte, und es kann mithin nie eine Klage aus demselben erhoben werden⁹⁵⁾. — Was die Resolutivbedingungen, welche Rechtsgeschäften hinzugefügt werden, anbetrißt, so ist es eine Grundidee des römischen Rechtes, daß sie nur als besondere, dem Rechtsgeschäfte hinzugefügte Nebenverträge über die Auflösung des rechtsgültig bestehenden Hauptgeschäftes angesehen werden⁹⁶⁾. Mithin gilt das Geschäft, dem sie hinzugefügt sind, als unbedingt (p^urum negotium⁹⁷⁾), und tritt, wenn ihm nicht andere Hindernisse im Wege stehen, sogleich in Wirkung; aber es wird wiederum aufgelöst, wenn die im gedachten Nebenvertrage über die Auflösung des Geschäftes namhaft gemachte Suspensivbedingung, welche bezüglich des Hauptvertrages als dessen Resolutivbedingung hingestellt worden ist, in Erfüllung geht. Hieraus erklärt sich die ursprüngliche Gleichheit der Suspensiv- und Resolutivbedingungen⁹⁸⁾, und es müssen mithin consequenter Weise alle Regeln, welche von den Suspensivbedingungen gelten, auch auf die Resolutivbedingungen Anwendung leiden, freilich mit dem Unterschiede, daß die Suspensivbedingung direct auf den Hauptvertrag, dem sie hinzugefügt ist, wirkt, während die Resolutivbedingung nur indirect auf den Hauptvertrag einwirken kann, weil sie als Suspensivbedingung des Nebenvertrages über die Wiederauflösung des Hauptvertrages angesehen wird. — Practisch wichtig ist die Frage, für welche Art der Bedingung die juristische Vermuthung spreche, wenn es zweifelhaft ist, ob die dem Geschäfte hinzugefügte Bedingung als dessen Suspensiv- oder Resolutivbedingung betrachtet werden solle. Die römischen Juristen sprechen hier zwar keine

91) Vgl. Averani l. c. lib. III. cap. 9. §. 9.

92) L. 4. D. quae res pignori. (20. 3.) L. 9. §. 1. D. 20. 4.

93) Vgl. Averani l. c. lib. III. cap. 9. §. 3.

94) L. 5. §. 2. D. 36. 2. Vgl. Averani l. c. lib. III. cap. 9. §. 7. §. 12. u. §. 19.

95) L. 52. §. 11. D. pro socio. (17. 2.) L. 5. D. de iniusto. (28. 3.)

Vgl. Averani l. c. lib. V. cap. 3. §. 3.

96) L. 2. D. de in diem addictione. (18. 2.) L. 3. D. 18. 1. L. 1. D. 18. 3.

97) L. 2. D. 18. 2. L. 2. §. 5. D. pro emptore. (45. 4.)

98) Vgl. *Exhibaut civilistische Abhandlungen* Nr. 17. S. 359—366.

allgemeine Regel aus, durch welche diese Controverse entschieden würde; doch deuten sie darauf hin, daß eher die Resolutiv- als die Suspensivbedingung vermuthet werden müsse. Denn bei der *lex commissoria* wird eher die Resolutivbedingung als die Suspensivbedingung vermuthet⁹⁹⁾. Dasselbe findet bei der *in diem addictio* statt¹⁰⁰⁾. Auch bei Bestellung einer Mitgift durch Hingabe (*datio*) gelten ähnliche Grundsätze¹⁰¹⁾.

C) *Conditiones casuales, potestativae* (auch *promiscuae* genannt) und *mixtae*^{101a)}. *Casuales condd.* sind solche Bedingungen, deren Erfüllung vom Zufall allein, *potestativae* solche, deren Erfüllung vom Willen der bedachten Person allein, *mixtae* solche, deren Erfüllung vom Willen der bedachten Person und dem Zufalle zugleich abhängt. Singuläre Rechtsfälle, welche nur die Potestativbedingungen betreffen, sind folgende: a) *fili sui heredes* können nur unter einer Potestativbedingung, welche bis zu ihrem Tode erfüllt werden kann, im Testamente ihres Vaters zu Erben eingesetzt werden¹⁰²⁾. Jede andere Bedingung erscheint als juristisch unmöglich. b) Potestativbedingungen werden bei Geschäften unter den Lebenden nie auf den Anfang des Geschäftes zurückbezogen, sondern treten erst von der Zeit an in Wirkung, wo sie erfüllt werden¹⁰³⁾.

D) *Affirmative und negative Bedingungen* (*conditiones affirmativae et negativae*). Jene sind solche, welche in der Vornahme, diese solche, welche in der Unterlassung einer Handlung bestehen. Den römischen Rechtsquellen sind diese Kunstausdrücke fremd. Sie gehen vielmehr von dem Gesichtspuncte aus, daß *conditiones, quae in facto consistunt*, in zwei Hauptclassen zerfallen¹⁰⁴⁾, von denen die eine folgende drei Unterabtheilungen umfaßt: *ut aliquid detur, vel fiat, vel obtingat*; die andere hingegen *ne aliquid detur, vel fiat, vel obtingat*. Die zuletzt genannten Glieder beider Hauptclassen sind wohl mit den casuellen Bedingungen identisch, und es bleibt mithin kaum ein Zweifel übrig, daß auch der Gesichtspunct den Römern fremd ist, von welchem aus die neueren Rechtsgelehrten die affirmativen und negativen Bedingungen beurtheilen. Was die Wirkungen der negativen

99) L. 1. D. de lege commissoria. (18. 3.) L. 2. §. 3. D. pro emtore. (41. 4.)

100) L. 2. §. 4. D. 41. 4. L. 2. pr. D. de in diem addictione. (18. 2.)

101) L. 7. §. 3. D. de iure dotium. (23. 3.) L. 8. D. ibid. L. 1. §. 2. D. pro dote. (41. 9.) Vergl. Glück, Erläuterung der Pandecten, Th. 4. §. 479. Anderer Meinung ist Thibaut in den civilistischen Abhandlungen a. a. D. S. 378—380.

101a) L. un. §. 7. C. de caducis tollendis. (6. 51.) L. 11. §. 1. D. 35. 1.

102) L. 4. 5. u. 6. D. 28. 5. L. 28. D. 28. 7. L. 83. D. 35. 1.

103) L. 4. D. 20. 3. L. 9. §. 1. D. 20. 4. §. 4. Inst. de verborum obligation. ((3. 16.)) Vgl. Maiansii disputationes iuris tom. II. disp. XL. §. 10.

104) L. 60. pr. D. 85. 1.

Suspensivbedingungen anbetrifft, so gelten sie bei Verträgen als wahre Bedingungen, und es können mithin diese Verträge nicht eher obligatorisch wirken, als wenn es gewiß ist, daß das in der Bedingung verbotene Factum nicht eintreten könne¹⁰⁵). Bei den Legaten und Fideicommissen muß derselbe Grundsatz als Regel gelten¹⁰⁶), außer in wie weit er durch die Anwendung der Muciana cautio beschränkt wird. Nach einer vom Quintus Mucius Scävola geltend gemachten Ansicht werden nämlich solche negative Suspensivbedingungen, deren Defection lediglich vom Willen des Legatars abhängt¹⁰⁷), und deren Erfüllung erst mit dem Tode desselben eintreten kann¹⁰⁸), als affirmative Resolutivbedingungen angesehen; mithin erhält der Legatar sofort das Legat, wenn er unter Stellung von Bürgen¹⁰⁹) demjenigen, welchem das hinterlassene Legat nach dem ius civile anfallen wird, wenn die negative Suspensivbedingung nicht in Erfüllung geht¹¹⁰), durch Stipulation¹¹¹) zuvor verspricht¹¹²), daß er, im Fall die Bedingung deficirt, ihm die legitime Sache sammt Früchten und Zinsen der Mittelzeit zurückerstatten werde¹¹³). Dieß Versprechen wurde indeß nicht bedingungsweise gefaßt, sondern der Legatar mußte geradezu erklären, daß er die in der Suspensivbedingung bezeichnete negative Handlung unterlassen werde¹¹⁴). Späterhin hat man diese Caution unter gleichen Voraussetzungen auch auf Erbschaften¹¹⁵), Fideicommissen und Schenkungen auf den Todesfall¹¹⁶) übertragen. Ja man hat sie sogar bei solchen Bedingungen analogisch zugelassen, welche bei den Lebzeiten desjenigen, welcher das Legat erhalten soll, in Erfüllung gehen können, z. B. si a liberis suis non discesserit, si Stichum servum non manumiserit¹¹⁷). In diesem Falle wird sie veluti Muciana cautio von den Pandectenjuristen genannt¹¹⁸). Daß die Caution vom Testator erlassen werden kann, unterliegt keinem Zweifel¹¹⁹), und in diesem Falle muß das Legat sofort ausgezahlt werden. Uebrigens muß die Caution von demjenigen, welcher sie zu leisten hat, um das Legat

105) L. 115. pr. u. §. 1. D. 45. 1. L. 99. §. 1. D. ibid.

106) L. 5. §. 2. D. quando dies legatorum. (36. 2.)

107) L. 7. D. 35. 1. L. 18. D. ibid. L. 76. §. 7. D. 31.

108) L. 73. D. (35. 1.) cum in omnibus conditionibus, quae mortis legatorum finiuntur, receptum est, ut Muciana cautio interponatur. L. 106. D. ibid. L. 72. §. 2. D. ibid.

109) Die Caution heißt nämlich satisfactio in L. 106. D. 35. 1. u. L. 67. D. ibid. Vergl. Maiansii disputationes iuris tom. II. disput. XL. Nr. 18.

110) L. 18. D. 35. 1.

111) L. 79. §. 2. D. 35. 1.

112) L. 79. §. 2. D. ibid. Nov. 22. cap. 43.

113) L. 76. §. 7. D. de legatis. II. (31.) L. 79. §. 2. D. 35. 1. Nov. 22. cap. 44. §. 4.

114) Nov. 22. cap. 43.

115) L. 7. pr. D. 35. 1. L. 18. D. ibid.

116) Nov. 22. cap. 44. §. 9.

117) L. 72. pr. §. 1 u. 2. D. 35. 1.

118) L. 7. pr. D. ibid. L. 67. D. ibid.

erhalten zu können, dem, an welchen er sie zu leisten hat, angeboten werden (*offeri*)¹²⁰). Verweigert der letztere die Annahme, so muß dieß nach den allgemeinen Grundsätzen, welche von der Oblation gelten, entschieden, mithin die Caution für geleistet erachtet werden; ganz so, wie dieß der Fall ist, wenn durch einen Thatumstand die Person, an die sie geleistet werden muß, wegfällt¹²¹). — Man theilt die affirmativen Bedingungen in *conditiones, quae in dando existunt*¹²²) d. h. solche, welche in der Uebertragung des Eigenthums einer Sache an den Anderen bestehen, und *conditiones, quae in faciendo existunt* d. h. solche, welche in einer anderen Leistung als der Uebertragung des Eigenthums bestehen, und *conditiones, quae in mixtura quadam consistunt*, d. h. welche theils in der Eigenthumsübertragung, theils in einer Handlung außer der Eigenthumsübertragung bestehen, z. B. die *reddendarum rationum conditio*. Die zuerst genannte Gattung von Bedingungen hat, wenn sie zu dem *legatum libertatis* hinzutritt, das Eigenthümliche, daß sie auf den *Singularsuccessor*, z. B. den Käufer übergehen, während die gleich darauf genannte Gattung von Bedingungen nur in der Person desjenigen, welcher in der Bedingung genannt ist, erfüllt werden kann¹²³). Die gemischten Bedingungen werden in dieser Beziehung den *conditiones, quae sunt in dando* gleichgesetzt, in wie weit sie ein *dare* enthalten. Dagegen stehen sie den *conditiones, quae sunt in faciendo*, gleich, in wie weit sie ein *facere* enthalten¹²⁴). Eine andere Eigenheit der *conditiones, quae in dando sunt*, ist es, daß sie, wenn sie der Erbeinsetzung und Legaten hinzugefügt sind, auch von Anderen im Namen des, dem sie auferlegt sind, gültiger Weise erfüllt werden können, während solche Bedingungen, welche in einer anderen Handlung außer der Eigenthumsübertragung (*in faciendo*) bestehen, nur von der Person, der sie auferlegt sind, gültiger Weise erfüllt werden können¹²⁵). Besonders wichtig, und doch nur wenig gekannt, sind die Grundsätze, welche das römische Recht über solche Affirmativbedingungen aufstellt, die Mehreren zugleich auferlegt sind. Im Ganzen galt es hier als Grundregel, daß ein Jeder der Dnerirten die ihm auferlegte Bedingung erfüllen müsse¹²⁶), wenn er Vortheil aus dem Vermächtnisse ziehen will. In wie weit er aber die ihm mit einem Anderen zugleich auferlegte Bedingung zu erfüllen habe, ist eine Frage, deren Beantwort-

119) Nov. 22. cap. 44. §. 9.

120) L. 72. §. 1. D. 35. 1.

121) L. 7. §. 1. D. 35. 1.

122) L. 82. D. 35. 1. Man sagt auch *cond., quae sunt in dando*, oder *in faciendo*. Vgl. L. 6. §. 7. D. 40. 7.

123) L. 6. §. 7. D. 40. 7. Anwendungen dieses Principes finden sich in Ulpiani fr. tit. 2. §. 4. L. 8. §. 1. D. 40. 7. L. 6. §. 3. L. 27. u. 29. D. *ibid.*

124) L. 6. §. 7. D. 40. 7.

125) L. 28. D. 28. 7. L. 5. D. 28. 5. Vgl. Averani *interpretationes* lib. 5. cap. 20. §. 16.

126) L. 6. C. de *conditionibus insertis*. (6. 46.) L. 56. D. 35. 1.

tung von der Beantwortung der Vorfrage abhängt, ob das Object der Bedingung theilbar ist, oder nicht¹²⁷). Ist es theilbar, wie dieß bei reinen Geldzahlungen¹²⁸), namentlich bei Conventionalstrafen¹²⁹) der Fall ist, so braucht jeder der Dnerirten nur den auf ihn fallenden Antheil der in der Bedingung ausgedrückten Handlung zu erfüllen, weil die Verbindlichkeit, die Bedingung zu erfüllen, von Anfang an als getheilte erscheinen muß¹³⁰); es müßte denn der Erblasser, welcher die Bedingung hinzugefügt hat, ausdrücklich verordnet haben, daß ein Jeder der Dnerirten die Bedingung ganz zu erfüllen habe. Denn dann muß ein Jeder dieselbe auch ganz erfüllen¹³¹). Ist aber das Object der Bedingung untheilbar, wie dieß bei allen auf ein *facere* gerichteten Handlungen¹³²), bei dem Pfandrechte¹³³), bei allen Servitutun, mit Ausnahme des Nießbrauches¹³⁴), und bei der Leistung der *operae*¹³⁵) der Fall ist, so muß die vorgeschriebene Bedingung in der Regel von Allen, denen sie auferlegt ist, zusammen erfüllt werden¹³⁶); sonst gilt sie für deficirt, und nur, wenn die Freiheit Jemand im Testamente unter einer von Mehreren zu erfüllenden Bedingung hinterlassen ist, steht es einem Jeden der Dnerirten frei, wenn er Vortheil aus der Disposition, welche von der Bedingung abhängig gemacht ist, ziehen will, die Bedingung ganz zu erfüllen¹³⁷). Dabei tritt aber das Eigenthümliche ein, daß, wenn der Eine die Bedingung ganz erfüllt hat, sie nur in Beziehung auf ihn allein für erfüllt gehalten wird, und daß mithin, da jede Bedingung nur einmal erfüllt werden kann, dieselbe in Beziehung auf jeden Anderen für deficirt erachtet wird¹³⁸). — Aus dem Gesagten ergibt sich zugleich soviel als gewiß, daß es zweckmäßig sein dürfte, die affirmativen Bedingungen in theilbare (*dividuae*) und untheilbare (*individuae*) einzutheilen. Theilbar werden aber solche affirmative Bedingungen genannt werden müssen, welche ein theilbares, untheilbar dagegen solche, welche ein untheilbares *Factum* enthalten.

127) L. 13. pr. D. de manumissis testamento. (40. 4.) Vgl. auch L. 6. §. 7. D. 40. 7.

128) L. 112. §. 2. D. 35. 1. L. 54. §. 1. D. *ibid*.

129) L. 72. D. 45. 1.

130) L. 56. D. 35. 1. L. 54. §. 1. D. *ibid*. L. 4. §. 3. D. de *statuliberis*. (40. 7.)

131) L. 13. pr. D. de manum. test. (40. 4.)

132) L. 13. pr. D. 40. 4. L. 38. pr. u. §. 9. D. 45. 1. L. 72. pr. D. 45. 1.

133) L. 65. D. de *evictionibus*. (21. 2.)

134) L. 25. D. quibus modis *usufructus*. (7. 4.) L. 1. §. 9. D. ad *legem Falcidiam*. (35. 2.) L. 72. pr. D. 45. 1.

135) L. 1. §. 9. D. 35. 2. L. 72. pr. D. 45. 1. L. 15. §. 1. D. de *operis libertorum*. (38. 1.) Vgl. Buchholz, *Versuche* S. 59.

136) L. 112. pr. D. 35. 1.

137) L. 13. pr. D. 40. 4. L. 11. §. 23 u. 24. D. de *leg. III*. (32.) L. 80. §. 1. D. ad *legem Falcidiam*. (35. 2.) L. 13. §. 2. D. 40. 7.

138) L. 13. pr. D. 40. 4.

E) Einfache und zusammengesetzte Bedingungen (*simplices et compositae cond.*). Einfach heißen solche Bedingungen, welche ein einziges Factum umfassen; zusammengesetzt aber solche, welche mehrere Facta enthalten. Eine solche Verbindung mehrerer Facta läßt sich nun entweder copulativ (durch *et*) oder disjunctiv (durch *aut, sive u. s. w.*) ausdrücken. Im ersten Falle heißen sie in den römischen Rechtsquellen *conditiones coniunctim datae*¹³⁹⁾ (bei den Neuern *conditiones coniunctivae*), im zweiten Falle *conditiones disiunctivo modo adscriptae*¹⁴⁰⁾ (bei den Neuern *conditiones alternativae* oder *disiunctivae*). Die copulativ verbundenen Bedingungen gelten nach den Ansichten der römischen Rechtsgelehrten für eine einzige Bedingung^{140a)}, und müssen ganz erfüllt sein, bevor das von der Bedingung abhängig gemachte Rechtsgeschäft in Wirkung treten kann. Die disjunctiv verbundenen Bedingungen gelten für verschiedene Bedingungen, und es reicht zu ihrer Existenz schon hin, wenn auch nur eine einzige von ihnen erfüllt wird¹⁴¹⁾. Sollte die eine von den alternativ gestellten Bedingungen eine unmögliche oder überhaupt eine solche sein, welche der unmöglichen in der Wirkung gleichsteht, so werden beide Bedingungen, wenn sie der Erbeinsetzung hinzugefügt sind, für nicht hinzugefügt erachtet, und die Erbeinsetzung als unbedingt angesehen¹⁴²⁾.

F) Stillschweigende Bedingungen¹⁴³⁾ und ausdrückliche (*tacitae et expressae cond.*). Jenes sind solche, welche in der Natur des Rechtsgeschäftes, rücksichtlich dessen sie gedacht werden, gegründet sind, und sich als dessen juristische Voraussetzungen auch ohne eine ausdrückliche Hinzufügung von selbst verstehen; dieses solche, welche mit ausdrücklichen Worten dem Rechtsgeschäfte hinzugefügt werden. Der Name *expressae conditiones* ist den römischen Rechtsquellen fremd, und nur deshalb von den neueren Rechtsgelehrten gebildet worden, um den Gegensatz der *tacitae conditiones* zu bezeichnen. Viel richtiger dürfte es sein, nach Anleitung der römischen Rechtsquellen den Gegensatz der ausdrücklichen und stillschweigenden Bedingungen auf die Rechtsgeschäfte auf den Todesfall zu beschränken¹⁴⁴⁾, und dabei zwischen solchen Bedingungen zu unterscheiden, welche von außen her zur Disposition hinzutreten (*conditiones extrinsecus venientes*) und solchen, welche aus dem Testamente sich herschreiben (*conditiones ex testamento venientes*¹⁴⁵⁾). Was jene an betrifft, so ist es eine allgemeine Regel, daß sie nicht als wahre Be-

139) L. 5. D. 28. 7.

140) L. 78. §. 1. D. 35. 1. Auch *alternata conditio* in L. 8. §. 5. D. 28. 7.

140a) L. 5. D. 28. 7. L. 45. D. Vgl. Sell, Versuche Th. 2. S. 71.

141) L. 110. §. 3. D. de regulis iuris. (50. 17.) L. 78. §. 1. D. 35. 1.

142) L. 8. §. 5. D. 28. 7.

143) L. 68. D. de iure dotium. (23. 3.) Gewöhnlich auch *conditiones, quae tacite inesse credantur*. L. 99. D. 35. 1.

144) L. 99. D. 35. 1. L. 6. §. 1. D. 36. 2.

145) Vgl. Averani *interpretationes iuris* lib. IV. cap. 5. §. 6.

dingungen betrachtet werden, mithin auch das Geschäft nicht zum bedingten machen können ¹⁴⁶). Doch haben sie bei jedem Geschäft, rücksichtlich dessen sie gedacht werden, fast die nämlichen Wirkungen, wie wenn sie Suspensivbedingungen des Geschäftes wären, wenigstens kann das Geschäft nicht eher gültig werden, als bis sie erfüllt sind; und insofern werden sie auch mit den wahren Suspensivbedingungen verglichen ¹⁴⁸). Werden aber solche juristische Voraussetzungen, welche stillschweigend in der Natur des Rechtsgeschäftes liegen, mit ausdrücklichen Worten zu der letztwilligen Disposition als Bedingung hinzugefügt, so werden sie gewöhnlich nach den Regeln, die von den ausdrücklichen Bedingungen gelten, beurtheilt ¹⁴⁹). Am deutlichsten erhellt dieß aus der Bedingung: *illi, si volet, Stichum do, lego*. Denn obschon es sich von selbst versteht, daß zur Annahme des Legates auch der Wille des Legatars erforderlich ist, so geht doch das Legat, dem die genannte Bedingung ausdrücklich beigelegt worden ist, nicht eher auf die Erben des Legatars über, als bis derselbe ausdrücklich erklärt, daß er das Legat annehme, während das Legat, dem diese Bedingung nicht ausdrücklich hinzugefügt ist, sogleich auf die Erben des Legatars transmittirt wird ¹⁵⁰). Auch bei den *actus legitimi* gilt die Regel, daß, wenn juristische Voraussetzungen derselben, welche schon an und für sich in der Natur dieser Rechtsgeschäfte liegen, mit ausdrücklichen Worten zu denselben hinzugefügt werden, dieselben als wahre Bedingungen betrachtet werden, mithin den ganzen Act ungültig machen ¹⁵¹). Und auf Fälle dieser Art scheint sich die Regel des alten Rechtes zu beziehen: *expressa nocent, non expressa non nocent* ¹⁵²). Nur in solchen Fällen, in welchen das, was ausdrücklich hinzugefügt worden ist, ganz identisch mit der stillschweigenden Voraussetzung ist, d. h. gerade nicht mehr und nicht weniger besagt, als, was in der *tacita conditio* bereits vorliegt, ist die Wirkung der ausgedrückten Bedingung mit der der stillschweigenden völlig identisch ¹⁵³). Dieß tritt namentlich dann ein, wenn man ein Legat unter der Bedingung vermachet, daß der eingesetzte Erbe wirklich Erbe werde oder die Erbschaft antrete (*si heres erit Seius, vel si hereditatem adierit* ¹⁵⁴). Denn hier muß man das Legat so lange für unbedingt ansehen, als nicht erwiesen wird, daß der Erblasser die fraglichen Worte wirklich hinzugefügt habe, um daraus eine Suspensivbedingung des Legates zu machen ¹⁵⁵). Wird dieß aber erwiesen, so muß der Wille des Erblassers

146) L. 99. D. 35. 1. L. 6. §. 1. D. de tutelis. (26. 1.)

147) L. 28. D. 23. 3. L. 21. D. 23. 3.

148) L. 73. §. 1. D. de verborum obligationibus. (45. 1.)

149) L. 69. D. 35. 1. L. 65. §. 1. D. de legatis. I. (30.)

150) L. 65. §. 1. D. 30.

151) L. 77. D. de regulis iuris. (50. 17.)

152) L. 195. D. 50. 17. L. 52. D. 35. 1. L. 68. D. 28. 5.

153) Vgl. Averani interpretationes lib. III. cap. 20. §. 3 u. 4.

154) L. 3. D. 30. 1. L. 19. §. 1. D. 35. 1. L. 106. D. ibid.

155) L. 19. §. 1. D. 35. 1. L. 106. D. ibid.

wo möglich befolgt, und mithin der angeführte Zusatz als Bedingung betrachtet werden. Beispiele stillschweigender Bedingungen sind: bei dem *legatum partus* die Bedingung, *si nascetur*¹⁵⁶); bei dem *legatum fructuum* die Bedingung, *si fructus nascantur*¹⁵⁷); bei dem *legatum libertatis* die Bedingung, *si servus meus erit*¹⁵⁸); bei der Erbeinsetzung der *voluntarius heres* die Bedingung, *si voluerit*¹⁵⁹); bei dem Versprechen eines Brautshaßes die Bedingung, *si nuptiae sequantur*¹⁶⁰), und andere mehr.

G) *Conditiones in futurum, in praesens et in praeteritum conceptae*¹⁶¹). Jene sind solche, welche das in Frage stehende Geschäft von einer zukünftigen Begebenheit abhängig machen¹⁶²). Daß diese allein unter den angeführten Arten für wahre Bedingungen angesehen werden können, ergeben die Rechtsregeln, welche von den beiden anderen genannten Classen der Bedingungen gelten. *Conditiones in praesens conceptae* heißen solche Bedingungen, welche das in Frage stehende Geschäft von einer gegenwärtigen Begebenheit abhängig machen, d. h. von einer solchen, welche zur Zeit, wo das Geschäft abgeschlossen wird, existirt, und in ihren Folgen andauert. Solchen Bedingungen wird das Wesen der Bedingung abgesprochen¹⁶³), und das Geschäft, zu welchem sie hinzugefügt sind, wird als unbedingt betrachtet¹⁶⁴). Es tritt mithin das von einer solchen Bedingung abhängig gemachte Rechtsgeschäft entweder sogleich in Wirksamkeit, wenn die in der Bedingung namhaft gemachte Begebenheit wahr ist, oder das Geschäft wird, wenn sie nicht wahr ist, als gar nicht abgeschlossen angesehen¹⁶⁵). Dabei wird aber darauf keine Rücksicht genommen, ob die theilhaftigen Personen von der Existenz des Thatumstandes bei dem Abschlusse des Geschäftes bereits unterrichtet sind, oder nicht¹⁶⁶). Als Beispiele solcher Bedingungen kommen in den römischen Rechtsquellen namentlich folgende vor: *si rex Parthorum vivit, si Maevius vivit, si Titius consul est* u. s. w. *Conditiones in praeteritum conceptae* heißen solche Bedingungen, welche das in Frage stehende Geschäft von einer vergangenen Begebenheit abhängig machen, d. h. von

156) L. 1. §. 3. D. 35. 1.

157) L. 1. §. 3. D. *ibid.*

158) L. 47. D. 35. 1.

159) L. 68. D. 28. 5.; vergleiche bei Legaten L. 69. §. 1. D. 35. 1. L. 65. §. 1. D. 30.

160) L. 68. D. 23. 3. L. 10. §. 4. D. *ibid.*

161) L. 16. D. de iniusto. (28. 3.) Sie heißen auch *conditiones in futurum collatae, in praesens tempus collatae, ad praeteritum tempus relatae*. L. 91. D. 35. 1. L. 120. D. 45. 1. §. 6. Inst. de verborum obligation. (3. 16.)

162) L. 16. D. 28. 3. L. 91. D. 35. 1.

163) L. 10. §. 1. 28. 7. L. 120. D. 45. 1.

164) L. 87. D. 21. 1.

165) §. 6. Inst. 3. 16. L. 100. D. 45. 1. L. 120. D. *ibid.*

166) L. 87. D. 12. 1. L. 120. D. 45. 1.

einer solchen, welche zu der Zeit, wo das Geschäft abgeschlossen wird, bereits zu existiren aufgehört hat. Als ein Beispiel solcher Bedingungen wird namentlich folgendes erwähnt: *si Titius consul fuit*. Von diesen Bedingungen gelten dieselben Grundsätze, wie von denen, welche sich auf die reine Gegenwart beziehen. Auch ihnen wird das Wesen der Bedingung abgesprochen¹⁶⁷⁾; auch von ihnen wird behauptet, daß das Geschäft, zu welchem sie hinzugefügt sind, als unbedingt betrachtet werde¹⁶⁸⁾; endlich muß auch von ihnen angenommen werden, daß der Umstand gar nicht berücksichtigt werden könne, ob die betheiligten Personen vom Eintritte der in der Bedingung genannten Begebenheit bereits unterrichtet sind oder nicht¹⁶⁹⁾. Es wird mithin von beiden Arten der Bedingungen, von den *conditiones in praesens* und in *praeteritum conceptae*, wohl gesagt werden müssen, daß sie zwar die Form der Bedingung haben, aber des Wesens derselben entbehren.

H) Nothwendige und nicht nothwendige Bedingungen (*necessariae et non necessariae cond.*). Mit jenem Ausdrucke bezeichnet man solche Bedingungen, von denen es gleich von Anfang an, wo sie dem Geschäfte hinzugefügt werden, gewiß ist, daß sie einmal eintreten werden¹⁷⁰⁾, z. B. *si morieris*¹⁷¹⁾; mit dem zuletzt genannten Kunstausdrucke dagegen solche, von denen es von Anfang an ungewiß ist, ob sie eintreten werden, oder nicht. Die Kunstausdrücke *necessariae* und *non necessariae conditiones* sind den römischen Rechtsquellen fremd. Werden solche *necessariae conditiones* Contracten als deren Suspensivbedingungen hinzugefügt, so gelten dieselben für unbedingt¹⁷²⁾, und wenn vor ihrem Eintritte die Zahlung aus dem Contracte erfolgt ist, so kann das Gezahlte, selbst wenn die Zahlung aus Irrthum geschah, nicht mit der *indebiti conditio* angefochten werden¹⁷³⁾. Sind aber solche Bedingungen Legaten und anderen letztwilligen Dispositionen in gleicher Eigenschaft hinzugefügt, so muß unterschieden werden, ob sie wirklich vor dem Anfallstage des Legates (*dies cedens*) in Erfüllung gehen werden, oder nicht. Im ersten Falle gilt das Legat als unbedingt, und nur die Auszahlung des Vermächtnisses muß bis zur Erfüllung der Bedingung ausgesetzt bleiben¹⁷⁴⁾. Im zweiten Falle hingegen werden sie so lange als wahre Bedingungen betrachtet, bis der Anfallstag des Legates gekommen ist¹⁷⁵⁾.

167) L. 10. §. 1. D. 28. 7.

168) L. 37. D. 20. 1. L. 100. D. 45. 1. §. 6. Inst. 3. 16.

169) L. 37. D. 12. 1.

170) Eine solche Bedingung heißt *conditio, quae omnimodo extatura est* in L. 9. §. 1. D. de novationibus. (46. 2.)

171) L. 79. pr. u. §. 1. D. 35. 1.

172) L. 9. §. 1. D. 46. 2.

173) L. 18. D. de conditione indebiti. (12. 6.)

174) L. 79. pr. D. 35. 1.

175) L. 79. §. 1. D. ibid.

I) Wahre und unwahre Bedingungen (*verae*¹⁷⁶⁾ et *falsae*¹⁷⁷⁾ *cond.*). Dieses sind solche Bedingungen, die ein *Factum* enthalten, welches deshalb nicht wirklich werden kann, weil die darin bezeichneten Thatfachen nicht in der Wirklichkeit vorhanden sind, z. B. wenn ich dem Pamphilus die Freiheit unter der Bedingung durch Legat vermache, daß er das, was ich dem Titius schuldig bin, an denselben zahle, und es sich findet, daß ich dem Titius gar nichts schulde. Mit dem Ausdrucke *verae conditiones* bezeichnet man gewöhnlich solche Bedingungen, die nicht *falsae* sind, d. h. solche, welche in Erfüllung gehen können, weil die darin bezeichneten Thatumstände in der Wirklichkeit vorhanden sind, obgleich es richtiger sein dürfte, diesen Ausdruck nur auf solche Bedingungen zu beziehen, welche ein bereits zur Zeit, wo die Bedingung dem Geschäfte hinzugefügt worden ist, eingetretenes oder eintretendes *Factum* enthalten, wie es z. B. bei den *conditiones in praeteritum* oder in *praesens conceptae*¹⁷⁸⁾ der Fall ist. Was die Wirkungen der *falsa conditio* betrifft, so sind sie bei Legaten gerade dieselben, wie bei den unmöglichen Bedingungen¹⁷⁹⁾; mithin gelten sie, wenn sie als Suspensivbedingungen zu denselben hinzutreten, für nicht hinzugefügt. Obligationen und andere Rechtsgeschäfte unter den Lebenden anbetreffend, so finden sich in den römischen Rechtsquellen keine Stellen vor, welche von dem Verhältnisse der *falsae conditiones* zu denselben sprächen. Doch hat die teutsche Praxis auch in dieser Beziehung ihre Wirkungen denen der unmöglichen Bedingungen gleichgestellt.

Wichtig sind die allgemeinen Regeln, nach welchen die Erfüllung der Bedingungen oder deren Nichterfüllung beurtheilt werden muß. Sehen wir zuerst auf die Zeit der Erfüllung, so hat das römische Recht im Allgemeinen keine Zeit für deren Erfüllung vorgeschrieben. Es ist sogar bei Bedingungen, welche in Testamenten ausgedrückt sind, gleichgültig, ob sie bei Lebzeiten des Erblassers oder erst nach seinem Tode in Erfüllung gehen¹⁸⁰⁾. Nur vor der Errichtung des Testaments kann die Erfüllung derselben nicht gedacht werden, es müßte denn überhaupt nur einmal der Eintritt eines solchen *Factums* möglich, oder der Erblasser von der Existenz der zur Bedingung gemachten Begebenheit bereits zur Zeit der Errichtung des Testaments unterrichtet gewesen sein¹⁸¹⁾. War er davon nicht unterrichtet, so wird angenommen, es sei sein Wille gewesen, daß die zur Bedingung gemachte Begebenheit wiederholt werde, wenn dieß überhaupt im Reiche der Möglichkeit liegt. Potestativbedingungen können erst nach dem Tode

176) L. 37. D. 12. 1.

177) L. 72. §. 7. D. 35. 1.

178) Arg. L. 37. D. 12. 1.

179) L. 72. §. 7. D. 35. 1.

180) L. 7. C. de institut. et substit. (6. 25.)

181) L. 10. §. 1. D. 35. 1. L. 11. pr. D. ibid. Vgl. Averani interpretationes iuris lib. IV. cap. 28. §. 2 sq.

des Erblassers erfüllt werden ¹⁸²). Sollte der Erblasser eine bestimmte Zeit angegeben haben, binnen welcher die Bedingung erfüllt werden soll, so gilt diese Zeitbestimmung als Theil der Bedingung, und diese also für deficiert, wenn die zur Erfüllung vorgeschriebene Zeit ungenüzt vorübergegangen ist ¹⁸³). Potestativbedingungen, welche der Erbseßung hinzugesetzt sind, können zu jeder Zeit vom Dneriten erfüllt werden, wenn dieß nur noch vor seinem Tode geschieht. Sonst gilt die Bedingung für deficiert ¹⁸⁴). Sind sie hingegen Legaten und Fideicommissen als Suspensivbedingungen hinzugesetzt, so muß sie der Honorirte sogleich erfüllen, wenn sie nicht für deficiert erachtet werden sollen ¹⁸⁵). Daher kommt es auch, daß, wenn der von der Potestativbedingung in Kenntniß gesetzte Vermächtnißnehmer erklärt, daß er sie nicht erfüllen wolle, die Bedingung für deficiert erachtet wird ¹⁸⁶). — Was die Art der Erfüllung anbetrifft, so wird im Allgemeinen nur verlangt, daß die in der Bedingung angegebene Begebenheit, sowie sie darin bezeichnet worden, wirklich geworden sei ¹⁸⁷). Dazu gehört aber a) daß das bezeichnete Factum ganz geschehen sei. Eine theilweise Erfüllung der Bedingung reicht nicht zu ¹⁸⁸). Sollte indeß der Honorirte, welcher nach der Fassung der Bedingung mehreren Personen zahlen soll, ohne eigne Schuld in die Lage kommen, daß er an den Einen nicht zahlen kann, so kann er den anderen Theil der Bedingung erfüllen, und dann die ihm legitime Sache erhalten ¹⁸⁹). Eine theilweise Erfüllung gilt auch dann bei Potestativbedingungen für vollgiltig, wenn der Honorirte nur einen Theil der ihm vermachten Sache erhalten kann ¹⁹⁰), ausgenommen, wenn die Falcidische Quart die Größe des Legates vermindert ¹⁹¹). b) Daß das Factum von dem vollbracht werde, dem es auferlegt ist ¹⁹²). Ist es Mehreren zusammen auferlegt,

182) L. 11. §. 1. D. 35. 1. L. 2. D. *ibid.* Von den *mixtae conditiones* gilt dieß nicht. L. 11. §. 1. D. 35. 1. L. 10. pr. L. 68. D. *ibid.* L. 7. C. 6. 25.

183) L. 41. §. 12. D. de *fideicommiss. libert.* (40. 5.) L. 23. pr. D. de *statuliberis.* (40. 7.) Dieser Zeitraum wird gewöhnlich vom Antritt der Erbschaft an gerechnet, wenn die Bedingung Vermächtnissen hinzugesetzt ist. L. 46. D. 35. 1. L. 3. §. 11. D. de *statulib.* (40. 7.) Bei Potestativbedingungen fallen indeß die Tage aus, welche ohne Schuld des Legatars vorübergegangen sind. L. 40. D. 35. 1.

184) L. 4. pr. u. §. 1. D. 28. 5. L. 5. D. *ibid.* L. 28. D. 28. 7. Sgl. *Averani l. c.* §. 9.

185) L. 29. D. 35. 1.

186) L. 31. in *fin.* D. 35. 1. L. 6. C. de *necess. hered. instit.* (6. 37.)

187) L. 20. §. 1. D. 28. 7. L. 55. D. 35. 1.

188) L. 23. D. 35. 1.

189) L. 112. §. 1. D. 35. 1.

190) L. 44. §. 9. D. 35. 1. L. 43. §. 2. D. *ibid.* L. 20. D. de *mortis causa donationibus.* (39. 6.)

191) L. 43. §. 1. D. 35. 1.

192) L. 20. §. 1. D. 28. 7. L. 55. D. 35. 1.

so muß in der Regel ein Jeder die Hälfte verrichten, wenn das Factum theilbar ist¹⁹³); sonst treten die Regeln ein, welche von den untheilbaren Bedingungen gelten. Bei Potestativbedingungen reicht indeß nicht die bloße Vornahme der in der Bedingung bezeichneten Handlung von Seiten des Honorirten zu, sondern es wird auch verlangt, daß er dieselbe in der Ueberzeugung vorgenommen habe, daß sie ihm geboten worden¹⁹⁴). Bei Slaven und Hauskindern bedarf es nicht einmal der Einwilligung des Herrn oder Vaters¹⁹⁵). Doch liegt in der Erfüllung der Potestativbedingung von Seiten des Honorirten noch keine Annahme der ihm hinterlassenen Erbschaft oder des Vermächtnisses¹⁹⁶). c) Daß das Factum in der Person dessen verwirklicht werde, welcher in der Bedingung namhaft gemacht worden ist¹⁹⁷). Denn wenn das Factum auf eine bestimmte Person gestellt ist, so gilt dieselbe als Theil der Bedingung¹⁹⁸). Treffen diese drei Erfordernisse nicht zusammen, so ist die Bedingung nicht erfüllt.

In manchen Fällen wird, ohngeachtet das in der Bedingung bezeichnete Factum nicht wirklich geworden ist, die Bedingung vermöge einer Fiction für erfüllt erachtet (*pro impleta habetur*). Und dann bringt sie die nämlichen Wirkungen hervor, wie wenn sie erfüllt wäre. Es ist eine allgemeine Regel, daß Bedingungen schon dann für erfüllt angesehen werden, wenn der Dritte, in dessen Person die Bedingung vorschriftsmäßig verwirklicht werden soll, oder der, welcher ein Interesse an der Nichterfüllung der Bedingung hat, die Erfüllung hindert¹⁹⁹). Als Interessent ist aber der anzusehen, welcher nach dem Eintritte der Bedingung etwas zu leisten hat²⁰⁰). Und dieser Grundsatz gilt nicht allein für Testamente und andere letztwillige Verordnungen, sondern auch für Stipulationen und andere Verträge. In allen anderen Fällen gilt die Bedingung für deficit, wenn ein Zufall daran Schuld ist, daß sie nicht in Erfüllung geht²⁰¹). Nur zu Gunsten bestimmter, einzelner Arten von Vermäch-

193) L. 54. §. 1. D. 35. 1. L. 11. §. 1. D. 40. 4. L. 6. C. de conditionibus insertis. (6. 46.)

194) L. 2. D. 35. 1.

195) L. 25. D. 28. 7. L. 5. pr. u. §. 1. D. 35. 1.

196) L. 13. D. 28. 7.

197) L. 5. §. 5. D. 36. 2. L. 78. pr. D. 35. 1. L. 11. D. 28. 7. Vgl. Averani *interpretationes iuris* lib. III. cap. 16. §. 12.

198) L. 94. pr. D. 35. 1. L. 44. pr. D. *ibid.* Vgl. Averani l. c. lib. III. cap. 17. §. 4.

199) L. 161. D. 50. 17. L. 81. D. 35. 1. L. 85. §. 7. D. *ibid.* L. 5. §. 5. D. *quando dies legatorum.* (36. 2.) L. 11. D. 28. 7. L. 4. u. 20. pr. D. *ibid.* L. 14. D. 35. 1. L. 1. C. de institut. et substit. (6. 25.) Vgl. Averani l. c. lib. IV. cap. 28. §. 7. *Et l.* Versuche Th. 2. S. 217 bis 222.

200) L. 81. §. 1. D. 35. 1. L. 85. §. 7. D. 45. 1.

201) L. 31. D. 35. 1. L. 94. pr. D. *ibid.* L. 16. D. de *manumissis testam.* (40. 4.) L. 19. D. de *statuliberis.* (40. 7.) L. 4. C. de condi-

nissen ist der Grundsatz angenommen worden, daß, wenn die mit einem solchen Legate bedachte Person nicht selbst an der Nichterfüllung der Bedingung Schuld ist, und dieselbe nur durch den Zufall herbeigeführt wird, die Bedingung für erfüllt erachtet werden soll. Dieß findet statt bei Suspensivbedingungen solcher Vermächtnisse, wodurch der Unterhalt (*alimenta* ²⁰²), oder jährliche Renten (*annua* ²⁰³), oder die Freiheit (*libertatis legatum* ²⁰⁴) Jemand hinterlassen wird.

Gesetzlich ausgezeichnete Arten von Bedingungen sind:

1) *Conditiones contradictoriae* (sich widersprechende Bedingungen). Mit diesem, erst von den neueren Rechtsgelehrten erfundenen Namen bezeichnet man solche Bedingungen, welche einen innern Widerspruch in sich enthalten, und sich mithin in ihren einzelnen Theilen von selbst aufheben. Bei Rechtsgeschäften auf den Todesfall vernichten sie nach der gewöhnlichen Meinung die ganze Disposition, wenn dieselbe durch den Widerspruch, welchen sie enthalten, in Verwirrung geräth ²⁰⁵). Ist dieß nicht der Fall, so beurtheilt man sie nach den Grundsätzen, welche von den perplexen Bedingungen gelten.

2) *Conditiones perplexae*. Mit diesem, erst von den neueren Rechtsgelehrten gebildeten Kunstausdrucke bezeichnet man solche Bedingungen, welche zu einer Verwirrung führen. Z. B. wenn Titius mein Erbe ist, so soll Sejus mein Erbe sein; wenn Sejus mein Erbe ist, so soll Titius mein Erbe sein. Die Stellen der römischen Rechtsquellen, welche von solchen Bedingungen reden, sprechen nur von ihrer Beziehung auf Testamente, und scheinen den Grundsatz auszusprechen, daß, wenn durch die Perplexität die ganze testamentarische Verfügung in Verwirrung geräth, auch die ganze Disposition zusammenfallen müsse ²⁰⁶); freilich mit der Beschränkung, daß, wenn dieselbe auch nur auf irgend eine Weise, gleichviel auf welche, aufrecht erhalten werden kann, jedes Auskunftsmittel benützt werden müsse, um sie zu erhalten ²⁰⁷).

3) *Conditiones ineptae* heißen in der Kunstsprache der neueren Juristen ²⁰⁸) solche Bedingungen, welche sinnlos sind. Daß sie in der Regel bei Testamenten für nicht hinzugefügt erachtet, kann im Allgemeinen nicht geleugnet werden ²⁰⁹); ob aber deßhalb die

tionibus insertis. (6. 46.) Vergl. Averani l. c. §. 7. Cell a. a. D. §. 224.

202) L. 13. §. 1. D. de alimentis leg. (34. 1.) L. 1. C. de legatis. (6. 37.)

203) L. 20. D. de annuis leg. (33. 1.)

204) L. 94. pr. D. 35. 1. L. 16. D. 40. 4. L. 19. D. 40. 7.

205) L. 188. pr. D. 50. 17. Vgl. Cell a. a. D. Th. 2. §. 270.

206) L. 16. D. 28. 7. L. 88. D. 35. 2. L. 4. pr. D. 28. 7.

207) L. 4. pr. D. 28. 7.

208) Nach Analogie von L. 113. §. 5. D. de legatis I. (30.)

209) L. 113. §. 5. D. ibid.

Hauptdisposition immer bei Kräften verbleibt, dürfte insofern bezweifelt werden können, als eine solche Bedingung leicht den Verdacht erregen kann, daß der Erblasser wahnsinnig, mithin gar nicht fähig gewesen sei, irgend eine testamentarische Verfügung zu treffen. Nach Anleitung der römischen Juristen²¹⁰⁾ soll nun in diesem Falle zwar die Bedingung jedenfalls wegfallen, die Aufrechthaltung der Hauptdisposition aber von der Beantwortung der Vorfrage abhängen, ob der Erblasser wahnsinnig gewesen sei oder nicht.

4) *Conditiones praeposterae*, oder, wie sie nach den römischen Rechtsquellen²¹¹⁾ vielmehr heißen müssen, *praepostere conceptae*, heißen Bedingungen, deren Fassung so beschaffen ist, daß das davon abhängig gemachte Recht eher wirksam sein soll, als die Bedingung, von der es abhängt, eintritt, z. B. *si navis ex Asia venerit, hodie dare spondes?* Solche Bedingungen vernichten nach den Ansichten der älteren Juristen die Hauptcontracte, zu welchen sie hinzugefügt waren, ganz und gar²¹²⁾; doch verfügte Justinian, nach dem Vorgange des Kaisers Leo, welcher solchen Stipulationen schon bei dem Versprechen einer Wittgift eine gewisse Gültigkeit eingeräumt hatte, daß alle Stipulationen, Verträge und letztwillige Verordnungen, welchen eine solche Suspensivbedingung hinzugefügt ist, gültig sein sollen, freilich unter Weglassung alles dessen, was einen Widerspruch in sich enthält²¹³⁾. Vielleicht ist dieß auch schon die Ansicht einzelner älteren Juristen gewesen, wenigstens findet sich in einer Pandectenstelle, welche dem Africanus angehört²¹⁴⁾, eine hierher gehörige Andeutung.

5) *Conditiones erroneae*, oder, wie sie auch genannt werden, *ex errore adiectae*, heißen bei den neueren Rechtsgelehrten solche Bedingungen, welche der Erblasser aus Irrthum der testamentarischen Verfügung hinzugefügt hat. Sie werden nach der bei testamentarischen Verfügungen durchgreifenden Regel, daß man mehr auf die erweisliche Absicht des Erblassers, als auf dessen Worte zu sehen habe²¹⁵⁾, den Beweis des Irrthums vorausgesetzt, für nicht hinzugefügt erachtet²¹⁶⁾, und es bleibt mithin die Hauptdisposition bei Kräften. Irrthümlicher Weise weggelassene Bedingungen vernichten die testamentarische Verfügung ganz und gar²¹⁷⁾. Ueber den Einfluß des Irrthums der Contrahenten auf Bedingungen, welche Geschäften unter den Lebenden hinzugefügt sind, haben wir keine besonderen Quellen-

210) L. 27. pr. D. 28. 7.

211) §. 14. Inst. de inutilibus stipulationibus. (3. 19.)

212) §. 14. Inst. 3. 19.

213) L. 25. C. de testamentis. (6. 23.) §. 14. Inst. 3. 19.

214) L. 64. D. 45. 1. Vergl. Schrader zu Justinian's Institutionen S. 519.

215) L. 19. pr. D. 35. 1. L. 101. D. ibid. Vergl. die Ausführungen bei Sell, Versuche Th. 2. S. 39—44.

216) L. 9. §. 5. D. 28. 5. Vergl. Sell, a. a. D. Th. 2. S. 260.

Note 3.

217) Fr. 9. §. 6. D. ibid.

zeugnissen; mithin muß dieser Fall nach den allgemeinen Regeln, welche vom Irrthum gelten, beurtheilt werden.

6) *Difficiles condiciones* (schwer zu erfüllende Bedingungen) heißen solche, welche eine Thatfache enthalten, deren Eintritt nach den obwaltenden Umständen aus Gründen der Wahrscheinlichkeit nicht erwartet werden kann. Im Allgemeinen können solche Bedingungen keinesweges den unmöglichen gleichgeachtet werden²¹⁸), schon deshalb nicht, weil das, was schwer zu erfüllen ist, noch nicht als unmöglich angesehen werden kann. Ist die in der Bedingung liegende Schwierigkeit indeß so groß, daß ihre Ueberwindung fast unmöglich erscheinen muß, so wird bei Legaten die ganze Disposition vernichtet, wenn es nur aus der Fassung der Bedingung erhellt, daß der Erblasser die Absicht gehabt habe, durch die Hinzufügung der Bedingung die ganze Disposition zu vernichten²¹⁹). Ist hingegen diese Absicht nicht erweislich, so wird die hinzugefügte Bedingung, obgleich sie, soweit es thunlich ist, erfüllt werden muß²²⁰), nach den Grundsätzen, welche von den unmöglichen Bedingungen gelten, beurtheilt²²¹). Hübner²²²) ist sogar der Meinung, daß solche Bedingungen stets den unmöglichen Bedingungen in ihren Wirkungen gleichgesetzt werden. Dieß erklärt sich indeß einfach daraus, daß er den Begriff der *difficilis conditio* so bestimmt, es sei „eine solche Bedingung, welche in Bezug auf die Verhältnisse und die Eigenschaften der Person, welche mit der Erfüllung derselben beauftragt worden ist, unmöglich erscheinen müsse²²³).“ Doch gibt derselbe Schriftsteller anderwärts zu, daß *difficilis conditio* in den römischen Rechtsquellen in einer weiteren Bedeutung vorkomme²²⁴).

Einzelne gesetzlich ausgezeichnete Bedingungen in Beziehung auf Geschäfte auf den Todesfall sind folgende:

1) Die Bedingung *si nupserit*²²⁵), d. h. wenn eine bestimmte Person weiblichen Geschlechtes heurathet. Diese Bedingung wird sofort für erfüllt angesehen, wenn die Ehe vollzogen ist. Das Hinzutreten des ehelichen Beischlafes wird nicht erfordert²²⁶). Uebrigens bezieht man die Wirkung dieser Bedingung nur auf die erste Ehe²²⁷).

218) Vergl. Cuiacii obs. et emend. lib. 21. cap. 39.

219) L. 4. §. 1. D. de statuliberis. (40. 7.) L. 61. pr. D. de manumissis testam. (40. 4.)

220) Arg. L. 7. D. 35. 1.

221) L. 6. D. 28. 7. L. 63. §. 7—9. D. ad SC. Trebellianum. (36. 1.)

222) Diss. de conditione difficili, ultimis voluntatibus adscripta (Lipsiae 1798. 4.) p. 16.

223) Vergl. Hübner a. a. D. S. 5.

224) L. 4. §. 1. D. 40. 7. L. 63. §. 7. D. 36. 1.

225) Vergl. Pothier Pandectae Justinianae lib. XXXV. tit. 1. art. 2. tom. II. p. 605.

226) L. 15. D. 85. 1.

227) L. 89. §. 1. D. de verborum significatione. (50. 16.)

2) Die Bedingung *si capax erit*, d. h. wenn die im Testamente bedachte Person fähig sein wird, das ihr hinterlassene Gut zu erhalten ²²⁸). Eigentlich versteht sich diese Bedingung bei allen letztwilligen Verfügungen von selbst ²²⁹). Wird sie aber ausdrücklich hinzugefügt, so hat sie die Wirkung, daß (während man in jenem Falle die Erwerbungsfähigkeit des Bedachten an drei verschiedenen Zeitpuncten verlangt, nämlich zur Zeit, wo das Testament errichtet worden, wo der Erblasser gestorben ist, und wo die Erbschaft angetreten wird) man in diesem Falle die Capacität des Bedachten nach jedem beliebigen Zeitpuncte beurtheilt. Michin erhält der Bedachte das Hinterlassene auch dann, wenn er nur an irgend einem Zeitpuncte die gedachte Fähigkeit erwirbt ²³⁰).

3) Die Bedingung *si volet*, oder *si velit*, *heres esto* gilt bei *extranei heredes*, d. h. solchen, von deren freiem Willen es abhängt, ob sie die ihnen angebotene Erbschaft erwerben wollen oder nicht, für überflüssig, da sie sich von selbst versteht ²³¹). Bei den *necessarii heredes* hingegen, d. h. solchen, welche auch gegen ihren Willen Erben des Erblassers werden, gilt sie als wahre Bedingung, und wirkt dahin, daß derselbe das *beneficium abstinendi* verliert. Wird sie in die Willkür des Legatars oder des Fideicommissars gestellt, z. B. *si volet, capito*, so gilt das Vermächtniß, obschon sich diese Bedingung von selbst versteht, für bedingt, und wird nicht eher auf die Erben des Bedachten transmittirt, als bis der Bedachte seinen Willen, dasselbe anzunehmen, ausdrücklich erklärt hat ²³²). Wird sie aber in die Willkür des Erben, der das Vermächtniß auszahlen soll, gestellt, z. B. *si Titius volet, dato*, so wird das ganze Legat ungiltig, weil Legate nicht in die Willkür des Erben gestellt werden können ²³³). Wird die Bedingung in die Willkür eines Dritten, der weder Erbe noch Vermächtnißnehmer ist, gestellt, so daß es von dem Willen desselben abhängt, ob der Erbe das Vermächtniß auszahlen und der Vermächtnißnehmer dasselbe erhalten soll oder nicht, so waren die römischen Juristen uneinig, ob die ganze Disposition zusammenfalle oder aufrecht zu halten sei ²³⁴). Nach der Meinung des Cajus war die Erbeinsetzung, *quos Titius voluerit*, ungiltig ²³⁵). Nach Modestin's Ansicht waren alle Legate

228) Vergl. Averani interpret. iuris civilis lib. III. cap. 30. §. 11.

229) §. 4. Inst. de heredum qualitate. (2. 19.) L. 49. §. 1. D. 28. 5.

230) L. 62. pr. D. 28. 5.

231) L. 12. D. 28. 7. L. 69. D. 28. 5. L. 86. §. 1. D. ibid. Vgl. Averani l. c. lib. V. cap. 30. §. 4. und Francke, das Recht der Rotherben und Pflichttheilsberechtigten S. 49.

232) L. 65. §. 1. D. de legatis. I. (30.) L. 69. D. 35. 1. Vergl. Sell Versuche Th. 2. S. 280. Note 3.

233) L. 13. §. 2. D. 30.

234) Ueber diese Controverse vergl. Schrader, Abhandlungen aus dem Civilrechte Bd. 1. Nr. 3. und Glück, Erläuterung der Pandecten Th. 33. S. 440. und Th. 34. S. 1—23. Sell, a. a. D. Th. 2. S. 279 fig.

235) L. 32. pr. D. 28. 5.

ungültig, welche in die Willkür eines Dritten, d. h. eines, der weder Erbe noch Legatar ist, gestellt waren²³⁶). Diese Ansichten erleiden aber dann eine Modification, wenn die Gültigkeit der Erbeinsetzung oder des Legates dadurch stillschweigend in die Willkür des Dritten gestellt ist, daß demselben die Vornahme einer Handlung, welche ganz von seiner Willkür abhängt, in der Bedingung geboten worden. Denn in diesem Falle bleibt die Erbeinsetzung und das Legat gültig, und diese Entscheidung wird durch den Grundsatz *expressa nocent, non expressa non nocent* gerechtfertigt²³⁷). Vielleicht ist dieß nur eine Einwirkung des allgemeinen Grundsatzes, daß etwas zugelassen wird, was zwar in seinen Wirkungen dem Gesetze widerstreitet, aber, weil die Form beobachtet ist, mit dem Gesetze nicht im Widerspruche zu stehen scheint²³⁸). Ganz verschieden von der bisher erörterten Entscheidung unseres Falles ist die Ansicht Ulpian's, welcher an drei Stellen²³⁹) Legate, welche in die Willkür eines Dritten bedingungsweise gestellt sind (*si Titius voluerit*), für gültig erklärt, wenn nur die Form der Bedingung gehörig in Obachtgen ommen worden ist²⁴⁰). Er argumentirt, um diese Entscheidung zu rechtfertigen, so: „Gleiche wie Bedingungen, welche stillschweigend die Gültigkeit des Legates von der Willkür eines Dritten abhängig machen, gelten, eben so müssen auch solche Bedingungen Wirkung äußern, bei welchen dieß ausdrücklich der Fall ist.“ Das canonische Recht²⁴¹) hat diese Vorschriften des römischen Rechtes insofern modificirt, als es eine Erbeinsetzung, welche in die Willkür eines Dritten gestellt ist, garadezu für gültig erklärt. In der Stelle des canonischen Rechtes nun wollen Böhmer²⁴²) und Glück nur eine Beziehung auf Geistliche finden, während die meisten neueren Rechtsgelehrten, nach dem Vorgange Schrader's, darin eine allgemeine derogatorische Vorschrift erblicken, und mithin den Grundsatz des römischen Rechtes „*heredis institutionem alieno arbitrio permitti non posse*“ für aufgehoben erklären. Freilich kann diese Ansicht keine Anwendung auf die Bestellung eines Vormundes im Testamente leiden, da zu ihrer Gültigkeit noch im neuesten römischen Rechte ein *certum iudicium testatoris* erfordert wird²⁴³). Ganz verschieden von der Bedingung *si voles* ist der Ausdruck *cum volueris*. Jene bezieht sich auf den reinen Willen der in der Bedingung namhaft gemachten Person, dieser deutet nur auf den Zeit-

236) L. 52. D. 35. 1.

237) L. 195. D. 50. 17. L. 52. D. 35. 1. L. 65. §. 1. D. 30.

238) Vergl. Sell, Versuche Th. 2. S. 281.

239) L. 13. §. 2. D. 30. L. 1. pr. D. 31. L. 46. §. 2. D. 40. 5.

240) L. 1. pr. D. 31. L. 46. §. 2. D. 40. 5.

241) Cap. 13. X. de testamentis et ultimis voluntatibus. (3. 26.)

242) Ius eccles. protest. lib. III. tit. 26. §. 50.

243) §. 27. Inst. de legatis (2. 20.) vergl. mit L. 82. pr. D. 28. 5.

punct hin, wo die testamentarische Disposition erfüllt werden soll²⁴⁴); und sollte sich die namhaft gemachte Person bei ihrem Lebzeiten weigern, das hinterlassene Vermächtniß auszuführen, so kann wenigstens der Erbe derselben zur Ausführung gezwungen werden. Ebenfalls verschieden sind die Bedingungen *si aestimaveris*, *si tibi videbitur*; denn diese beziehen sich nicht auf den bloßen Willen der in der Bedingung namhaft gemachten Person, sondern vielmehr auf den *boni viri arbitratus*²⁴⁵) (vergl. den Art. *arbitratus*). Endlich kommt auch die Bedingung *nisi voluerit* in Betracht. Sie ist von der Bedingung *si volet* verschieden, und legt dem Dneriten die Verpflichtung auf, baldmöglichst zu erklären, daß er das Legat, mit dessen Entrichtung er beschwert ist, nicht auszahlen wolle. Thut er dieß nicht, so muß er jedenfalls dasselbe auszahlen, und seine Berufung auf sein Nichtwollen kann fernerhin nicht berücksichtigt werden²⁴⁶).

4) Die Bedingung *si sui iuris erit* hat das Ausgezeichnete, daß, wenn in derselben durch die hinzugesetzten Worte auf den Tod des Vaters hingedeutet wird, sie auch dann für erfüllt gilt, wenn die Freiheit von der väterlichen Gewalt durch Emancipation der in der Bedingung genannten Person ertheilt worden ist²⁴⁷). Dieser Zeitpunkt wird auch öfters stillschweigend angedeutet, namentlich durch folgende Formeln: *cum pater moreretur*; *ut relinquat filio*; *volo eum habere*; *volo ad eum pertinere*²⁴⁸); *filiae meae reserventur*²⁴⁹); *facias, ut ad eum perveniat*²⁵⁰).

5) Die Bedingung *si dederit* kann, wenn es sich um baares Geld, nicht bloß um operae handelt, auch von Anderen im Namen des Dneriten erfüllt werden²⁵¹). Ist die Person, welcher die fragliche Sache ausgeantwortet werden soll, nicht genannt, so steht zu vermuthen, daß der Erbe gemeint sei²⁵²). Sind mehrere Miterben vorhanden, so erhält jeder seinen Antheil an der Sache nach Verhältniß seiner Erbportion²⁵³); wer nicht Miterbe ist, erhält einen Kopftheil (*virilis portio*). Ist die Person, welcher die Sache ausgeantwortet werden soll, genannt, so muß die Ausantwortung nach den

244) L. 22. pr. D. 36. 2. L. 11. §. 6. D. 32. Vergl. Averani *interpretationes iuris civilis* lib. III. cap. 30. §. 10.

245) L. 11. §. 7. D. 32. L. 75. pr. D. 30. L. 46. §. 3. D. 40. 5. L. 22. §. 1. D. 50. 17. Vergl. Averani l. c. §. 12. und Sell, *Versuche* Th. 2. S. 288. Note 1.

246) L. 11. §. 5. D. 32. vergl. mit L. 11. §. 7. D. *ibid.* Vergl. Averani l. c. §. 13.

247) L. 11. §. 11. D. 32. Vergl. Averani l. c. lib. III. cap. 19. §. 17.

248) L. 11. §. 10. D. 32.

249) L. 16. D. *de auro argento*. (34. 2.)

250) L. 19. D. *ad SC. Trebellianum* (36. 1.)

251) L. 39. §. 5. D. *de statuliberis*. (40. 7.) L. 28. D. 28. 7.

252) L. 8. D. 40. 7.

253) L. 22. pr. §. 1 u. 2. D. 40. 7. L. 8. §. 1. D. *ibid.*

Regeln, die von der solutio gelten, geschehen²⁵⁴). Doch ist das *legatum libertatis* insofern bevorzugt, als in demselben die Erfüllung der Bedingung auch in der Person des Erben geschehen kann²⁵⁵). Ist kein Erbe vorhanden, so reicht es zur Gültigkeit dieses Legates schon hin, wenn die *hereditas (iacens)* durch den Honorirten um eine ähnliche Summe bereichert wird²⁵⁶). Ist der statuliber vom Erben, an den er zahlen soll, veräußert worden, so rückt der Käufer an die Stelle des Erben²⁵⁷), es müßte denn bloß der Mißbrauch des Slaven verkauft oder das Gegentheil beim Kaufe ausdrücklich bedungen worden sein²⁵⁸). Was die Art und Weise der Erfüllung unserer Bedingung anbetrifft, so bedarf es gerade nicht einer wirklichen Zahlung, sondern es reicht schon jeder andere Act hin, welcher der Zahlung factisch gleichsteht, nämlich die Compensation, Acceptilation u. s. w.²⁵⁹). Bei dem *legatum libertatis* wird begünstigungsweise auch Stückzahlung zugelassen²⁶⁰). Es versteht sich dabei von selbst, daß die Zahlung in Geldstücken geschehen muß, deren Eigenthum an den Empfänger übergeht. Bei *statuliberi*, welchen eine Selbstzahlung auferlegt ist, wird ausdrücklich verlangt, daß die Geldstücke, die sie zahlen, zu ihrem *Peculium* gehören²⁶¹). Sollte die Zahlung durch den Tod der in der Bedingung genannten Person verhindert werden, so wird die Bedingung für *deficir* erachtet²⁶²). Nur beim *legatum libertatis* gilt sie für erfüllt²⁶³).

6) Die Bedingung Rechnung abzulegen (*si rationes reddiderit*), welche dem *legatum libertatis* gewöhnlich hinzugefügt wurde, umfaßt die Verpflichtung, auch über Gegenstände Auskunft zu geben, über welche keine schriftliche Rechnung geführt worden ist, insofern dieselben der Verwaltung des Slaven überlassen worden sind^{263a}); die in der Rechnung verzeichneten Posten durchaus zu belegen²⁶⁴); den Ueberschuß herauszugeben (*reliqua solvere*²⁶⁵) und Alles, was der Rechnungsführer in böswilliger Absicht auf die Seite gebracht oder fahrläf-

254) L. 13. D. 35. 1. L. 68. D. de solutionibus. (46. 3.) L. 51. §. 1. D. 35. 1.

255) L. 51. §. 1. D. 35. 1. L. 20. §. 4. D. 40. 7. L. 94. §. 1. D. ibidem.

256) L. 15. §. 1. D. 40. 7.

257) Ulp. Fragm. tit. 2. §. 4. L. 8. §. 1. D. 40. 7. L. 6. §. 3. D. ibid.

L. 27. u. 29. §. 1. D. ibid.

258) L. 7. D. 40. 7. L. 15. §. 1. D. ibid.

259) L. 81. §. 5. D. 30. L. 20. §. 2. D. 40. 7.

260) L. 4. §. 6. D. 40. 7.

261) L. 13. §. 1. D. 40. 7. L. 39. §. 2. D. ibid. Vergl. Pothier Pand: Inst. lib. XXXV. tit. 1. sect. 1. art. 3. §. 10.

262) L. 94. D. 35. 1.

263) L. 94. D. 35. 1. L. 20. §. 3. D. 40. 7.

263a) L. 26. D. 30. 7. L. 41. §. 11. D. ibid.

264) L. 111. D. 35. 1. L. 82. D. ibid.

265) L. 82. D. 35. 1. L. 8. §. 5. D. de liberat. legata. (34. 3.) L. 111. D. 35. 1. L. 31. D. 40. 7. Sgl. Pothier Pandectas Justinianaeae l. c. art. 1. §. 2.

siger Weise einzutreiben versäumt hat²⁶⁶), zu erstatten. Dagegen liegt darin keineswegs die Verbindlichkeit, für die Güte der außenstehenden Capitalien zu haften²⁶⁷), wenn nur nachgewiesen werden kann, daß sie zur Zeit, wo sie ausgeliehen worden sind, gut waren. Ist Niemand in der Bedingung genannt, an welchen die Rechnung abgelegt werden soll, so wird im Zweifel angenommen, daß der Erbe, und, wenn mehrere Miterben vorhanden sind, jeder nach Verhältniß seines Erbtheiles in Betracht komme²⁶⁸). Den Ort der Rechnungsablegung betreffend, so ist festgesetzt, daß der, welcher sie vornehmen muß, zu dem, an den sie geschehen soll, hinreisen müsse²⁶⁹). Entsteht Streit über den Ort der Rechnungsablegung, so wird ein Schiedsrichter (arbitr) vom Magistrate ernannt, welcher die Sache nach eigenem Gutdünken untersucht und entscheidet²⁷⁰). Treten zur genannten Bedingung *si rationes reddiderit* noch die Worte hinzu *paria quo fecerit*, so ist der Dneritte außer der Rechnungsablegung noch dazu verpflichtet, alle außenstehenden Capitalien (*nomina*) einzutreiben und den vollen Werth derselben an den Erben auszuführen, oder ihm sonst Sicherheit für die Auszahlung zu leisten²⁷¹). Verschieden ist die Bedingung *si rationes ediderit*. Diese bezieht sich nur auf die Ausantwortung der Rechnungsurkunden, und schließt die Auszahlung der *reliqua* aus²⁷²). Wihin bildet sie einen Bestandtheil der *reddendarum rationum conditio*, ohne doch identisch mit derselben zu sein²⁷³).

7) Die Bedingung *si liberos habuerit* hat das Eigenthümliche, daß Adoptivkinder nicht zureichen, um die Bedingung als erfüllt darzustellen²⁷⁴); wohl aber sind Nachkinder (*postumi*) zu diesem Zwecke genügend²⁷⁵).

8) Die Bedingung *si sine liberis decesserit* hat das Eigenthümliche, daß sie auch bei der Geburt eines Nachkinds (*postumus*) für deficiert erachtet wird²⁷⁶). Dasselbe gilt von der Geburt eines Tochterkinds²⁷⁷). Natürliche Kinder des Honorirten werden nur dann berücksichtigt, wenn es wahrscheinlich gemacht werden kann,

266) L. 40. §. 4. u. 5. D. 40. 7. L. 4. C. de testament. manumiss. (7. 2.)

267) L. 111. D. 35. 1. L. 41. §. 17. D. de fideic. lib. (40. 5.)

268) L. 12. D. 40. 7.

269) L. 112. §. 3. D. 35. 1.

270) L. 50. D. 35. 1. L. 5. §. 1. D. 40. 1.

271) L. 40. §. 8. D. 40. 7.

272) L. 89. §. 2. D. 50. 16.

273) L. 32. D. 35. 1.

274) L. 51. §. 1. D. 31.

275) L. 18. D. 36. 2. L. 20. D. 36. 1.

276) L. 53. D. 50. 16. L. 187. D. 50. 17. L. 7. D. 40. 4. L. 141. D. 50. 16.

277) L. 1. C. de conditionibus insertis tam legatis. (6. 46.) L. 6. §. 2. C. ad SC. Trebell. (6. 49.)

daß der Erblasser auch an diese gedacht habe. In der Regel sind sie ausgeschlossen²⁷⁸⁾.

9) Die Bedingung *dum cum filio erit* hat das Eigenthümliche, daß sie bei einer nur kurzen Entfernung nicht für deficiet erachtet wird²⁷⁹⁾. Sollte Streit über die Auslegung der testamentarischen Verfügung entstehen, so wird derselbe durch den *viri boni arbitratus* entschieden²⁸⁰⁾.

10) Die Bedingung, den Schuldschein auszuantworten (*si chirographum reddiderit*), enthält die Verpflichtung, die in der Bedingung bezeichnete Person von der im Schuldschein bezeichneten Schuld zu befreien²⁸¹⁾.

Seimbach.

Begnabigung, Begnadigungsrecht, Abolition, Amnestie (*aggratiatio, aggratiandi jus*). Wir alle erinnern uns aus unserer Christenlehre, daß in ihr die Gnade auf eine in Gott von seiner Gerechtigkeit unzertrennliche höchste Güte und Macht bezogen und sowohl dem Verdienste, als der Natur entgegengesetzt wird. So unterscheidet nun auch die Rechts- und Staatswissenschaft die Gnadensachen sowohl von den Justiz-, als Regierungssachen und versteht darunter Wohlthaten, welche wir nicht fordern, oder, sei es nun durch Rechtsmittel und juristische Gründe vor dem Richter, oder doch im Wege einer verfassungsmäßigen Beschwerdeführung verfolgen dürfen, sondern bitten, und von einem nicht verantwortlichen Rath und Willen erwarten müssen. Sie beziehen sich auf Machtvollkommenheit, welche über ihre Beschlüsse nur sich Rechenschaft zu geben hat, über dem Befehle steht und die unvermeidlichen Unvollkommenheiten der gewöhnlichen Rechtsordnung und Rechtsansprüche, wie sie durch gegebene Befehle bestimmt werden, zu erfüllen im Stande ist. Man bekommt einen zu weiten, obgleich dem gemeinen Sprachgebrauche entsprechenden Begriff, wenn man darunter Alles aufnimmt, was zuletzt von der unerswinglichen, subjectiven Bestimmung der obersten Staatsgewalt abhängt. Ein trefflicher Schriftsteller hat das Paradoxon aufgestellt, die prätorische *restitutio in integrum* sei in ihrem Ursprung eine bloße Gnadensache gewesen. Sie mag damit, bevor sie noch geregelt war und in ihrer Neuheit noch als Machtpruch erscheinen konnte, einige Ähnlichkeit gehabt haben. Sie wurde jedoch von einem verantwortlichen Magistrat ertheilt, erforderte eine gerechte Ursache, so daß die Prätores selbst in der am meisten Willkür zeigenden Restitution Minderjähriger von den Rechtsgelehrten zurecht gewiesen werden, wo sie zu weit gingen (L. 7. §. 8. D. de minoribus), und sie stellte ein vollkommenes Recht wieder her, welches nur nach dem mit einem gleichfalls aner-

278) L. 77. §. 13. D. 31. L. 17. §. 4. D. 36. 1. L. 11. D. de iure deliberandi. (28. 8.) L. 17. §. 5. D. 36. 1. L. 77. §. 1. D. ibid.

279) L. 8. D. 35. 1.

280) L. 13. §. 1. D. 33. 1.

281) L. 84. §. 7. D. 30.

Canntes ius gentium in offenbaren Widerspruch gerathenen strengen
 Civilrecht als verloren betrachtet werden konnte, so daß es nicht am Rechte,
 sondern bloß an der Klage fehlte. Das darin hervortretende *imperium*
 ist der Ausfluß der Aufsicht, daß im Verkehr wie im Kampfe um das
 Mein und Dein Gleichheit im Angriff und in der Verteidigung
 beobachtet werde, und es gewährt diesen Schutz durch Wiederherstellung
 nur dem, welcher durch eine solche Ungleichheit, der in Zeiten hätte vorge-
 geben werden müssen, unterlegen ist. Eben so hat Moser Dispen-
 sationen, Moratorien, Privilegien, Stadt- und Marktgerichtigkeiten u.
 in diesen Kreis gezogen, welche mehr zu den Regierungssachen gehören,
 weil sich in jeder ausgebildeten Staatsverfassung über ihre Gewährung
 und Versagung Grundsätze entwickeln werden, über die sich die dafür
 verantwortliche Staatsgewalt nicht hinaussetzen darf. Es gibt freilich
 Gegenstände absoluter oder doch scheinbarer Gleichgiltigkeit, deren Ent-
 scheidung im Staate centralisirt werden muß, und faßt man diese in
 das Auge, so darf man, wie im gemeinen Leben auch wirklich geschieht,
 schon als Gnade betrachten, wenn mit unter mehreren in der Prüfung
 bestandenen Bewerbern ein Amt verliehen wird. Dies ist insofern nicht
 unwar, als das Recht des Verleihenden ohne Effect und Spielraum
 wäre, wenn in dergleichen Fällen, wobei dieser weder sich noch Anderen
 gestehen wird, daß er einen Unwürdigen vorziehen wollte, Liebe nicht
 den Ausschlag geben dürfte; es leuchtet aber sogleich als zufällig ein,
 wenn man nur bedenkt, daß das Nämliche auch bei öffentlichen Stellen
 vorkommt, welche durch Wahl, Patronat oder Patrimonialherren vergeben
 werden, daß das Amt nicht unbesezt bleiben kann und daß der Staat
 so sehr der Diener, als der Diener des Staates bedarf. Auch muß
 man zugeben, daß der Begriff der Gnadensachen sich in dem Verhält-
 nisse erweitert oder vielmehr verwirrt, je unumschränkter der Staat noch
 regiert wird, und je weniger zwischen den verantwortlichen Behör-
 den und dem unverantwortlichen Staatsoberhaupt eine organische Schei-
 dung besteht, welche die Ersteren, auch wenn sie auf Befehl des Letzteren
 gehandelt haben, einer wirksamen Rechenschaft unterwirft. Als reine
 Gnadensache kann aber nur das betrachtet werden, was keiner, wenn
 auch noch so selbstständigen untergeordneten Behörde, keiner bloßen Ma-
 gistratur vertraut werden darf, weil die dazu nöthige Gewalt wesentlich
 voraussetzt, daß derjenige, welcher darüber verfügt, *legibus solutus* sei,
 mindestens über jedem bloß menschlichen Gesetze stehen muß, was bei
 jeder untergeordneten Obrigkeit, deren Vollmacht oder Competenz ein
 bestimmtes Gesetz voraussetzt, einen inneren Widerspruch bilden würde.

Der hier berührten Begriffsverwirrung läßt sich nur dadurch be-
 gegnen, daß man wesentliche und natürliche Gnadensachen von bloß zu-
 fälligen und scheinbaren unterscheidet. Als wesentliche und reine Gna-
 densachen können nur die betrachtet werden, welche sich auf begangene
 Verbrechen und eine den ihrem juristischen Schicksale verfallenen Urthei-
 bern derselben geschenkte Nachsicht beziehen. Auf sie beschränkt sich da-
 her das Begnadigungsrecht im eigentlichen Sinne des Wortes. Sehr
 nahe damit verwandt ist das Recht, die durch einen Richterpruch oder

durch ein Factum verlorene bürgerliche Ehre wieder herzustellen, welches der Wirkung nach ganz damit zusammenfällt, wenn ein Straferkenntniß im Gnadenwege aufgehoben wird, obgleich man richtiger sagt, daß alsdann gar keine Ehrenschmälerung entsteht. Bezieht sich aber die nöthige besondere Restitution auf ein von dem Souverän ausdrücklich oder stillschweigend gutgeheißenes Erkenntniß, so kann sie nur die Folge einer späteren guten Aufführung sein, weil auch der Souverän nicht mit sich selbst in Widerspruch gerathen darf, und hat eigne Beziehungen, welche eine eigne, zweckmäßig für einen abgesonderten Artikel aufzuspärende Betrachtung fodern. Sie nähert sich sodann der praemiorum exhortatio, welche dem Regenten durch Ertheilung einer eminenten Ehre, durch Verleihung von Würden, Orten, Standeserhöhungen zwar zunächst zum Staatsbesten und folglich als Agenten der Gesamtheit zustehen muß, wovon ihm jedoch der Gebrauch auch zur Erhaltung seiner eigenen Autorität und seines Einflusses nicht verwehrt werden darf, will man ihn anders nicht zu einer Passivität verdammen, welche, so schön sie auch eine phantastische, von jeder Menschlichkeit abstrahirende Philosophie ausschmücken mag, in der wirklichen Welt der Anarchie Thor und Thüre öffnen und an das se ipsam deserere tarpisimum erinnern würde. Indessen liegt es weniger in dem Begriffe dieser ostentibelen Belohnungen des Verdienstes, mehr in dem Erbitternisse der Unzertrennlichkeit des Regenten vom Staatsoberhaupte, was sie zu bloßen Gnadensachen macht, und sie werden darin stets ihr Ziel finden, daß dergleichen Gnadenbezeugungen nur durch eine bestimmende öffentliche Meinung, welche außerhalb Landes und an fremden Höfen am rückfichtslossten wirkt, dem, der sie empfangen, einen wahren Genus gewähren, welcher durch eine reagirende öffentliche Meinung völlig verdorben werden kann, ohne daß Jemand das Hoheitsrecht anzutasten nöthig hat, und diese öffentliche Meinung dürfte sogar einen Excess im Begnadigen lieber verzeihen, als eine Verschwendung des Schatzes bevorzugter Ehre. Das eigentliche Begnadigungsrecht, wovon wir hier reden, ist zwar in seiner Ausübung noch weniger willkürlich, aber in ihm zeigt sich der Regent vorzüglich in seinem Glanze als Staatsoberhaupt, und je mehr es Gewissenssache ist, desto weniger kann seine Ausübung an äußere Normen gebunden oder einer reagirenden Verantwortlichkeit unterworfen werden, obgleich es eben deshalb in eine wahrhaft transcendente Gewalt ausarten würde, wenn sich über den Zeitpunkt und die Bedingungen, unter welchen es sich mehr oder minder vollständig äußert, gar nichts bestimmen ließe.

Man versteht bekanntlich unter Begnadigung die Aufhebung einer gesetzlich verdienten Strafe durch die höchste Gewalt im Staate. Sie geschieht entweder 1) vor vollendeter richterlicher Untersuchung oder erlassenen Straferkenntniße und heißt Abolition im heutigen Sinne, welche übrigens mehrere neuere Staatsverfassungen, namentlich die bayer'sche, nicht gestatten; oder 2) nach vollendeter richterlicher Untersuchung und gesprochenem Urtheile: Begnadigung im engeren Sinne, die sich dann wieder a) entweder durch Aufhebung aller Strafe

(vollständige Begnadigung), oder b) nur durch Aufhebung eines Theiles der Strafe (unvollständige Begnadigung, Milderung aus Gnade, auch durch Strafverwandlung) möglich äußert; oder endlich 3) nach bereits eingetretene Strafvollzuge (Restitution), entweder durch Erlassung des noch übrigen Theiles des zu erleidenden Strafmaßes, oder durch Aufhebung der rechtlichen Folgen einer erlittenen Strafe. So lauten die gewöhnlichen Definitionen und Eintheilungen, wie sie unter Anderen Feuerbach (Lehrb. S. 62) vortragen hat. Gegen ihre die Sache erschöpfende Richtigkeit läßt sich jedoch erinnern, daß der zu ausschließend hervorgehobene Gesichtspunct der vor oder nach gefälltem Erkenntnisse die Strafrechtspflege mit der Begnadigung theils in eine viel zu zufällige, und die letztere beengende Verbindung bringt, theils aber das Begnadigungsrecht durch eine ihm beigelegte Rückwirkung erweitert, welche sich bestreiten läßt. Es ist in unseren europäischen Staaten eine althergebrachte Sitte, daß Todesstrafen und schwere peinliche Strafen (in Württemberg schon jede über zehn Jahre gehende Zuchthausstrafe) gar nicht vollzogen werden dürfen, ohne vorher ursprünglich zur Bestätigung, und jetzt noch zu einer etwaigen Begnadigung vorgelegt worden zu sein, und da die Rechtskraft verdamrender Erkenntnisse in ihrer Vollstreckbarkeit besteht, so nimmt dadurch, wie in allen Fällen, wo die Gnade von dem Verurtheilten nach eröffnetem Erkenntnisse angerufen wird, dieselbe der Wirkung nach die Gestalt einer eigenen Instanz an. Dieß ist um so einleuchtender, wenn es dem Regenten nicht verwehrt werden darf, die Entscheidungsgründe der Gerichte zu prüfen und seinem Gnadenacte eine ausgesprochene abweichende rechtliche Würdigung zu Grunde zu legen, wovon später die Rede sein wird. Noch weiter geht diese Macht, wenn, wie man zugesteht, oder mindestens von einer verfassungsmäßigen speciellen Beschränkung abhängig macht, die Gnade der richterlichen Untersuchung und dem Urtheilsspruche sogar zuvorkommen darf. Das Begnadigungsrecht dürfte daher am erschöpfendsten durch die Befugniß der höchsten Gewalt definirt werden, Verbrechen oder Straferekenntnisse in gewissen rechtlichen Beziehungen zu tilgen, oder erkannte Strafen zu mildern. Nicht als ob die Erkenntnisse der Criminalgerichte zu ihrer Rechtskraft einer directen höchsten Bestätigung bedürften, welches mit der Selbstständigkeit der Justiz so wenig verträglich wäre, als wenn auch lossprechende Erkenntnisse erst vorgelegt werden müßten, sondern es wird hier nur, wie bei den Intercessionen der Römer, namentlich der Volkstribunen, eine Gewalt durch die andere neutralisirt. Dagegen dürfte der Unterschied, ob das Begnadigungsrecht vor oder nach dem Strafvollzuge ausgeübt wird, erheblicher sein, wenn man jenem Grundsatz, daß die Erkenntnisse der Criminalgerichte keiner Bestätigung bedürfen, nichts vergeben will. In allen Fällen, wo die Vorlegung der Sache nicht von Amtswegen, sondern nur auf Anrufen des Verurtheilten gesetzlich vorgeschrieben ist, kann man dieser Anrufung nur dann eine Suspensivwirkung beilegen, wenn sie gleich nach eröffnetem Erkenntnisse geschieht. Wird daher dieser Zeitpunkt versäumt, so treten alle

an die bloße Rechtskraft des Erkenntnisses geknüpften Folgen ein, und es kann von keiner Aufhebung des Erkenntnisses mehr, sondern nur noch von einem Nachlasse an der bereits angetretenen Strafe die Rede sein, als dem einzigen Objecte, an dem sich die bloße Gegenwirkung des Begnadigungsrechtes noch äußern kann. Ob aber die Folgen einer rechtskräftigen Verurtheilung oder ausgestandenen Strafe durch das letztere aufgehoben werden können, ist eine sehr verwickelte Frage und erfodert, da diese in's Privatrecht einschlagen, eine abgeforderte Untersuchung, welche mit der Frage zusammenhängt, in wie weit der Regent von bestehenden Gesetzen zu dispensiren befugt ist. Im constitutionellen Systeme werden wir diesen Consequenzen kaum ausweichen können, und nur da, wo noch eine, heutzutage auch in absoluten monarchischen Staaten verrufene, strengere Subordination der Criminalgerichte besteht, wo der eigne Ressort der letzteren als eine bloße Delegation betrachtet wird, so daß der Regent, als der wahre Richter, nach Gefallen, wo nicht gar mehren, doch mindern kann, läßt es sich vertheidigen, daß dieser auch nach dem Strafvollzuge ohne sein Vorwissen rechtskräftig gewordenes und vollstrecktes Erkenntniß mit Rückwirkung aufzuheben vermag, so gut er von Anfang dazu ermächtigt gewesen wäre. Doch abgesehen von dem Zeitpunkte und den Bedingungen, unter welchen es sich, soll es anders nicht auf die Rechtsbeständigkeit einer unabhängigen Justiz desorganisirend einwirken, äußern kann, läßt es sich nicht bestreiten, daß der Umfang des Begnadigungsrechtes sich nicht bloß auf Milderung der Strafe beschränkt, sondern auch auf eine dadurch mögliche Tilgung des Verbrechens, als Gegenstand gerichtlicher Verfolgung und der dadurch herbeigeführten Straferkenntnisse, geht, welche das Verbrechen durch eine Rechtsfiction als ungeschehen, das Straferkenntniß als nicht erfolgt erklärt. Dieß haben auch unsere Systeme von jeher dadurch anerkannt, daß sie dasselbe mit der Verjährung und dem Tode des Verbrechens in eine Linie gestellt haben, welche ebenfalls nichts anders als beziehungsweise modi exstinguendi vel tollendi crimen sind.

Nach unserem positiven Rechte ist die Befugniß der höchsten Gewalt, Gnade für Recht ergehen zu lassen, anerkannt. In der Rechtsphilosophie streitet man sich noch darüber, ob sie sich rechtfertigen lasse. Kant erklärt ganz im Geiste seines den unschuldigsten Affect verdammen Rigorismus das Begnadigungsrecht für das schlüpfrigste unter allen Rechten des Souveräns, um den Glanz seiner Hoheit zu beweisen und dadurch doch im höchsten Grade Unrecht zu thun, und will es nur bei Läsionen gestattet wissen, welche den Souverän selbst betreffen, und auch dann nicht, wenn aus der Ungestraftheit für das Volk Gefahr entstehen könnte. Auch Salchow ist als Gegner desselben aufgetreten; Feuerbach betrachtet es wenigstens als zweifelhaft und Henke scheint es nur aus politischen Gründen zu gestatten. Alle ihre Einwendungen treffen jedoch nur eine dem Ansehen und der Wirksamkeit der Strafgesetze zu nahe tretende Uebertreibung desselben, welche bei dem eigenen Interesse der Regierung, die Gerechtigkeit zu handhaben,

durch welches sie dem Verbrecher nicht näher steht als anderen Unterthanen, so leicht nicht zu beforgen steht, und solche Begnadigungen, welche durch eine schlaffe Weichlichkeit oder persönliche Gunst bestimmt werden. Bouterwek hat richtig angemerkt, daß die öffentliche Meinung demselben jederzeit das Wort gesprochen habe. So sehr eine Regierung zu tadeln wäre, welche in der Ausübung desselben nur auf die thörichte Effecthascherei, dadurch ihre Herrlichkeit zu zeigen, und von der Voraussetzung ausginge, daß die Strafgesetze ihren Ursprung bios in dem Willen des Regenten und nicht in den Bedürfnissen des Volkes hätten, so ist doch auch eine Philosophie nicht zu loben, welche vergißt, daß der Mensch nicht um des Gesetzes willen, sondern das Gesetz um des Menschen willen gemacht ist, und daß die Gerechtigkeit mit der Güte so wenig im Widerspruche steht, daß vielmehr durch eine weise Ausübung der letzteren auch die erstere, als das wesentliche Element des Staatswohles, befördert werden kann. Die Gerechtigkeit selbst wird verkehrt und hört auf Tugend zu sein, wenn man ihr Wesen nicht in die innere Gesetzmäßigkeit des ganzen Characters, sondern in eine starre äußere Gesetzmäßigkeit setzt, und sie, welche am affectlosesten ausgeübt sein will, müßte methodisch in die blindeste Leidenschaftlichkeit ausarten. So gehört es sich, um nur ein Beispiel anzuführen, daß Straferkenntnisse, sobald sie rechtskräftig sind, auch vollzogen werden, und die Abweichungen von dieser durch den Ernst und den Nachdruck der Justiz gebotenen Regel verlieren sich so sehr in das Individuelle, daß das Ermessen darüber unmöglich den Gerichten vertraut werden kann. Nun setze man aber den Fall, daß ein zu einer sechswöchigen Freiheitsstrafe verurtheilter Bauer in der Erntezeit oder, weil sein Weib im Kindbett liegt, durch den alsbaldigen Strafvollzug, den er sich nach dem Gesetze gefallen lassen muß, öconomisch zu Grunde gerichtet würde. Wer findet eine Ungerechtigkeit darin, daß ihm ein zureichender Aufschub gestattet werde, um zuvor sein Haus zu bestellen? Wird nicht vielmehr die Gerechtigkeit befördert, daß man ihn mit einem zufälligen Uebel verschont, welches das Gesetz zwar nicht vorhersehen konnte, aber eben so wenig ihm zuzumessen ist? — Wie mit der alle Güte ausschließenden Gerechtigkeit, so verhält es sich umgekehrt mit einer Güte, welche sich nicht mit der Gerechtigkeit verträgt. Eine Barmherzigkeit gegen die Person des durch eigene Schuld leidenden Verbrechers, welche gegen die gerechten Ansprüche der Beleidigten, gegen die Heilsamkeit seiner eigenen Besserung und gegen die gemeine Gefahr für Andere verblendet oder gar unempfindlich und gleichgültig würde, wäre nicht Tugend, sondern Schwäche. Die Widersacher des Begnadigungsrechtes kämpfen also gegen ein Gespenst und verkennen das wahre Wesen desselben. Mit guten Gründen, wiewohl aus verschiedenen Standpuncten sind daher andere Rechtsgelehrte und Philosophen, wie Martin, Rosshirt, Gottlob Ernst Schulze, Bouterwek, Dersted und Trummer, als Vertheidiger desselben aufgetreten.

Sehr treffende Erörterungen hat darüber G. Bayl (Beiträge zum Criminalrecht, Bamberg 1818. Abh. III.) vorgetragen. „So oft

wir von Begnadigung sprechen, denken wir uns immer, daß der Regent, des geschehenen Erlasses der Strafe ungeachtet, dennoch dem Verbrecher die anerkannte Strafe auch zufügen zu lassen berechtigt gewesen wäre; wir denken uns den Act nicht als solchen, der geschehen mußte, zu dem der Regent verpflichtet war, sondern als solchen, der geschehen und auch nicht geschehen konnte, als freiwilligen Act; nur wenn dieses ist, läßt sich von einer Gnade und, da von dieser der Begriff der Begnadigung abhängt, von einer Begnadigung sprechen. — Die letztere ist in dieser Hinsicht ganz gleich einer Schenkung zu achten, und sowie diese ein Act ist, qui fit, wie die Civilisten sagen, nullo iure cogente, so auch ist die Begnadigung ein Act, der ohne alle rechtliche Nöthigung geschieht. — Bei jeder Begnadigung erkennen wir und müssen wir erkennen, daß der Begnadigte nach strengem Rechte die ihm zuerkannte Strafe verdient habe. Außerdem würde nicht Gnade für Recht, sondern Recht für Gnade ergehen. Eben so unbezweifelt ist jedoch, daß die Begnadigung keinem Unwürdigen zu Theil werden dürfe, daß sie (in einem gewissen Sinne) verdient sein müsse. Alle Begnadigung setzt daher innere, lediglich in dem Verbrecher und seiner That liegende, keine äußeren, den Regenten anders woher nöthigende Gründe voraus; denn sonst ist, wie oben gesagt, das Begnadigungsrecht bloßes Nothrecht, und die Zulässigkeit der Milde rung oder Erlassung der Strafe in einem solchen Falle ist es gar nicht, was uns bei der Frage um den Grund des Begnadigungsrechtes interessirt. Soll die Begnadigung verdient sein und dennoch außerhalb der Sphäre rechtlicher Gründe liegen, so scheint die Strafgerechtigkeit vernichtet und ein unauflöslicher Widerspruch in dem Straffsysteme vorhanden zu sein. — Es fragt sich, wie ist dieser zu lösen? — Der Staat soll nicht bloß eine Rechtsordnung, sondern außer dieser noch weit Mehreres sein. Schon die Gerechtigkeit steht ursprünglich mit anderen Ideen in Verbindung, und so wie sich diese unter einander zur Darstellung des absolut Wahren ergänzen, so auch kann nicht einseitig, mit Unterdrückung der übrigen, eine Idee im Staate empor gehoben werden. Der Richter hat bloß das Recht zu handhaben, und da es in dem ganzen Systeme des Rechtes, gesondert von allen anderen Beziehungen, nie eine Gnade gibt, so kann auch diese nicht von einem Richtersthule ausgehen. Nicht bloßer Richter oder Verwalter des Rechtes ist der Regent, in ihm vereinigen sich der Gewalten mehrere; daher auch für ihn, was nie für den Richter, wohl möglich ist. Der Richter hat bei Beurtheilung der Verbrechen den Menschen in rechtlicher Beziehung vor sich; der Regent muß den ganzen Menschen nach seinem gesammten Wirken und Sein vor sich nehmen. Was der Richter nie darf, das soll und kann der Regent, das ist, er soll auch gütig sein. Und der Grund hierzu liegt darin, daß, sowie er die ganze Entwicklung des Menschen will, er auch alle sittliche Ideen, und mit diesen auch die Idee der Güte verwirklichen soll. — Die Möglichkeit der Begnadigung geht demnach hervor: aus der Nothwendigkeit der Entwicklung des ganzen sittlichen Lebens, aus dem We-

sen des Staates, welches als ein allseitiges Wirken nur in der Realisirung sämmtlicher Ideen sich dargestellt und geoffenbaret findet." Damit ist sehr wahr angedeutet, wie unerläßlich die Güte der Gerechtigkeit zum Complemente dient, um im Staate, so weit dieser als moralische Person selbst thätig zu wirken hat, die innere Geseßlichkeit des ganzen Characters und nicht bloß äußere Geseßmäßigkeit in den Handlungen zu zeigen, und wie ihm dabei auf der anderen Seite der Verbrecher nicht bloß mit seiner That, sondern dem ganzen Menschen nach gegenübersteht.

Diese Deduction entwickelt den wahren Grund und die eigenthümliche Bestimmung des Begnadigungsrechtes, welcher andere Beziehungen desselben untergeordnet werden müssen. Ihrem Resultate stimmt Rosshirt (Lehrb. des C.-R.-W. S. 54) in der Sache bei, indem er die Inhaltspuncte für die Ausübung desselben mit wissenschaftlicher Schärfe 1) auf die Realisirung der Rechtsidee, inwiefern die Form dem Richter die Hände gebunden hat, und 2) auf die Realisirung der Idee der Humanität und Güte zurückführt, worüber auch dessen Entwicklung der Grundsätze des Strafrechtes (S. 70, 71) zu vergleichen sind. Sehr nahe trifft damit Dersted (Grundregeln der Strafgesetzgebung, S. 72, 73) zusammen, welcher den Gesichtspunct der Unvollkommenheit jeder menschlichen Geseßgebung hervorhebt, nach welcher die Geseße allezeit ungnügende Versuche ihrer Aufgabe bleiben würden, den Forderungen der Gerechtigkeit zu entsprechen. Auffallend ist, wie Trummer gegen beide Ansichten einwerfen mochte, ihre Argumente bewiesen nichts, weil sie zuviel beweisen, indem sonst auch im Privatrechte, wo durch eine weise Ausübung der Güte das Wohl des Einzelnen mit befördert werde, eine Entscheidung gegen die Geseße gerechtfertigt wäre, sowie man aus der Unvollkommenheit der Geseßgebung eben so gut ein Einschreitungsrecht in der Civiljurisdiction ableiten könnte. Denn gerade jene Begründung beschränkt das Begnadigungsrecht dem Objecte nach schon von selbst dahin, daß es gegen erworbene Rechte nicht anstoßen darf, und daß es, wie eine Schenkung, reine Großmuth ist, der kein Foderungsrecht gegenübersteht. Dem Verbrecher wird Niemand ein Privatrecht zuschreiben, den Vollzug der Strafe zu verlangen, so wenig wie die Stipulation, mir fünfzig Prügel aufzumessen, je eine obligatio begründet, ganz abgesehen davon, daß nur ein Sonderling sich auf einen solchen Anspruch abstiniren würde, welcher dann aufhörte, für ihn eine wahre Strafe zu sein, und darüber Zweifel erregte, ob er nicht in eine Irrenanstalt zu bringen sei. Das Recht des Verbrechers ist nur das indirecte, daß gegen ihn keine härtere Strafe, als die im Geseße bestimmte, erkannt oder keine härtere, als die rechtskräftig erkannte, an ihm vollzogen werde. Im Privatrechte muß dagegen die mit der Gerechtigkeit vereinbarliche Güte den Berechtigten empfohlen, aber auch überlassen werden, und jeder Zwang würde die der Gerechtigkeit ausfüllende Tugend aufheben, wie Seneca sagt, non est gloriosa res gratum esse, nisi tutum sit, ingratum fuisse. Dieß zeigt sich ausnahmsweise bei Moratorien, Terminzahlungen 2c., welche daher feste, zugleich auf das

Beste der Gläubiger berechnete Rechtsnormen voraussetzen, ohne für den einzelnen Fall verändert, noch, wenn sie der Verbesserung bedurften, rückwirkend angewendet werden zu dürfen. Haben doch selbst die Imperatoren in diesem Stücke durch die L. 2. und 4. de precibus imperatori off. ihrer Macht ein festes Ziel gesetzt! Ueber andere in das Privatrecht einschlagende Concessionen, welche mit der Begnadigung die Kechnlichkeit und Verwandtschaft haben, daß sie für den, der sie erhält, wohlthätig und Anderen unschädlich sind, nämlich die Dispensationen, haben wir schon angemerkt, daß sie sehr eingeschränkt sind und mehr in das Verwaltungsrecht gehören. Eben so ist der Civilprozeß ein Kampf mit gleichen Waffen, in den sich die Obrigkeit nur durch die Aufsicht einmischen soll, daß Licht und Sonne richtig getheilt seien, und jeder Theil die Mensur einhalte, worauf auch alle bloß richterliche Restitutionen sich beziehen. Was in ihm der Eine verloren hat, das hat der Andere gewonnen. Es ist daher einleuchtend genug, warum in der Rechtsordnung die Gnade sich gerade nur in Beziehung auf Verbrecher und auf die Strafsjustiz äußern kann, und nur noch näher nachzuweisen, welchen Wirkungskreis ihr die letztere darbietet und überlassen muß.

Auch hier führen Bayl und besonders Kossirt am sichersten. Der Richter ist an gewisse allgemeingiltige und durchgreifende Normen und Formen gebunden, welche der Angeschuldigte eben sowohl zu seiner Sicherheit in Anspruch nimmt, als er sich dieselben zu seinem Nachtheile gefallen lassen muß, weil mit ihrem Aufgeben die Unschuld in Gefahr läme und kein Schuldiger überwiesen werden könnte. In beiden Beziehungen umzieht seine Function ein reiner Kreis, dessen Peripherie sich zwar nicht genau bestimmen läßt, da sie nur Grenzen, aber keine Schranken hat, die aber von dem Mittelpuncte ausgeht, daß er nur auf die That nach ihren zugleich ob- und subjectiven Momenten, wie sie als für sich bestehendes Product der Freiheit in der Sinnenwelt unabhängig von der erzeugenden Ursache gegeben, angewiesen ist. Selbst Seelenstörungen müssen, um für ihn erheblich zu werden, in die formelle Seite der That so übergehen, daß sie aufhört, als Freiheitsproduct zu erscheinen, und Niemand wird die Mörderin entschuldigen, die sich im Blute geschlachteter Mädchen badete, ohngeachtet sie den fixen Wahn hatte, sich dadurch verjüngern zu können. Eben so wenig ein noch so verzeihliches oder gar edles Motiv, das den besten Menschen hinreißen konnte, sei auch der Anreiz oder die necessitas inolinans so stark, daß man darauf wettet, er werde unter anderen Umständen sich nicht vergangen haben und für die Zukunft nicht zu fürchten sein, so lange er des nächsten Zweckes sich bewußt blieb und seine freie Reflexion ihm vorstellen mußte, er begehe dieses und kein anderes Verbrechen. In dieser Beziehung aber darf an einen sehr fruchtbaren Blick Welcker's erinnert werden, von dem zu bedauern ist, daß er in unserer Literatur noch nicht anregender gewirkt hat. „Stets aber muß, was unendlich wichtig ist, im Rechtsgefesze, wo der Richter zwar auf die subjective Seite des Verbrechens sehen, nie aber auf die ewig unsichere Kenntniß der Individualität seine Straferkenntnisse bauen,

nie Gewissensrichter sein soll, diese Freiheit und ihre Grade aus all-
gemein erkennbaren Bedingungen der menschlichen Natur und des
Rechtes, nie aus Verhältnissen der Persönlichkeit des Verbrechens, z. B.
aus seinem Character, seiner speciellen Bildung, Erziehung 2c. beurtheilt
werden. Es muß eben deswegen diese juristische Freiheit bei allen recht-
lichen Individuen, sobald ihnen nur überhaupt actuelle, nicht bloß pro-
vokative Theilnahme am Rechtsverhältnisse zuerkannt ist, gleich groß
angenommen werden. „„Von Allen, sagt sehr richtig Aristoteles,
welche gleiches Gesetz haben, muß Gleichheit der Kräfte vorausgesetzt
werden. Wer gleichen Schutz der Rechte fodert, muß nach dem
Rechtsgesetz, wo alle Verhältnisse reciproc sind, auch gleiche Achtung
der Rechte versprechen und halten, oder man würde ihm nicht gleiche
Rechte geben.““ Manchen Latitudinarius, der die Richterwillkür gern
über das ihr beschriebene Ziel ausdehnen möchte, werden diese Worte
paradox klingen, aber wir getrauten uns aus der täglichen Praxis die
Wahrheit nachzuweisen, daß ein gewisses auf den gewöhnlichen Men-
schenschlag berechnetes Mittelmaß der richterlichen Zurechnung zu Grunde
liegt, was sich besonders in der anerkannten Verwerflichkeit mancher
Entschuldigungen zeigt, womit, obgleich sie wohl manchmal zutreffen,
nach der Natur des besonderen Verbrechens jeder sich ausreden könnte,
ohne daß man ihn zu widerlegen im Stande ist, und welche, läßt man
sie überhaupt zu, bei der geringsten Wahrscheinlichkeit gleichwohl nach
den Grundsätzen des Criminalprozesses zu Gunsten der Vertheidigung
consequent berücksichtigt werden müßten. Eben so gehören dahin alle
jene von den Criminalisten zu Umgehung des Buchstabens der Carolina
ergriffenen Milderungsgründe, um deren Verwurf sich Feuerbach so
große Verdienste erworben hat (Lehrb. S. 100, 101). Man kann den
wenigsten eine mögliche individuelle Einwirkung auf die Willensbestim-
mung, auf den Grad des Schuldbewußtseins und auf die Strafwürdig-
keit absprechen, sonst hätten sie nicht so manchen ehrlichen und intelli-
genten Vertheidiger gefunden. Aber die blinde Justiz darf sie nicht
verachten, weil sie sonst zur omnipotence der Jury, zum frommen
Meineid versucht wird. Auch im Criminalrechte gilt der Satz des Cae-
sus: ex his, quae forte uno aliquo casu accidere possunt, iura
non constituuntur. Auch in ihm sind Singularitäten ausgeschlossen,
welche sich nicht durch die Gleichartigkeit ihres Ereignisses unter eine
Regel bringen lassen, ohne die der Richter nicht zu sprechen im
Stand ist. Der Richter, welcher solche Singularitäten fixirt, greift
der Begnadigung in das Amt, auch wenn die Nachsicht ohne Nachtheil
für alle denkbaren Strafzwecke geübt werden könnte, und nur die letz-
tere darf nicht bloß die That, sondern den ganzen Menschen auffassen.
„Dasjenige, was z. B. ein aufgeregtes Temperament verbrochen, welches
selbst andererseits von der Reue verzehrt wird, kann kein Richter straf-
los lassen, wohl aber der Begnadiger. Dieser braucht sich auch dabei
nicht von äußeren Zwecken bestimmen zu lassen, z. B. der Gefährlich-
keit, hinsichtlich welcher ein solches Temperament niemals Sicherheit lei-
sten kann; denn der Staat hat Mittel, hier auf andere Weise zuvor-

zukommen. Ueberhaupt muß man das Staatswohl nicht als eignes Gut überall hervortreten lassen, denn in der That muß man die Gerechtigkeit um ihrer selbst willen üben, wie jede Tugend." Dieser Aeußerung *Roschir's* pflichten wir um so lieber bei, wenn ein solches momentanes Verbrechen wirklich durch einen vorangegangenen langjährigen sittlichen Lebenslauf aufgewogen wird, oder gar die Art des schlimmen Vorsazes, welchen die Natur des Verbrechens voraussetzt, nach dem individuellen Bewußtsein des Schuldigen zweifelhaft erscheint, was besonders bei aus sittlichen Motiven entsprungenen Verbrechen zuweilen der Fall sein wird, und die Eiferer, welche uns die Folgen der verletzten Rechtsordnung so grell vormalen, mögen sich erinnern, daß, wenn man die Gefahr für das gemeine Wesen zur Alleinherrschaft erheben wollte, man auch nicht den Grundsatz aufstellen dürfte, es sei besser zehn Schuldige laufen zu lassen, als einen Unschuldigen zu strafen.

Einer der bedenklichsten, darum aber nicht absolut zu verdammen- den Begnadigungsgründe ist der von den ausgezeichneten Verdiensten des Verbrechens hergenommene. Daß er, obgleich in thesi zu verwerfen, dennoch in hypothesi oft zu billigen ist, besonders, wenn er durch eine individuell gemilderte Schuld oder durch Rücksichten für das Staatswohl unterstützt wird, das hat er mit anderen Begnadigungsgründen gemein, welche im Contrast mit richterlichen Entscheidungsgründen, im Allgemeinen unwahr, nur im Besonderen zutreffen, weshalb sie so wenig, wie der Geschmack, das Disputiren vertragen. Verdiente Strafen können allenfalls erworbene Belohnungen vermindern aber es können Verdienste an sich kein Verbrechen in der Strafbarkeit herabsetzen, da gerade das Gefühl und Bewußtsein, ein Mann von anerkanntem Verdienste zu sein, von schändlichen Handlungen am meisten abhalten sollte. Ein geschickter Lithograph, der, nachdem er das fürstliche Cabinet mit Meisterwerken ausgeziert, sein Talent zu Fertigung falscher Tresorscheine mißbraucht, ein tüchtiger Ingenieur, der das ihm vom Staate geschenkte Vertrauen zum Verrath oder zu groben Unterschleifen benutzte, ein verdienter Lehrer, der seine Eleven zur Pedastrie mißbraucht, werden freilich von Niemand der Gnade empfohlen werden. Indessen gibt es doch Verbrechen, welche aus der durch den Stolz auf das erworbene Verdienst erwachsenen Sicherheit entspringen und gar wohl eine Ausgleichung mit demselben vertragen, wie der von *Dersted* als Beispiel angeführte Feldherr, welcher, nachdem er dem Staate die wichtigsten Dienste geleistet, etwa um die Gelegenheit nicht zu versäumen, sich neuen Ruhm zu erwerben, einer an sich wohlgemeinten, aber groben Ueberschreitung seiner Instruction sich schuldig gemacht hat. Wer würde es loben, wenn der Regent hier dem strengen Kriegesrechte seinen Lauf ließe? — Hat nicht das versammelte römische Volk den *Horatier* begnadigt, welcher im Zorn, daß seine Schwester, statt als Römerin über seinen Sieg zu frohlocken, in Verwünschungen über ihren erschlagenen Bräutigam ausbrach, seine Hände mit deren Blut bespuckt hatte? — Werden gleich Verbrechen durch vorausgegangene Verdienste nicht ausgeglichen, so können doch diese Verdienste so groß sein, daß man manche, daß man besonders

geringere Verbrechen darüber zu vergessen geneigt ist. Ueber den Herzog Malborough hörte Voltaire aus dem Munde seines politischen Antagonisten Bolingbroke, den er über den dem Verstorbenen gemachten Vorwurf schmutziger Habsucht befragte, die Aeußerung: er war ein so großer Mann, daß ich an seine Fehler gar nicht denke. So urtheilt auch das Publicum, und dieß ist ein Wink, in Fällen dieser Art, in welchen nach gefälligem Erkenntnisse eine Begnadigung im engsten Sinne nicht angemessen wäre, um die nicht wohl zu ersetzenden Leistungen eines ausgezeichneten Mannes nicht zu entbehren, dem Skandale durch Abolition zuvorzukommen, wenn das durch das Verbrechen erregte Aufsehen nicht zu groß ist.

Einen viel zu eingeschränkten Standpunct weist man dem Begnadigungsrechte an, wenn man es nach Feuerbach bloß als Nothmittel betrachtet, 1) um bei überlebten Strafgesetzen das formelle Recht mindestens in concreto mit dem materiellen Rechte auszugleichen; 2) um den rechtlichen Zustand gegen bringende Gefahren zu erhalten, gegen welche die Hilfe der ordentlichen Mittel mit Sicherheit nicht zu erlangen ist, endlich 3) um die abschreckende Autorität des Gesetzes aufrecht zu erhalten, wenn die volle Strenge des Rechtes in Grausamkeit übergehen und dadurch moralischen Abscheu gegen das Gesetz oder Gleichgiltigkeit gegen dessen Befehle hervordringen müßte. Diese Bedürfnisse, welche Bayl mehr in das Capitel des Staatsnothrechtes verweist, hätten das, was wir unter Begnadigungsrecht verstehen, nicht hervorgebracht, obgleich das Institut so umfassend ist, daß es auch dazu benutzt werden und neben seinem Hauptzwecke diesen Nebenzwecken dienen kann. Die Richtigkeit dieser Bemerkung erhellt daraus, daß es hier schon nicht mehr in seiner reinen und freiwilligen Gestalt erscheint, sondern vielmehr die Natur einer unverbrüchlichen Observanz, eines äußersten Rechtes, oder einer Pflicht annimmt. Wenn die Richter dem bestehenden Rechte gemäß nicht umhin können, gegen die Kindesmörderinnen noch die Schwertsstrafe zu erkennen, und der Regent aus der ausgesprochenen Ansicht, daß er das Gesetz den heutigen legislativen Ansichten nicht mehr gemäß und außer Verhältniß mit den gewöhnlichen Umständen des Verbrechens findet, Verwandlung in eine 20jährige Zuchthausstrafe im Gnadenwege eintreten läßt, so ist dieses ein Vorgang, der sich in allen folgenden Fällen wiederholen wird, und den sogar die Richter bei der arbiträren Strafe des Versuches in's Auge fassen werden. Denn mit der ersten notorisch aus diesem Grunde und, wie gewöhnlich, auf den Antrag der Gerichte erfolgten Begnadigung ist consequent eine Reihe von gleichen Begnadigungen schon ausgesprochen, bis die Vorbereitungen zu einem neuen Strafgesetzbuche soweit gediehen sind, sie durch das Gesetz entbehrlich zu machen, und es wäre consequenter, sie durch ein interimistisches Gesetz zu ersetzen. (Mittermaier zu Feuerbach S. 68. Anm. 1.) Wird ein Versprechen der Straflosigkeit für das Mitglied einer Verschwörung, einer Räuber- oder Falschmünzerbande 2c., wenn es seine Mitschuldigen angibt, entweder gesetzlich ausgesprochen, oder öffentlich bekannt gemacht, so ist im eintretenden

den Falle ein Recht auf Begnadigung, eine Pflicht, sie zu ertheilen, nicht mehr zu verkennen. Eine solche Politik, gegen deren Würdigkeit so Vieles eingewendet wird, gehört hierher, weil das Gesetz, um das Recht nicht mit sich selbst in Widerspruch zu bringen, zu dem Medium der Hochgewalt seine Zuflucht nehmen muß, welche allein Verbrechen verzeihen kann; denn darüber ist man stets einig gewesen, daß eine vom Richter zugesicherte Strafflosigkeit unwirksam und nur für das abgelegte Geständniß verdächtigend sei. Das dritte von Feuerbach angeführte Beispiel endlich, wenn eine ganze Stadt oder Provinz sich des Hochverrathes oder Auftrahes schuldig gemacht hat, gehört zu den Ausnahmefällen, wo die Gerechtigkeit selbst eine Suspension der gewöhnlichen Rechtsordnung fodert, weil man in dem großen Haufen die Schuldigen von den Unschuldigen nicht mehr unterscheiden kann, und die Justiz selbst aus der Bahn schweift, wenn sie, ohne Aussicht, der Anstifter, Räthetsführer und Anführer sich zu verschern, wie das Schicksal blind in die Menge tappt, und nicht das Muster des französischen Pairshofes befolgt: *de dégager d'une complicité apparente, pour la rendre a son innocence réelle, cette foule inconsiderée, que des doctrines erronées, l'habitude de fronder, la position malaisée, la fréquence des revolutions jettent avoüglement sur les pas de tous ceux, qui flattent ses prejugsés, son inquiétude ou ses cupidités.* Dieser zwar nicht schuldlosen, aber blind geführten Masse gegenüber tritt an die Stelle des Strafrechtes das Kriegsrecht und, wo dieses sich erschöpft hat, da ist der durch dasselbe schon suspendirten Criminaljustiz gewissermaßen präjudicirt, welche, außer Stande, die unvermeidlichen Ungleichheiten des Krieges wieder gut zu machen, in Folge desselben kaum in einer würdigen Gestalt aufzutreten vermag, wenn sie sich nicht streng auf die Urheber des allgemeinen Unglücks beschränkt. Für die Uebrigen bleibt nichts übrig, als Amnestie, welche, sei sie nun als Preis der Rückkehr zur Pflicht angeboten, oder durch die Großmuth des Siegers als Bedingung einer ruhigen Ergebung dictirt, gewiß eben so sehr der Gewalt der Umstände, der Klugheit und der Gerechtigkeit, als der Menschlichkeit und Güte angehört, obwohl es die Würde des Staatsoberhauptes fodert, sie unter der freiwilligen Form einer Begnadigung zu ertheilen, welche, wenn man auch mit lauter ausgemachten Schuldigen zu thun hätte, gewiß an ihrem Orte wäre, und deren dankbare Anerkennung und gesegnete Wirkung darum so sehr von der Wahl des geschickten Zeitpunctes abhängt. Es klingt ironisch, wenn man diese Maßregel aus einem durch die Gerechtigkeit zwar gebotenen, aber in der Ausübung sich erschöpfenden Terrorismus des Gesetzes erklärt, der bei schwachem Fleische am Geiste willig bliebe, und sie dennoch mit dem Namen einer Begnadigung beehrt, den sie nur darum verdient, daß auch hier eine mit der Gerechtigkeit vollkommen versöhnliche Güte und Großmuth noch im stolzen Gefühle einer unfehlbaren gesetzlichen Uebermacht im schönsten Glanze sich zu zeigen im Stande ist. *A potiori fit denominatio und dieses potius* wird hier durch politische Decenz bestimmt.

Noch zufälliger und bedenklicher ist endlich der Gebrauch des Begnadigungsrechtes, um Mißgriffe der Gerichte zu verbessern, obgleich dem Regenten nach dem Rechte der Oberaufsicht die Befugniß nicht abzuspochen ist, nicht nur von den Acten und Entscheidungsgründen Einsicht zu nehmen, was er ja schon thun muß, um überhaupt die nur ihm gebührende Gnade üben zu können, sondern auch nach dem ihm am wenigsten abzuspachenden Rechte der Denkfreiheit seine freie Meinung darüber zu äußern. Unser gemeines Recht erlaubt sogar durch das Verbot, daß der Richter sein eignes Straferkenntniß nicht abändern darf, bei erlangter besserer Ueberzeugung nur diesen Ausweg. (L. 45. §. 1. D. de re iudicata. L. 9. §. 11. de poenis. L. 1. C. sententiam resc. non posse.) — In unseren Tagen hat die Font'sche Sache diesen Fall in Rheinpreußen zur Sprache gebracht, und noch häufiger ist es in Bayern geschehen, daß das Justizministerium die Gnadeninstanz benützt hat, Endurtheile, wodurch Jemand strafbar erkannt worden ist, von Rechtswegen für gänzlich unbegründet zu erklären. Indessen sollten bloße Rechtsgründe immer nur als adminiculirend und nicht in der Form einer Cassatoria ausgesprochen werden, welche die zu ehrende Stellung der einmal zur Selbstständigkeit berufenen Gerichte verlegt, so gern diese auf die Gabe der Unfehlbarkeit verzichten werden. Gegen diesen Dünkel wird sie zwar schon die Unterordnung der Instanzen und der Wechsel der in ihrer eignen Mitte debattirten vielen juristischen Streitfragen bewahren. Aber eine andere Frage ist, ob es ihnen gleichgiltig sein kann, dem Begnadigten gegenüber auf eine Art theilhaftig zu werden, welche an den *iudicem, qui litem suam fecerit*, erinnert. In dem Ausdrucke der Mißbilligung vermag der Regent nur seine subjective Ueberzeugung der der Gerichte entgegenzusetzen, und die Wirkung eines solchen Rescriptes wird, wenn er sie objectiv ausspricht, da es stets von den Gerichten abhängt, wie weit sie dasselbe für die Zukunft berücksichtigen wollen, so sehr von der Auctorität seiner Rathgeber abhängen, daß dadurch das eigne Ansehen des Begnadigenden, als eine Einmischung in Sachen, über die er nicht gehörig berichtet war, und zu denen er sich nicht herabwürdigen soll, nur zu leicht einer demselben nachtheiligen öffentlichen Kritik bloßgestellt wird, wie es namentlich in Bayern in Beziehung auf einen wegen falschen Zeugnisses Bestraften geschehen ist, ein Fall, der um so anstößiger war, da der Verurtheilte sich bei dem Erkenntniße beruhigt, am Pranger gestanden, und erst aus der Strafanstalt an die Gnade recurriert hatte. Die Cassatoria ist ja doch nur eine bloße Redensart, weil dazu die Befugniß fehlt, und es hat nach dem von uns oben entwickelten richtigen Verhältnisse der Gnade zum Richteramte denselben Effect, wenn gesagt wird: *Se. königliche Majestät haben sich um so mehr bewogen gefunden, hier Gnade für Recht ergehen zu lassen, da sie sich nicht zu überzeugen vermochten, daß der Angeschuldigte aus den vom Gerichtshofe angeführten Gründen der That als überführt anzunehmen, oder ihm das im Erkenntniß bezeichnete Verbrechen zu imputiren sei u.*

Die jetzt allgemeine Verneinung der Frage, ob der Verurtheilte auf die Begnadigung verzichten, ob er insbesondere den Vollzug der gegen ihn rechtskräftig erkannten, ihm geringer dünkenden Strafe an die Stelle der dafür im Gnadenwege substituirtten verlangen dürfe, ergibt sich aus unseren Principien von selbst. Man vergl. darüber Mittermaier zu Feuerbach §. 63. 2. Anmerk. Dersted, Grundregeln, S. 464. Trummer, zur Philosophie des Rechtes S. 195. Heffter, Lehrb. S. 205. Rosshirt, Entwicklung S. 423. In dem bayer'schen Codex criminalis von 1751 Th. 2. Cap. 11. §. 3. heißt es noch, aus dem falschen Gesichtspuncte, daß der Verbrecher ein Recht habe, die Strafe zu verlangen: „Wie aber Niemand gegen seinen Willen eine Gnade aufgebracht wird, so steht es in des Uebelthäters freiem Willen, ob er solche annehmen, oder der Justiz ihren Lauf lassen will, ausgenommen die Leib- und Lebensstrafen, weil über sein Leib und Leben Niemand uneingeschränktes Eigenthum hat.“ Eben so die objectiv beschränkte Wirkung der Begnadigung, daß sie den wohlverordneten, schon gegenwärtigen Privatreechten eines Dritten, namentlich des Damnicaten auf Schadenersatz und Privatgenugthuung, nichts vergibt, daß sie daher auch der als Vermögenstheil zu betrachtenden Klage auf eine Privatstrafe, welche freilich in unserem heutigen Rechtssysteme im Vergleich mit dem ursprünglichen römischen Rechte sich auf wenige Fälle reducirt hat, weder entgegengestellt werden kann, noch eine erkannte Privatstrafe im Gnadenwege aufzuheben ist. Sie beschränkt sich auf die öffentliche Anklage oder den durch das Verfahren von Amtswegen an ihre Stelle getretenen inquisitorischen Prozeß, und die von diesem abhängigen Folgen. Selbst die Abolition und die vollständigste Begnadigung hebt daher weder die vindication des gestohlenen Gutes, noch die *condictio furtiva* auf. Wo das Wehrgeld noch gilt, wird dieses dem nächsten Agnaten durch sie nicht benommen. Eben so wenig die affirmatorische Injurienklage, oder die auf Abbitte, Widerruf. und Ehrenerklärung, wenn sie wegen einer Schmähschrift ertheilt sein sollte. Der unschuldige Ehegatte behält im Falle erweislichen Ehebruchs das Recht der Ehescheidung, auf Privation der dos, seine Kinder das auf den Verlust der *portio statutaria* gegründete und sind, wenn die ehebrecherische Wittwe auf Erbtheilung provocirt, nicht gehindert, die rechtmäßige Geburt des erzeugten *partus* anzufechten, auch zu diesem Zweck befugt, die Edition der Untersuchungsacten zu verlangen, und bei unzulänglichem Beweise den Eid zu deferiren. Der Schuldner behält gegen den Wucherer den Anspruch auf den vierten Theil des *Capitales*, auch wenn diesem die Confiscation erlassen wird, und eben so sollte bei gesetzlich verwirkten Geldstrafen dem Denuncianten der ihm zugesicherte Rügantheil verbleiben. Die durch Begnadigung getilgte Schuld hört nicht auf, eine gerechte Ursache der Enterbung oder Erblosigkeit zu sein. Dem Fiscus verbleiben seine Ansprüche gegen den ungetreuen Verwahrer, so weit nicht der Regent diese zu schenken befugt ist und diese Schenkung ausdrücklich beigefügt hat, was sich hinsichtlich der Pflegebefohlenen jeder Art dem begnadigten Tutor oder Curator gegen-

über noch weniger bezweifeln läßt. *Leyser Sp. 626. M. 7, 8, 9. Rudolph Engau Diss. de abolitione §. 24.*

Innerhalb seiner eigenthümlichen Sphäre ist dagegen die Ausübung des Begnadigungsrechtes desto freier, und ihre Wirkungen hängen lediglich von der Absicht des Begnadigenden und von der Auslegung des Gnadenrescriptes ab. Die Begnadigung kann eine vollständige und eine unvollständige sein, je nachdem sie die öffentliche Anklage des Verbrechens, den Untersuchungsprozeß oder das auf den Grund desselben gefällte Erkenntniß völlig, oder nur einzelne Folgen desselben aufhebt, wiewohl sie, da die Bestimmungen des römischen Rechtes aus der Kaiserzeit auf unsere heutigen Verfassungen nicht mehr anwendbar sind, da, wo sie nach den bestehenden Vorschriften einer besonderen Anrufung bedarf, nach dem begonnenen Strafvollzuge nicht mehr vollständig wirken kann, wie wir eben bereits angemerkt haben. Am vollständigsten und wohlthätigsten äußert sie sich durch die Abolition, denn es liegt schon in ihrem oben gegebenen Begriffe, daß sie nicht nur mit der Strafe, sondern auch mit den Ungemächlichkeiten und Kränkungen einer gerichtlichen Untersuchung oder doch der Demüthigung einer gerichtlichen Aburtheilung verschont, als Verbot der Einleitung oder Fortsetzung des peinlichen Verfahrens. Es ist nicht zu verkennen, daß ihr Mißbrauch das Ansehen der Gesetze am meisten schwächen würde, und daß ihr Gebrauch in einem wohlgeordneten Staate nur selten eintreten darf. Aber sie ganz verwerfen vermag nur eine Philosophie, welche die Darstellung einer strengeren Rechtsordnung zum obersten und einzigen Staatszweck erhebt, und daher der Gnade nur als nothdürftigstes Flickwerk dieser Rechtsordnung ihren Platz antweist. Wie sehr eine solche Philosophie an dem *summum ius, summa iniuria* scheitert, ergibt sich schon daraus, daß man sie in der berührten excentrischen Form, in welcher die Abolition als zum Vortheil einer ganzen Masse von Verbrechern angeboten oder ertheilt, die eigne Species der Amnestie oder eines Generalpardons bildet, weder je hat entbehren können, noch je zu mißbilligen vermochte, sowie wir auch schon darauf aufmerksam gemacht haben, daß sie da, wo ausgezeichnete Verdienste des Schuldigen Verzeihung empfehlen, weniger mißlingt, als eine Begnadigung im engeren Sinne. Auch hier soll das Ansehen der Justiz nicht leiden, sondern vielmehr durch den Beistand der Gnade gehoben werden, indem man sie nur da von ihrem Amte entbindet, wo nach ihren sie fesselnden Formen und Bedingungen für sie keine Ehre einzulegen ist. Mit einer solchen ausnahmsweisen Hemmung derselben wird man sich gern ausöhnen, wenn man bedenkt, daß einem gerichtlichen Verfahren sich nicht nur der Schuldige, sondern auch der bloß Verdächtige unterwerfen muß, daß folglich die Gnade ihre Wirksamkeit in den freilich seltenen Fällen ganz verlieren würde, wo man aus bloß individuellen, von keinem Richter zu beachtenden Gründen, welche bei einer bekannteren Persönlichkeit ja auf einem sicheren und doch nicht allgemein mittheilbaren Blicke, oder auf einer zufälligen eignen Wahrnehmung des Vorfalles beruhen können, im Voraus von der Unschuld

überzeugt ist, und also gerade die Untersuchung der einzige und unter den besondern Umständen irreparable Schaden ist, welcher im Privatinteresse des zu Begnadigten zu einer Schonung auffodert, wie wenn dadurch eine auf den Verdächtigen gefallene, nicht mehr zu wiederholende Wahl vereitelt würde, oder wenn gerade im öffentlichen Interesse der Criminalprozeß dadurch bedenklich wird, daß aus den vorliegenden Conjunctionen sich das Prognostikon stellen läßt, daß der Verdächtige, sei er auch schuldig, doch nie wird überwiesen werden können, und daher die Staatsklugheit empfiehlt, ihn lieber unangefochten zu lassen, als ihn nachher um Verzeihung bitten zu müssen. Ein solches öffentliches Interesse liegt besonders in der eigenen Betheiligung der Regierung, in welcher diese sich bei politischen Verbrechen nicht nur angesehenen und einflussreichen Angeschuldigten, sondern Jedem im Volke gegenüber scheinbar befindet, und welcher die in eigener Sache allezeit einen vortheilhaften Eindruck machende Gnade bei unvollkommenen Beweisen des Thatbestandes um so mehr empfiehlt, weil das größere Publikum kaum durch einen glücklichen Erfolg mit der Strenge auszuföhnen ist, wohingegen vergebliche Untersuchungen auf reine Antipathien stoßen, und, wie unausführbare oder ihres Schlages nicht gewisse Drohungen, nur Erbitterung und Geringschätzung bewirken. Das öffentliche Interesse kann aber auch in dem bloß sittlichen Skandale liegen, welches mit dem zu erwartenden Resultate in einem zu auffallenden Mißverhältnisse steht, besonders bei zu spät in Frage kommenden Verbrechen, wo der Zeitverlauf sowohl die Anschuldigungs- als Vertheidigungsbeweise unsicher gemacht hat, und vielleicht ein nachheriger untadelhafter, jedenfalls für die Besserung des Verdächtigen zeugender Lebenswandel, diesen zu einer Stellung in der bürgerlichen Gesellschaft erhoben hat, welche ohne empfindliche Nachtheile nicht zwecklos compromittirt werden darf.

Es sind daher doch nur Mißverständnisse, welchen wir den in mehreren Verfassungsurkunden übergegangenen gänzlichen Verruf des Abolitionrechtes verdanken, welcher in Fällen, wo dasselbe unerläßlich wird, nur durch Inconsequenzen oder durch lästige Umwege verbessert werden kann. Da übrigens in der Ausübung desselben große Behutsamkeit nöthig ist, so haben diejenigen Verfassungen die richtige Mitte getroffen, welche, wie die württembergische, dabei den Regenten an den Antrag des dafür verantwortlichen Departementschefs binden. Die bloß terminologischen Eintheilungen in *abolitio generalis ratione personarum*, s. *publica* — *specialis ratione personarum*, s. *privata*, dieselbe Eintheilung *ratione objecti*, welche man in jedem Compendium findet, sind von geringem, bloß geschichtlichem Werthe und tragen zur Aufklärung der Sache nichts bei. Nur das verdient noch erwähnt zu werden, daß die der ersten Eintheilung gemäß mit der *abolitio generalis* zusammenfallende Amnestie in ihrem ursprünglichen Sinne, als *lex oblivionis* (Cornel. Nepos. Thrasyb. c. III.) *decretum oblivionis* (Vellej. Paterculus. 20.), *plebiscitum, ne qua praeteritarum rerum mentio fiat* (Valerius Max. 4. 1.) wohl eine noch weiter ge-

hende Kraft und Bedeutung hat, als eine von der höchsten Gewalt ertheilte Abolition, und, sowie sie auch unter gleichen Parteien nach Friedensschlüssen vorkommt, den Bürgerkrieg durch eine solche gänzliche Vergeffenheit wechselseitiger Beleidigungen beendigen soll, daß sie auch zu Privatansprüchen nicht hervorgefucht werden dürfen.

Der Einfluß der Begnadigung auf die Ehrenrechte hängt von der durch den Conflict heterogener Rechtsquellen und Gewohnheitsrechte fast unauslöblich verwickelten Vorfrage ab, welche Theorie über den Verlust oder die Schmälerung der bürgerlichen Ehre wir noch als practisch gelten lassen dürfen, auf die wir hier uns nicht tiefer einlassen können. So weit bei uns Infamie durch gerichtliche Verurtheilung entsteht, liegt sie entweder in der ausgesprochenen entehrenden Strafe oder in der Art des bezeichneten, für entehrend geltenden Verbrechens und setzt in beiden Beziehungen ein rechtskräftiges Erkenntniß voraus. Darüber war man stets einig, daß die Abolition diese Entstehungsart hindert, auch wenn sie mit keinem ausdrücklichen Ehrenvorbehalte verbunden ist. Engau l. c. §. 20. Dieselbe Wirkung muß man consequent auch einer vollständigen Begnadigung im engeren Sinne beilegen. Da, wo nur die entehrende Strafart infamirt, genügt die Aufhebung oder Verwandlung dieser. Entspringt sie aber aus der Art des bezeichneten Verbrechens, weil dieses schon bei den Römern unter einer durch das neuere Recht nicht modificirten *lex iudicii publici* stand, oder weil schon die Verurtheilung zu einer Privatstrafe oder das Unterliegen gegen einen daraus erhobenen Civilanspruch infamirte, so genügt selbst der vollständige Nachlaß der Strafe nicht, so lange das Erkenntniß in dieser Beziehung stehen bleibt (*L. 3. C. de generali abolitione. L. 2. 7. C. de sententiam passis et restitutis*), sondern es muß daneben aus dem Gnadenrescripte erhellen, daß durch die Begnadigung auch diese Bezeichnung hat getilgt werden sollen, sei es nun, daß der Regent aus Rechtsgründen an der Ueberweisung, oder an der Richtigkeit der Subsumtion des besonderen Falles zweifelte, oder aber dem Verurtheilten nach dem Standpuncte seines individuellen Bewußtseins die zu diesem Verbrechen erforderliche charakteristische schlimme Absicht gar nicht zutraute. Ist eine von diesen Voraussetzungen gewiß, so bedarf es eines besonders ausgedrückten Ehrenvorbehaltes so wenig, als bei der Abolition, dessen Beifügung übrigens auf eine derselben am sichersten zurückschließt. Die Folge davon ist, daß er von öffentlichen Aemtern, Jünften u. wegen des Geschehenen nicht ausgeschlossen werden kann, und daß Jeder, der ihm das Verbrechen in Absicht einer Unwürdigkeitserklärung oder Beschimpfung, welche ihn nicht für das, was er schon ist, will gelten lassen, vorrückt, sich einer Injurientlage aussetzt. Indessen bleibt diese Tilgung eine bloße Rechtsfiction, welche dem von der freien Ueberzeugung abhängigen Privatvertrauen, nach dem sich Jeder in der eigenen Rechtssphäre und Rechtsvertheidigung richten darf, keinen Zwang auflegt, und sowie derjenige, der sich seines Rechtes bedient, überhaupt keine Injurie begeht, so vermag auch weder die Abolition, noch die vollständige Begnadigung jede dem Verurtheilten empfindliche Erwähnung des

von ihm begangenen Verbrechen zu verhüten. Dieses gilt nicht nur vom Credit, den man ihm bei seinen Bewerbungen schenkt, sondern es dürfte auch Laysen nicht Unrecht haben, wenn er sagt: *nec peccare puto, si quis testi contra se inducto, pro fide eius infringenda crimen, cuius abolitionem magno pretio obtinuerat, objiciat*, sofern er ihn nämlich nicht als unfähig, ein gerichtliches Zeugniß abzulegen, förmlich recusirt, sondern damit sein geschwächtes Privatvertrauen ausdrückt und dem arbitrio iudicis, das den Werth und die Glaubwürdigkeit der Zeugen abwägen soll, das entscheidende Urtheil überläßt. Nimmt man daher an, daß schon das Unterliegen im Civilprozeße, wie es nach reinem, aber für die heutige Anwendbarkeit stark zu bezweifelndem römischen Rechte unter anderen in dem iudicio tutelae, pro socio, mandati et depositi der Fall ist, infamiren könne, so würde die vollständigste Begnadigung nicht dagegen völlig zu sichern im Stande sein, und das Gleiche gilt von der infamia immediata, welche schon an das bloße Factum geknüpft ist. In diesen Fällen würde nur durch eine eben deshalb mehr umfassende Restitution ex capite gratiae geholfen werden können, welche, schon durch die L. 1. §. 10. D. de postulando dem Prätor versagt, zwar ebenfalls von keiner Richterbehörde ausgehen, aber eben so wenig mit der durch die bestehenden Gesetze und durch die Unabhängigkeit der Justiz fixirten Rechtsordnung in einen directen Widerspruch gerathen darf. Ob sie in unseren heutigen Staaten dem Regenten mit der Rückwirkung und Unbeschränktheit zugestanden werden kann, wie sie von den römischen Kaisern nach der L. 1. §. 8. 9. cit. und der L. 1. C. de sententiam passis geübt wurde, hängt zwar von den verschiedenen Verfassungen ab, darf aber mit Nothwendigkeit (Entwickelung, S. 426) billig bestritten werden, so daß sie consequent nur als Beendigung einer gesetzlich entstandenen Infamie aufgefaßt werden darf, welche sich nur aus bestimmten, in dem nachherigen Lebenswandel liegenden Ursachen rechtfertigen läßt und keine vor der Begnadigung daraus erworbenen Rechte beeinträchtigt, wovon das Recht, die Einsetzung einer persona turpis anzufechten, als Beispiel dient.

Ueberhaupt ist es eine unmittelbare Folge der hier entwickelten Darstellung, daß weder das Abolutions- und Begnadigungsrecht, noch die davon scharf zu sondernde restitutio famae von den richterlichen Behörden bewilligt werden kann und soll, damit weder eine Vermischung in der Ausübung der Staatsgewalten, noch die Indecenz des Widerspruches bei derselben Behörde, und die Annahme eines doppelten, eines juristischen und nicht juristischen Gewissens vorkomme. Der Punct aber, wem das Begnadigungsrecht nach allen seinen Theilen und Richtungen zustehet, muß staatsrechtlich geordnet werden und gehört daher nicht zunächst in die Disciplin, der unser Artikel gewidmet ist. Wie sehr man sich übrigens hüten muß, ohne festen Grund und Boden ein Princip hinzuerwerfen, beweist Kleinschrod (Wb. II. §. 108), welcher das Begnadigungsrecht als einen Ausfluß der gesetzgebenden Gewalt im Staate darstellt, verleitet durch die so behutsam zu übertragende constitutio personalis im Gegensatz der generalis. Nach solchen

Ideen hätten in denjenigen Staaten, wo die gesetzgebende Gewalt im Staate nur mit Zustimmung seiner Stände ausgeübt werden kann, sofern nicht eine ausdrückliche Reservation zu Gunsten des Fürsten stattgefunden, auch die Stände bei der Begnadigung mitzusprechen, was man ihnen, da der Begriff der Fürstengewalt kein willkürlicher und gemachter ist, höchstens im Petitionswege und schicklicher Weise nur bei jenen Bastardarten seiner Ausübung zugestehen darf, welche, wie eine vom Staatswohl gebotene Amnestie, die Rehrseite einer nothwendigen allgemeinen und unpersönlichen Maßregel darbieten. Dagegen gehört es zu Montesquieu's tiefen Blicken, daß diese heilsame Sonderung der verschiedenen Gewalten weder in der Despotie, wo der Souverän Alles in Allem ist, noch in einer Republik mit unsichtbarem Souverän bequem durchzuführen, und daher der schon dadurch vorzüglich empfohlenen limitirten Monarchie, welche zu ihren Bestand und Wesen abhängige Zwischenmächte und Verschwörung der Cabinetsjustiz fodert, am meisten eigenthümlich sei. „Der Fürst, der selbst richten würde, sagt er, würde die schönste Perle aus seiner Krone verlieren, nämlich die, begnadigen zu können; es wäre unsinnig, anzunehmen, daß er seine Urtheilssprüche ertheilte und wieder vernichtete; er kann doch nicht im Widerspruche mit sich selbst erscheinen. — Die Gnade ist die charakteristische Eigenschaft des Monarchen. In der Republik, wo man die Tugend zur Grundkraft hat, ist sie weniger nothwendig. In despotischen Staaten, wo die Furcht herrscht, ist sie weniger gebräuchlich. — Die Begnadigungen sind eine sehr starke Triebfeder der gemäßigten Regierungsformen. Wenn diese Macht zu verzeihen, welche der Fürst hat, mit Weisheit angewendet wird, so kann sie außerordentliche Wirkungen hervorbringen. Die Grundkraft der despotischen Regierung, welche nicht verzeiht, und welcher man nie verzeiht, beraubt sie dieser Vorzüge. — Aber, möchte man einwenden, wann soll man strafen, wann vergeben? Dieß ist eine Sache, welche sich besser fühlen läßt, als darüber allgemeine Vorschriften gegeben werden können. Wenn mit der Gnade Seufzern verbunden sind, dann sind diese sehr sichtlich. Man unterscheidet auch die Gnade leicht von jener Schwäche, welche den Fürsten zur Verachtung und sogar zur Ohnmacht hinführt. Der Kaiser Mauritius faßte den Entschluß, das Blut seiner Unterthanen nie zu vergießen; Anastasius bestrafte die Verbrecher gar nicht; Isaac Angelus schwur, daß, so lange er regiere, er Niemand würde hinrichten lassen; die griechischen Kaiser hatten vergessen, daß sie das Schwert nicht umsonst führten.“ — Eben weil das Glück im Begnadigen von einem selten tragenden und das tempo einhaltenden Schnellblicke abhängt, kann es nicht nur ohne erhebliche Gefahr centralisirt und nur Einem vertraut werden, sondern es muß es auch. Ihr Gegenstück sind die Kriegsoperationen, die man auch sehr ungeschickt einer Rathsverammlung anvertrauen würde, da ihr Erfolg so sehr von der Wahrnehmung der Gelegenheit und von der Macht, die sich anbietende Gelegenheit augenblicklich zu benutzen, abhängt.

Die politischen Bedürfnisse, welche neben und über der Justiz

eine verhältnißlich waltende Gnade nothwendig machen, lassen sich indessen auch in Republiken nicht unbezeugt, und man findet sie, um nur Weniges anzuführen, in unseren Reichsstädten, wie in den nordamerikanischen Freistaaten, wenn gleich vielleicht in minder consequenter, oder minder glücklicher Ausbildung, so gut als in Königreichen. Es ist auch eine unrichtige Behauptung von Bach, daß in der Zeit der Republik zu Rom nicht begnadigt worden sei, doppelt unrichtig durch den Beisatz, weil die Römer der stoischen Philosophie zugethan gewesen. Denn daß die stoische Philosophie hier nicht im Wege stand, beweist am besten ihr Anhänger Seneca de clementia, besonders L. II. c. 7., wo er ganz in unserem, die Güte mit der Gerechtigkeit vereinigenden Sinne die *venia* von der *clementia* unterscheidet und am Ende sagt: *clementia liberum arbitrium habet, nec sub formula, sed ex aequo et bono iudicat et absolvens illi licet, et quanti vult, taxare litem.* Es war nicht nur nicht unerhört, daß durch Volksschlüsse Verurtheilte aus dem Exil zurückgerufen und restituirt wurden (was freilich eben so gut als Verbesserung eines anerkannten Unrechtes, folglich als *Cassatoria* erklärt werden konnte, aber in Folge des Glückswechsels in den Bürgerkriegen oft schaarenweise und oft von den Machthabern des Reiches ohne Volksschluß geschehen ist), sondern die Volksgemeinde, der die Capitatverbrechen zugewiesen waren, richtete notorisch nicht blos aus juristischen, sondern auch aus Gnadengründen, wie man mit mehr als einem Beispiele aus dem einzigen Livius belegen könnte, und wie schon aus jeder Anweisung zur gerichtlichen Veredelsamkeit zu ersehen. Was war es anders als eine Abolition im heutigen Sinne, wenn *Scipio Africanus* von zwei Tribunen des *Peculats* und des Einverständnisses mit dem *Antiochus* angeklagt, sich begnügte, daran zu erinnern, daß heute der Jahrestag sei, an dem er den *Hannibal* geschlagen, und den Triumph erlebte, daß das Volk die Anklage vergaß, um seinen trefflichen Verfechter in die Tempel zu begleiten und den Göttern für seinen Sieg zu danken? — *Oportebit igitur eum, qui sibi ut ignoscatur, postulabit, commemorare, si qua sua poterit beneficia, et si poterit, ostendere ea maiora esse, quam haec, quae deliquerit, ut plus ab eo boni, quam mali profectum esse videatur: deinde maiorum suorum beneficia, si quae exstabunt, proferre. Deinde ostendere, non odio, neque crudelitate fecisse, quae fecerit, sed aut stultitia, aut impulsu alicuius, aut honesta aliqua, aut probabili causa: postea polliceri et confirmare, se et hoc peccato doctum, et beneficio eorum, qui sibi ignoverint, confirmatum, omni tempore a tali ratione abfuturum: dein spem ostendere, aliquo se in loco magno iis, qui sibi concesserint, usui futurum.* Cicero de inventione. l. II. c. 35. Wie in Despotien übte also das versammelte Volk als Richter und Souverän zugleich Recht und Gnade in einem Acte aus, so daß wohl Mancher dem strengen Befehle entging, aber auch Ueborellungen im Verdammen des Angeklagten schwer wieder gut zu machen waren, wobei das mindestens eine reinpersönliche Erhöhung der

Etrafe verhütende Grundgesetz der Zwölftafeln: *privilegia ne irroganto*, eine heilsame Grenze setzte. Erst die durch die *quaestiones perpetuae* organisirte größere Selbstständigkeit der Criminalgerichte und die Abschaffung der *provocatio ad populum* hätten eine organische Scheidung herbeiführen können, wenn sie nicht mit dem Untergang der republikanischen Verfassung zusammengetroffen wären. Doch läßt die obgedachte C. 1. D. de postulando vermuthen, daß wenigstens die Restitutionen in die Ehrenrechte schon jetzt und nicht erst in der späteren Periode, zum Theil vom Senate ausgingen, wo er den Kaisern als williges Instrument diente, was bei seiner sonstigen Macht, selbst Volksgesetze zu suspendiren und davon zu entbinden, nicht auffallen kann. Nach August trat die entgegengesetzte Vermischung ein, daß der princeps die Begnadigung mit der obersten Richter- und gesetzgebenden Gewalt consolidirte, und daher die Gnadensachen leicht nur als Ausflüsse seiner Machtvollkommenheit betrachtet werden konnten. Doch gewann die Criminaljustiz dadurch eine formelle Regelfestigkeit, daß nunmehr die ordentlichen Gerichte rein an juristische Gründe gebunden waren, daß eine vom Kaiser aus nicht juristischen, sondern individuellen Gründen, wie sie durch die *privilegia ne irroganto* in den Volksgesetzen ausgeschlossen werden sollten, beispiellos erhöhte Strafe selten vorkam, und nach der L. 20. C. de poenis vor dem dreißigsten Tage nicht vollzogen werden durfte, daß die bei ihnen ausgewirkten persönlichen Begünstigungen, so ferne sie gegen das öffentliche Recht und das gemeine Wohl verstoßen, von den Behörden als erschlichen betrachtet und unbefolgt gelassen werden sollen, mit Ausnahme derjenigen, welche dem Impetranten nützen, ohne Jemand zu schaden, oder die Verzeihung eines Verbrechens gewähren. L. 3 und 7. C. de precibus imper. offerendis. L. 6. C. si contra ius, vel utilitatem publicam. Kein Wunder, daß wir bei den Schriftstellern jener Zeit eine richtige und genaue Scheidung von Recht und Gnade, und zwar als der den Monarchen auszeichnenden Eigenschaft, finden. *Alia est conditio magistratum, quorum sententiae corruptae esse videntur, si sint legibus mitiores, alia dominorum principum potestas, quos decet acrimoniam severi iuris inflectere.* Symmachus L. X. ep. 70.

Uebrigens sind die Worte *aggratiatio*, *aggratiandi ius* neugebildet und kommen bei keinem classischen Schriftsteller vor. Zwar sind die Ausdrücke *gratiam criminis facere* oder *dare*, wie *venia* gut lateinisch, aber als technisch für den Erlaß der Schuld oder Strafe wird doch besonders das Wort *indulgere*, *indulgentia* gebraucht. Die *abolitio* hatte dagegen eine andere, als die heutige Bedeutung, und bezog sich bekanntlich mehr auf den Vortheil des Anklägers, diesen von der Fortsetzung der Anklage, ohne Gefährde, wegen Tergiversation oder Calumnien zu entbinden, daher sie auch einen Anderen nicht hinderte, eine neue Anklage zu erheben. Doch mußte der Angeschuldigte, wenn er bereits empfindliche Nachtheile erlitten, dazu consentiren. Man vergleiche besonders Puettmann *adversar. iuris universi*.

L. 1. nr. XV. p. 231. seqq. Diese wenigen historischen Notizen werden genügen, die von uns mit Rücksicht auf die Autoritäten ausgezeichneter Rechtsgelehrten und Philosophen entwickelten Dogmen zu bestärken, zu erläutern und zugleich dem Practiker einen Wink zu geben, wie vorsichtig man aus Stellen unseres *corpus iuris* in Beziehung auf den heutigen Gebrauch argumentiren muß.

Zum Schlusse noch die Bemerkung, daß bei rein arbiträren Strafen die Begnadigung am meisten entbehrlich wird, da es hier dem Richter erlaubt ist, auch auf bloß moralische Milderungsgründe in der Strafemessung Rücksicht zu nehmen. Daher die Richtung unserer modernen Strafgesetzgebungen, den Richter an ein Maximum oder Minimum zu binden, welche übrigens bei manchen Arten von Verbrechen nur schwer, oder nur mit den Zweck der Rechtsgewißheit und Gleichförmigkeit doch vereitelnden, zu weiten Maschen durchführbar ist. Doch bleibt auch hier die Grenze, daß der Richter von solchen subjectiven Gründen, welche, wie eine Geschmacksache nie objectiv und zu einer allgemeinen Anerkennung gebracht werden können, abstrahiren soll, und der Begnadigte kann daher immer noch finden, daß dem Verurtheilten sogar durch die Bezeichnung des Verbrechens schon zu viel geschehen ist.

Begräbniß¹⁾. Die Form des Begräbnisses bei den Römern war in den ältesten Zeiten die Bestattung der Leiche zur Erde^{1a)}. Erst als die Herrschaft der Römer sich auszubreiten anfang, und man hörte, daß die in den auswärtigen Kriegen Gefallenen nach ihrer Bestattung wieder ausgegraben würden, suchte man dem Uebel dadurch zu steuern, daß man die Todten verbrannte. In den 12 Tafeln sind beide Arten der Bestattung neben einander genannt²⁾. In vielen Familien ward indes die Beerdigung der Todten noch beibehalten, z. B. von den Corneliern, unter denen Sulla der Erste war, welcher nach seinem Tode verbrannt worden ist³⁾. In den Zeiten der späteren Kaiser, wo das Christenthum immer mehr und mehr überhand nahm, kam das Verbrennen der Todten allmählig ab, und von den Zeiten Theodos des Jüngeren, unter welchem Macrobius lebte, bezeugt derselbe, daß das Verbrennen ganz abgekommen sei⁴⁾, und in den späteren Gesetzen römischer Kaiser bis auf die Justinianischen Novellen herab wird still-

1) Literatur Jacobus Gatherius de iure manium Paris. 1615 (u. öfter) Flor. Dulpus de sepulturis, epitaphiis, defunctorum monumentis Bononiae 1641, Meunsius de funere Romanorum Hagel. 1604. 4. und vorzüglich Joh. Kirchmann de funeribus Romanorum Francof. 1672. 8. und Christ. Huebner historia legum Romanarum ad sepulcros pertinentium adiuncta earum comparatione cum patriis institutis spec. 1. Lipsiae 1794. 4. Glück, Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, Bd. 11. S. 386—459.

1a) Plinii historia naturalis lib. III. cap. 2. Vgl. Fabretti inscriptionum syntagma cap. 1. p. 18.

2) Cic. de leg. 2. c. 23. hominem mortuum in urbe ne sepelito neve urito.

3) Plin. hist. nat. III. c. 2.

4) Macrobius Sat. lib. VII. cap. 7. Vergl. Jacobus Gothofredus ad const. 6. C. Theod. VII. 17.

schwelgend vorausgesetzt, daß die Bestattung der Todten nur durch Ein-
graben geschehe. Von dem bei der Bestattung in Frage kommenden
Feierlichkeiten ist in den älteren und späteren Gesetzen oft die Rede.
Die wichtigsten hierher gehörenden Vorschriften dürften folgende sein.
Zur Verminderung des Begräbnisaufwandes schrieben die 12 Tafeln
Mehreres vor. Der Scheiterhaufen sollte nicht künstlich gezimmert
sein (*rogum ascia ne polito*⁵⁾); beim Leichenzuge sollten nur 3
Trauerkleider (*ricinia*) und Purpurstreifen (*vincula purpurae*) ge-
braucht werden⁶⁾; Weiber sollten sich die Wangen nicht zerkratzen⁷⁾
(*mulieres genas ne radunto*) und kein Wehgeschrei (*lamentatio*, in
den 12 Tafeln *lessus*) erheben⁸⁾; mehr als zehn Pfeifer (*tibicines*)
sollten nie zugezogen werden⁹⁾. Verboten wurde in demselben Gesetze
die *circumpotatio*, die *servilis unctura*, die *sumtuosa respersio* mit
Einschluß der *longae coronae* und *acerrae*¹⁰⁾. Nur solche *coronae*,
welche der Verstorbene selbst, oder seine Sklaven und Pferde ehren-
halber erhalten haben, sollen beigelegt werden. Gold soll nie hin-
zugefügt werden; doch war es im Gesetze erlaubt, das Gold an der
Leiche zu lassen, was zur Einfassung der Zähne gedient hatte¹¹⁾.
Endlich sollte auch Niemand nach den 12 Tafeln die Knochen eines
Verstorbenen zum Zwecke einer künftigen Bestattung sammeln und auf-
bewahren (*homini mortuo ossa ne legito, quo post funus faciat*),
außer wenn derselbe im Kriege gefallen oder im Auslande verstorben
war¹²⁾. In den späteren Zeiten kamen alle diese Vorschriften in Ver-
gessenheit; wenigstens findet sich eine ganze Reihe von Beispielen,
welche die Nichtbeachtung des Gesetzes deutlich bekunden¹³⁾, und in den
Justinianischen Rechtsquellen sind diese Vorschriften mit Stillschwei-
gen übergangen worden, wenn schon das Verbot blieb, Kostbarkeiten
mit der Leiche zu bestatten¹⁴⁾. — Der Begräbnisort war bei den
Römern gewöhnlich ein Privatgrundstück. Daher führt Ulpian den
Kaufpreis des Begräbnisplatzes da mit an, wo er den Begriff der Be-
gräbniskosten nach allen Seiten hin bestimmt¹⁵⁾; daher wird in den
Grabchriften der Alten bemerkt, von wem der Begräbnisplatz gekauft

5) Cic. de leg. 2. 23. Vergl. Dirksen, Zwölftafelfragmente S. 662 bis 665.

6) Cic. de leg. 2. 23. und 25. Vom *ricinium*, welches ein viereckiges Kleid war, siehe Festus de V. Significatione s. v. *Ricinium*.

7) Cic. de leg. 2. 23. u. 25. Plinii hist. nat. lib. 11. c. 37. Festus l. c. s. v. *radere genas*, Servius ad Virgil. Aen. XII. vs. 606. Vergl. Dirksen a. a. D. S. 666—672.

8) Cic. de leg. 2. 23. u. 25. u. Tusc. disp. 2. c. 22.

9) Cic. de leg. 2. 23.

10) Cic. de leg. 2. 24.

11) Vergl. Dirksen a. a. D. S. 675—692.

12) Vergl. Dirksen a. a. D. S. 673—675.

13) Vergl. Schneider, die subsidiären Klagen des römischen Rechtes, S. 502.

14) L. 14. §. 5. D. de religiosis et sumta. (11. 7.)

15) L. 14. §. 3. D. 11. 7. Auch Macer in L. 37. pr. D. *ibid.*

worden sei¹⁶⁾; daher wird das Legat eines Begräbnißplatzes in den kaiserlichen Constitutionen erwähnt¹⁷⁾. Verboten war es, einen Todten in ein fremdes Grundstück ohne das Wissen oder gegen den Willen des Grundherrn des Begräbnißes halber einzulegen oder dahin legen zu lassen¹⁸⁾, ein Verbot, welches sich sogar auf den Usufructuar erstreckt¹⁹⁾. Wer dagegen handelte, konnte vom Herrn des Grundstückes, vom Usufructuar oder auch von jedem, welcher eine dingliche Servitut am Grundstück hatte, mit einer persönlichen in factum actio belangt werden, daß er entweder die Leiche, welche er hineingelegt, wegnehme oder den Preis des Grund und Bodens bezahle²⁰⁾. Diese Klage stammt aus dem prätorischen Edicte²¹⁾, ist eine perpetua actio und geht actis und passiv auf die Erben über²²⁾. Sie wurde aber nicht allein dann angewendet, wenn Jemand auf einem fremden Grund und Boden die Bestattung der Leiche vorgenommen, sondern auch dann, wenn Jemand die Leiche in einem Grabmale beigesetzt hatte, wo er dieß zu thun nicht befugt war²³⁾. Sie war aber für diesen Fall um so nothwendiger, da es keinem Grundherrn erlaubt war, fremde Leichen ohne ein Decret der Pontifices oder einen speciellen Befehl des Kaisers aus seinem Grundstück zu entfernen²⁴⁾. Sonst konnte gegen denselben die iniuriarum actio angestellt werden. Mit dieser prätorischen in factum actio concurrirte auch eine Geldstrafe, deren Betrag uns unbekannt ist²⁵⁾. Die Begräbniße der Alten lagen gewöhnlich an öffentlichen Wegen²⁶⁾ außerhalb der Stadt. Das Bestatten und Verbrennen der Todten in der Stadt Rom war schon durch die 12 Tafeln untersagt²⁷⁾, theils um Feuergefahr zu verhüten, theils um den Ekel erregenden Todtengeruch von der Stadt abzuhalten. Späterhin ist dieses Verbot durch ein Senatusconsult und einen Volksbeschlus nochmals eingeschärft worden²⁸⁾, wenn gleich zu Gunsten der Kaiser und der vestalischen Jungfrauen eine Ausnahme gestattet wurde. Kaiser Hadrian dehnte dieß Verbot durch ein Rescript auf alle Städte des römischen Reiches aus, und setzte auf die Verletzung desselben die Strafe von 40 aurei, die der Uebertreter oder der Magistrat, der dieß zugelassen hatte, an den Fiscus zu bezahlen hatte. Zudem kam der Ort, wo die Bestattung stattgefunden hatte, in das Eigenthum des römischen Volkes, und der daselbst bestattete Leichnam mußte

16) Vergl. Kirchmann de funeibus Romanorum lib. II. c. 3.

17) L. 14. Inst. de legatis. (6. 37.)

18) L. 2. §. 1. D. 11. 7. L. 8. §. 4. D. ibid.

19) L. 2. §. 1. D. ibid.

20) L. 2. §. 1. D. 11. 7. L. 7. pr. D. ibid.

21) L. 2. §. 2. u. 3. D. 11. 7.

22) L. 7. pr. D. ibid.

23) L. 2. §. 2. D. 11. 7.

24) L. 8. D. 11. 7.

25) L. 2. §. 2. D. 11. 7.

26) Vergl. Kirchmann l. c. lib. II. cap. 22.

27) Cic. de leg. II. c. 23. Vergl. Dirksen a. a. O. S. 659—661.

28) Servius ad Virgil. Aen. XI. vs. 205 u. 206.

wegenommen werden²⁹⁾. Nach der Interpretation der römischen Juristen tritt dieses Verbot auch dann in Wirkung, wenn die *lex municipalis* das Begraben in der Stadt ausdrücklich erlaubt hat³⁰⁾. Kaiser Antonin der Fromme hat das Verbot wiederum eingeschränkt³¹⁾. Der Jurist Paulus erklärt ganz allgemein, daß kein Leichnam in eine Stadt gebracht werden dürfe³²⁾, damit die Municipalopfer nicht gestört würden. Aus gleichem Grunde rescribiren die Kaiser Diocletian und Maximian, daß kein Todter innerhalb der Stadtgrenzen begraben werden dürfe³³⁾.

Unter den christlichen Kaisern kam indeß der Gebrauch auf, Todte in den Städten zu bestatten. Daher verbot Theodosius der Große die Beisetzung von Leichnamen, welche über der Erde in Sarkophagen eingeschlossen sind, und von Todtenurnen in der Stadt³⁴⁾, und die Kaiser Gratian, Valentinian und Theodosius verfügten, daß in Bethäusern, welche den Aposteln und Märtyrern gewidmet sind, keine Todten bestattet würden³⁵⁾. Somit stehet denn für das Justinianische Recht der Grundsatz fest, daß Leichname weder in Städten, noch in Kirchen oder Bethäusern beigesetzt werden dürfen. Eine polizeiliche Vorschrift ist es wohl, daß nach dem Gesetze der 12 Tafeln der zur Verbrennung des Todten nothwendige Scheiterhaufen nur in der Entfernung von 60 Fuß von fremden Privatgebäuden angelegt werden darf, es müßte denn der Eigenthümer des Hauses seine Einwilligung dazu gegeben haben, daß derselbe näher an das Gebäude verlegt werde²⁶⁾. In den Justinianischen Rechtsquellen findet sich diese Verordnung nicht erwähnt; dagegen findet sich daselbst die Vorschrift vor, daß nur in einer durch das Gesetz bestimmten Entfernung von Wohnhäusern Grabmäler angelegt und Todte bestattet werden dürfen³⁷⁾. Wahrscheinlich betrug diese gesetzliche Entfernung gerade so viel Fuß, als das Grab tief war. Wenigstens läßt eine Aeußerung des Cajus in seinem Buche *ad legem XII. tabularum* dieß vermuthen³⁸⁾. Der Eingangsort zum Begräbniß (*forum, vestibulum sepulcri*), ingleichen der Ort, wo der Leichnam verbrannt wird (*bustum*) ist nach dem Gesetze der 12 Tafeln der Verjährung entzogen³⁹⁾, eine Verordnung, welche freilich im Justinianischen Rechte ebenfalls mit Stillschweigen übergangen worden ist. — Durch die Bestattung eines Todten wurde der Ort, wo die Be-

29) L. 3. §. 5. D. de sepulcro violato. (47. 12.)

30) L. 3. §. 5. D. 47. 12.

31) Capitolinus in vita Antonini Pii cap. 12.

32) Rec. sent. I. 21. §. 2.

33) L. 12. C. Iust. de religiosis et sumpt. fun. (8. 44.)

34) L. 6. C. Theod. de sepulcr. viol. (9. 17.)

35) L. 2. C. Iust. de sacrosanctis ecclesiis. (1. 2.)

36) Cic. de leg. II. c. 24. Vergl. Dirksen, Zwölftafelfragmente S.

692—695.

37) L. 3. D. de mortuo inferendo. (11. 8.)

38) L. 2. D. de finium regundorum. (10. 1.)

39) Cic. de leg. II. c. 24. Vergl. Dirksen a. a. D. S. 695—698.

Bestattung vorgenommen worden ist, *religiosus locus*, wenn folgende Erfordernisse zusammentreffen: a) Daß die Bestattung des Todten für immer geschehen ist. Denn geschah sie in der Absicht, um den Leichnam nur für einige Zeit daselbst aufzubewahren, so nimmt der Grabort diese Eigenschaft nicht an⁴⁰). b) Daß der Todte ganz, oder wenigstens dessen vorzüglichsten Gliedmaßen bestattet worden sind. Im Fall der Leichnam an mehreren Orten bestattet worden, wird nur der Ort *religiosus*, wo der Kopf liegt⁴¹). c) Daß der, welcher die Bestattung vorgenommen, das Recht gehabt hat, dieß zu thun. d) Daß die Bestattung an dem Orte, wo sie geschehen, erlaubt gewesen ist. Erlaubt ist sie aber Jedem auf eignem Grund und Boden, wenn er alleiniger Eigenthümer desselben ist⁴²). Ist die Nugnießung als Servitut am Grundstücke einem Anderen verlehren worden, so gilt zwar im älteren Rechte die Regel, daß das Grundstück gar nicht *religiosus locus* werden könne; später hat man aber, um die Religion zu begünstigen, angenommen, daß der Proprietar unter ausdrücklicher Einwilligung des Usufructuars das Grundstück zum *locus religiosus* machen könne⁴³). Dazu bedurfte es indeß nicht einmal der Einwilligung des Usufructuars, wenn dem Proprietar die Begräbnißpflicht obliegt und sonst kein schicklicher Platz zum Begräbnisse da ist⁴⁴). Im Fall einem Dritten eine Präbialservitut am Grundstücke zusteht, ist die ausdrückliche Einwilligung des Inhabers der Servitut von Nöthen, wenn das Grundstück *religiosus locus* werden soll⁴⁵). Doch bedarf es auch dieser Einwilligung zu diesem Zwecke nicht, wenn die neue Eigenschaft des Grundstückes der Servitut nichts schadet, und die Servitut auf einem anderen Theile des Grundstückes gleich gut ausgeübt werden kann. Ist das Grundstück, auf welchem die Bestattung vor sich geht, Mehreren zugleich angehörig (*res communis*), so muß jeder der Miteigenthümer einwilligen, wenn das Grundstück *locus religiosus* werden soll⁴⁶). Indes ließ man die Bestattung des Einen von den Miteigenthümern auf dem gemeinschaftlichen Grundstücke auch ohne besondere Einwilligung der anderen Miteigenthümer geschehen⁴⁷). Doch steht es jedem derselben, welcher durch die eigenmächtige Handlung seines Collegen in Schaden gekommen ist, frei, von demselben

40) L. 44. D. 11. 7.

41) *Caius inst. II. §. 6. si modo eius mortui funus ad nos pertineat.*

42) *Caius inst. II. §. 6. Inst. Just. §. 9. de rerum divisione. (2. 1.)*

43) L. 17. pr. D. de usufructu. (7. 1.) §. 9. Inst. 2. 1. Spuren der Controverse finden sich noch in Justinian's Pandecten L. 2. §. 7. D. 11. 7. vergl. mit L. 43. D. ibidem.

44) L. 17. pr. D. 7. 1. L. 2. §. 7. D. 11. 7.

45) L. 2. §. 8. D. 11. 7.

46) §. 9. Inst. II. 1. Dasselbe Resultat ergeben auch folgende Pandectenstellen: L. 6. §. 6. D. communi dividundo. (10, 3.) L. 41. D. 11. 7. L. 43. D. ibid.

47) L. 41. D. 11. 7.

mit der in factum actio Schadenersatz zu verlangen⁴⁸⁾, oder, wenn sie in Societätsverhältnissen zu einander stehen, die pro socio actio zur Erreichung desselben Zweckes zu gebrauchen⁴⁹⁾. Bei fremden Grundstücken ist es eine allgemeine Regel, daß sie nur, wenn der Eigenthümer derselben ausdrücklich einwilligt, zu religiosae res gemacht werden können⁵⁰⁾. Auf den Zeitpunkt, wann diese Einwilligung abgegeben wird, kommt nichts an, da schon die Ratihabition von Seiten des Grundherrn zureicht. Provinzialgrundstücke wurden durch die Bestattung des Todten nicht religiosae res; doch setzte man sie denselben in der Praxis gleich⁵¹⁾. Grundstücke, welche zu einer liegenden Erbschaft gehören, nehmen schon dann den Character der res religiosae an, wenn der Erblasser auf denselben testatet wird⁵²⁾, gleichviel, ob die Bestattung vom künftigen Erben oder von einem Dritten besorgt wird. Ist das Grundstück einem Dritten unter einer Suspensivbedingung vermacht worden, so kann der Erbe, so lange es ungewiß ist, ob die Bedingung in Erfüllung gehen werde oder nicht, das Grundstück nicht zum locus religiosus machen⁵³⁾. Uebrigens wird nicht das ganze Grundstück, auf welchem die Bestattung geschehen ist, religiosa res, sondern nur der Bestattungsort allein⁵⁴⁾. Mithin können die angrenzenden Landtheile nur für loci puri und für dem Verkehr nicht entzogen angesehen werden⁵⁵⁾. Das zur religiosa res gewordene Grundstück behält den einmal erworbenen Character so lange, bis nachgewiesen wird, daß es ihn verloren habe. Der Verlust dieser Eigenschaft kann aber nach den Justinianischen Rechtsquellen, welche jedoch in dieser Beziehung sehr lückenhaft zu sein scheinen, auf zweierlei Wegen herbeigeführt werden: a) durch die Wegschaffung des Todten an einen anderen Ort, vorausgesetzt, daß die betreffenden Behörden dazu ihre Einwilligung gegeben haben⁵⁶⁾. Eine solche Wegschaffung heißt in der Kunstsprache translatio⁵⁷⁾. In Bezug auf diesen Act war es eine Grundregel des römischen Rechtes, daß der Leichname, welche für immer an einem Orte bestattet worden sind, nicht ohne Erlaubniß weggeschafft werden sollten⁵⁸⁾. Zur Ertheilung

48) L. 6. §. 6. D. 10. 3. L. 2. §. 1. D. 11. 7.

49) L. 39. D. de pro socio. (17. 2.)

50) L. 2. C. 3. 44. §. 9. Inst. 2. 1.

51) Pro religiosis habentur. Caius inst. II. §. 7.

52) L. 4. D. 11. 7.

53) L. 34. D. ibid.

54) L. 2. §. 5. D. ibid. L. 4. C. 3. 44. L. 9. C. ibid.

55) L. 9. C. 3. 44.

56) L. 44. §. 1. D. ibid.

57) L. 39. D. ibid. L. 44. §. 1. D. ibid. L. 1. D. 3. 44. L. 14. C. ibid.

58) L. 39. D. 11. 7. L. 3. §. 4. D. 47. 12. L. 1. u. 14. C. ibid. Bei Leichnamen, welche in der Absicht bestattet worden sind, um sie später an einen anderen Ort zu schaffen, bedurfte es zur Wegnahme nicht der Erlaubniß L. 39. D. 11. 7. L. 10. C. 3. 44.

der Erlaubniß war der Provinzialstatthalter berechtigt⁵⁹⁾; in den späteren Zeiten war dieß ein Reservatrecht des Kaisers⁶⁰⁾. Dieser Ertheilung ging eine Untersuchung vorher über die Gründe, welche die Wegschaffung veranlassen⁶¹⁾. Zu diesen Gründen rechnete man z. B. den Eintritt einer Ueberschwemmung. Im vorjustinianischen Rechte wurden bei der Wegschaffung solcher Leichname gewisse Opfer verrichtet, und die Wegschaffung selbst konnte nur des Nachts geschehen⁶²⁾. In den Justinianischen Rechtsquellen findet sich aber von diesen Vorschriften keine Spur vor, doch wird in denselben jede Störung des Transportes klar und deutlich untersagt⁶³⁾. b) Durch feindliche Eroberung. Es ist nämlich ein Grundsatz des römischen Staatsrechtes, daß alle *res religiosae* und *sacrae* diesen Character verlieren, wenn sie von den Kriegsfeinden erobert werden, und diesen Character wiederum annehmen, sobald sie denselben wieder entrisßen werden⁶⁴⁾.

Einteilungen der Begräbnisse. a) *Propria sepulera* (eigene) und *communia* (gemeinschaftliche). Jenes sind solche, worauf Jemand, vermöge eines besonderen Titels, ein besonderes Recht zusteht. Dieses sind solche, worauf jedes Mitglied der Gemeinheit als solches Anspruch hat. Der Ausdruck *commune sepulorum* findet sich in den römischen Rechtsquellen in einer ganz anderen Bedeutung vor. So heißen nämlich daselbst⁶⁵⁾ die Grabstätten, in welchen mehrere Privatpersonen Leichname zu bestatten berechtigt sind. Diese Berechtigung steht jedem der Theilhaber ganz zu⁶⁶⁾, und er braucht mithin zur Verwirklichung seines Willens nicht erst die Einwilligung der übrigen Theilnehmer abzuwarten. b) *Familiaria sepulera* (Familienbegräbnisse) und *hereditaria* (Erbbegräbnisse⁶⁷⁾). Jenes sind solche, welche der, der sie errichtet, nur für sich und seine Familie bestimmt hat. Dieses hingegen sind solche, welche der, welcher sie errichtet, für sich und seine Erben bestimmt hat, oder solche, welche der jetztige Inhaber auf dem Wege der Erbschaft erlangt hat⁶⁸⁾. Auf beide Arten von Begräbnissen haben die Erben unbezweifel ein Recht, selbst dann, wenn sie *extranei heredes* sind⁶⁹⁾. Dabei ist es auch gleichgiltig, ob sie *Civilen* oder *prätorische* Erben sind; ob sie aus dem Testamente oder

59) L. 1. C. 3. 44. Vergl. Glück, Erläuterung der Pandecten Th. 2. S. 405—408.

60) L. 14. C. 3. 44.

61) L. 1. C. 3. 44.

62) *Paulus sent. recept. lib. 1. tit. 21. §. 1.*

63) L. 3. §. 4. D. 47. 12.

64) L. 36. D. 7. 11.

65) §. 9. *Inst. de rerum divisione.* (2. 1.)

66) L. 6. §. 6. D. *communi dividundo.* (10. 3.) §. 9. *Inst.* 2. 1.

67) L. 5. D. 11. 7.

68) L. 5. L. 6. D. *ibid.*

69) L. 6. D. *ibid.* L. 13. C. 3. 44. L. 36. D. *de bonis libertorum.*

(38. 2.) Ausgeschlossen sind indeß die Fideicommissarben. Vgl. L. 42. §. 1. D. *ad SC. Trebell.* (36. 1.)

ohne Testament succediren; ob sie das ganze Vermögen oder nur einen Theil desselben erhalten. Und sie können dieses Recht nicht allein für sich selbst, sondern auch für Andere in Anspruch nehmen ⁷⁰). Dasselbe Befugniß steht aber auch den Descendenten des Erbauers unbezweifelt zu, ohne Unterschied des Geschlechtes, Alters und Verwandtschaftsgrades ⁷¹). Selbst die vom Verstorbenen enterbten Kinder können einen Anspruch auf solche Begräbniße machen, außer wenn der Erblasser aus triftigen Gründen ihnen diesen Anspruch ausdrücklich entzogen hat. Andere dürfen dieselben in dergleichen Begräbniße nicht einlegen, mit Ausnahme der eignen Descendenten. Der Unterschied beider Arten von Begräbnißen zeigt sich darin, daß an Familienbegräbnißen außer den Erben auch alle diejenigen Theil haben, welche zur Familie des Verstorbenen gehören, selbst wenn sie nicht Erben geworden sind, was bei den Erbbegräbnißen nicht der Fall ist ⁷²). Unter Familie versteht man den Inbegriff von allen Agnaten des Verstorbenen. Mithin sind diejenigen, welche blos auf natürlichem Wege mit dem Verstorbenen verwandt sind (cognati) und verschwägere Personen (affines) ganz von der Theilnahme an den Familienbegräbnißen ausgeschlossen ⁷³). Freigelassene des Erbauers sind jedenfalls von der Theilnahme an beiden Arten der Begräbniße ausgeschlossen, selbst dann, wenn das Begräbniß die Inschrift trägt, daß es vom ersten Erbauer für sich und seine Freigelassenen bestimmt worden ⁷⁴). — Zur Erleichterung des Begräbnißfactes und zur Erhaltung der Grabmäler sind mehrere Klagen eingeführt worden, welche hier genauer zu erörtern sind. Wenn Jemand, welcher das Recht auf ein Grabmal hat, von einem Anderen daran gehindert wird, in demselben einen Leichnam zu bestatten, so hat er zum Schutze seines Rechtes das interdictum prohibitorium de mortuo inferendo ⁷⁵), oder eine in factum actio, wodurch er den, welcher ihn in der Ausübung seines Rechtes stört, zum Ersatz des durch die Störung verursachten Schadens zwingt. Dabei ist es gleichgiltig, ob das Hinderniß dem Inhaber des Rechtes oder dessen Procurator in den Weg gelegt worden ist ⁷⁶). Auch auf die Art der Handlung, wodurch die Rechtsverletzung herbeigeführt worden, kommt nichts an, da es schon für eine Verhinderung des Begräbnißfactes angesehen wird, wenn der Feldnachbar dem Berechtigten den Weg zum Grabmale nicht gestattet ⁷⁷). Wird die in factum actio gebraucht, so ist

70) L. 6. D. 11. 7.

71) L. 6. D. ibid.

72) L. 13. C. 3. 44.

73) L. 8. C. ibid.

74) L. 6. D. 11. 7. L. 6. C. 3. 44.

75) L. 8. §. 5. L. 9. L. 43. D. ibid. L. 1. §. 1. u. 4. D. de mortuo inferendo. (11. 8.)

76) L. 8. §. 5. D. 11. 7. L. 1. §. 1. D. 11. 8.

77) L. 10. D. 11. 7. Bei dem Verkaufe von Grundstücken verstand sich

in den Betrag der Condemnationssumme alles dasjenige einzurechnen, was der Kläger durch die Prohibition verloren hat ⁷⁸⁾, namentlich der Preis des zur Bestattung gekauften oder gemietheten Feldes, oder, wenn das Feld dem Kläger selbst angehört, die Taxe des Begräbnisplatzes. Ihrer Natur nach ist diese Klage eine perpetua actio; auch geht sie nach der richtigeren, von Cajuß gebilligten Meinung activ und passiv auf die Erben über ⁷⁹⁾. Beim Interdict de mortuo inferendo kommt nichts darauf an, ob derjenige, welcher an der Bestattung gehindert worden ist, das Recht hat, den Platz zum locus religiosus zu machen oder nicht ⁸⁰⁾. Nur das kommt dabei in Frage, ob er das Recht hat, den Leichnam am fraglichen Orte zu bestatten ⁸¹⁾. Daher kommt es, daß auch der Proprietar, dem der Ususfructus entzogen ist, und der Miteigenthümer des Grundstückes das Interdict brauchen kann: der Erste, wenn er vom Ususfructuar gehindert, der Andere, wenn er vom Miteigenthümer in dieser Rücksicht beeinträchtigt wird. — Wer das Recht hat, einen Leichnam an einem Orte zu bestatten, ist auch dazu berechtigt, daselbst ein Grabmal oder ein Monument zu errichten, auszubessern und zu vollenden ⁸²⁾, und wenn er von Jemand daran gehindert wird, so kann er den Letzteren mit dem interdictum prohibitorium de sepulcro aedificando belangen ⁸³⁾. Auch, wer den Einsturz des einmal errichteten Grabmals wissentlich befördert, kann mit dieser Klage zum Schadenersatz gezwungen werden ⁸⁴⁾. Als Grund, warum das Interdict eingeführt worden, gibt man an, daß man in der Errichtung und Ausschmückung der Grabmäler eine Art von religiösem Interesse erblickt habe ⁸⁵⁾.

Begräbniskosten, Leichenkosten (funeris sumtus oder impensae funeris) sind der Inbegriff alles desjenigen, was aufgewendet wird, um den Verstorbenen auf eine anständige Art zu bestat-

die Wegservitut von selbst, wenn der Verkäufer sich die Grabstätte beim Kaufe vorbehalten hatte. L. 10. D. ibid. L. 5. D. 47. 12. Ja, man konnte sogar jeden Feldnachbar nach einem Rescripte des Severus und Caracalla extra ordinem dazu zwingen, die Wegservitut in Betreff des Grabmales zu gestatten; dieß freilich nur unter zwei Voraussetzungen: a) daß der Kläger keinen anderen Ausweg habe, b) daß er den Beklagten gehörig entschädige.

78) L. 9. D. 11. 7.

79) L. 9. D. ibid.

80) L. 43. D. ibid.

81) L. 43. D. ibid. L. 1. §. 1. u. 3. D. 11. 8.

82) L. 1. §. 7. D. ibid. L. 1. §. 5. u. 9. D. ibid. L. 5. D. ibid.

Vorausgesetzt, daß der Ort noch nicht res religiosa ist; denn in diesem Falle muß zur Wiederherstellung des Denkmals erst das Gutachten der pontifices eingeholt werden L. 1. §. 6. D. 11. 8.

83) L. 1. §. 5. D. 11. 8.

84) L. 1. §. 10. D. 11. 8.

85) L. 1. §. 6. D. ibid.

ten ²⁾. Dem römischen Rechte zufolge wird dazu Alles gerechnet, was zur Veranstaltung und Verwirklichung des Leichenzuges ausgegeben worden ist ³⁾: also die Kosten der Aufbewahrung des Todten ⁴⁾, das Porto für dessen Herbeischaffung, die Ausgaben für Kleider, für Salben ⁵⁾, das Fuhrlohn für den Leichenwagen, die Kosten des Sarkophages, die öffentlichen Abgaben, welche durch das Begräbniß verursacht werden ⁶⁾ und der Ankaufspreis des Ortes, an welchem der Todte bestattet worden ist ⁷⁾, nebst den auf die Befestigung und Zurichtung jenes verwendeten Geldern ⁸⁾. Äußere Zierrathen des Begräbnisplatzes kommen nicht in Betracht, z. B. Säulenhallen (portiones ⁹⁾) und Denksteine oder Denkmäler, deren Kosten sogar nicht unter die Kategorie der Leichenkosten gehören, daß sie nach der Meinung des Marcellus nicht einmal bei der Berechnung der Erbschaft Behufs der Falcidischen Quart in Betracht kommen können, obgleich Sabinus der Meinung war, daß sie wenigstens dann von der Erbschaftsmasse abgezogen würden, wenn die Errichtung des Monumentes nothwendig gewesen ist ¹⁰⁾. Ausgeschlossen von den Begräbniskosten sind ferner nach den Ansichten der römischen Juristen die Kosten der Trauerkleider für die Verwandten des Verstorbenen, die des Trauermahls und endlich die der letzten Krankheit. Heut zu Tage muß freilich unter die Kategorie der Leichenkosten noch Manches gerechnet werden, was bei Leichenbegräbnissen aufgewendet zu werden pflegt. Dieß hat man nach den Sitten und Gebräuchen des Ortes, wo die Leiche bestattet wird, zu beurtheilen ¹¹⁾. Man rechnet dahin namentlich die Gebühren der Geistlichen und anderer kirchlichen oder weltlichen Personen, welche bei der Beerdigung nöthig sind; den Aufwand für das Läuten der Glocken, für die Fibre, Handschuhe und Citronen, welche die Träger bei den Leichenbegängnissen tragen. Auch hat sich der bisherige Gerichtsbrauch dafür entschieden, Geldvorschüssen zum Ankaufe der Trauerkleider für die Verwandten und Diener des Verstorbenen, ingleichen den Kosten des Trauermahls die Vorrechte der Leichenkosten einzuräumen ¹²⁾. Den Beweis der Kosten anbetreffend, so wird nach dem heutigen Gerichtsbrauche erfordert, daß der, welcher sie

2) L. 14. §. 3, u. 4. D. de religiosis et sumtibus funerum. (11. 7.)
L. 37. pr. u. §. 1. D. ibid. Vgl. Glück, Pandecten Th. 11. §. 441 flg.

3) L. 14. §. 3. D. ibid.

4) L. 14. §. 4. D. ibid.

5) L. 37. pr. D. ibid.

6) Vgl. Glück a. a. D. Th. 11. §. 408. Note 73.

7) L. 14. §. 3. L. 37. pr. D. ibid.

8) L. 37. §. 1. D. ibid.

9) L. 37. §. 1. D. ibid. Auch Zierrathen (ornamenta), welche gewöhnlich dem Todten beigegeben werden, sind vom Begriffe der Begräbniskosten ausgeschlossen. L. 14. §. 5. D. ibid.

10) L. 1. §. 19. D. ad legem Falcidiam. (35. 2.)

11) Vgl. Glück a. a. D. Th. 11. §. 447—449.

12) Vgl. die von Glück a. a. D. §. 449 Note 75 angeführten Schriftsteller.

aufgewendet hat, dieselben genau specificire, damit man beurtheilen könne, ob überflüssiger Aufwand in dieser Beziehung gemacht worden. Nur wenn die Kosten mäßig und nicht unwahrscheinlich sind, kann an die Stelle der Specification die eibliche Bestärkung des, der sie aufgewendet hat, treten. — Die Vorrechte, welche die Leichenkosten im Pandectenrechte genießen, lassen sich auf folgende Punkte zurückführen: a) sie haben beim Concurse das Vorzugsrecht (*privilegium exigendi*¹³⁾). Dieses Privilegium beschränken manche Rechtsgelehrte auf die chirographarischen Gläubiger des Verstorbenen, weil die Pfandgläubiger nach römischen Ansichten mit der Concursmasse nichts zu thun hatten und allen persönlichen Privilegien vorgingen¹⁵⁾. Indessen sprechen mehrere Stellen, welche von diesem Vorrechte reden, ganz allgemein¹⁷⁾, und in einer¹⁷⁾ wird ausdrücklich gesagt, daß die *invecta et illata* des verstorbenen Miethinwohners, welche doch für die Abzahlung des Miethzinses dem Hausherrn stillschweigend verpfändet sind, im Fall der Dürftigkeit des Verstorbenen zuerst zur Bestreitung der Begräbniskosten und erst dann zur Tilgung des schuldigen Miethzinses verwendet werden sollen. Concurriren die Leichenkosten mit anderen privilegiirten Forderungen, so gehen sie denselben unbestritten vor¹⁸⁾. Dieses Privilegium ist von der *funeraria actio* völlig unabhängig¹⁹⁾ und auch mit jeder anderen Klage, welche die Erstattung der Leichenkosten bezweckt, verbunden. Es ist ein *privilegium causae* und geht mithin auch auf den Cessionar über. Es beschränkt sich aber nicht auf die Kosten, welche zur Bestattung des Concurschuldners aufgewendet worden sind, sondern erstreckt sich auch auf Beerdigungen fremder Personen, welche der Concurschuldner aus eigenem Vermögen zu beerdigen verpflichtet ist²⁰⁾. Eine allgemeine, freilich erst durch die Praxis aufgekommene Beschränkung dieses Privilegiums ist die, daß die Leichenkosten, welche dasselbe beanspruchen, vor Ausbruch des Concurses aufgewendet sein müssen²¹⁾. b) Bei der Berechnung der Erbschaft behufs der Auszahlung der Legate, des Abzuges der Falcidischen Quart und der Errichtung eines Inventars werden die Beerdigungskosten des Verstorbenen im Voraus verabzugt²²⁾, so daß sie gewissermaßen nicht

13) L. 45. D. 11. 7.

14) B. Noodt comm. ad Dig. XI. 7. Opp. tom. II. p. 269. Sgl. Glück a. a. D. Th. II. S. 429—434.

15) L. 9. C. qui potiores in pignore. (8. 18.)

16) Paullus sent. rec. I. 21. §. 15. Pomponius in L. 26. D. 11. 7.

17) Ulpian. in L. 14. §. 1. D. ibid.

18) Paullus sent. rec. I. 21. §. 15. L. 26. L. 45. D. ibid.

19) L. 17. pr. D. de rebus auctoritate iudicis possidendis. (42. 5.)

20) L. 17. pr. D. ibid.

21) Sgl. Glück a. a. D. Th. 11. S. 433, 434.

22) L. 22—25. D. 11. 7. L. 1. §. 19. D. 35. 2. L. 22. §. 9. C. de iure deliberandi. (6. 30.)

einmal zum Bestande der reinen Vermögensmasse gerechnet werden. — Die Beurtheilung der Größe der Begräbniskosten fällt dem Gutachten des Prätors oder Municipalmagistrats, wo das Begräbniß stattfindet, anheim²³⁾. Dabei wird der Stand (*dignitas*) und das Vermögen (*facultates*) des Verstorbenen hauptsächlich berücksichtigt²⁴⁾; um so mehr, da eines Theils eine zu geringfügige Bestattung für eine Beschimpfung des Verstorbenen angesehen wird²⁵⁾ und dem, welcher sie besorgt hat, im Falle er dieß in böser Absicht gethan hat, jede Aussicht auf den Regreß an den Erben des Verstorbenen entzieht, andern Theils ein übermäßiges Gepränge dem, welcher dasselbe veranstaltet hat, selbst dann, wenn es ihm der Erblasser in der Weise geboten hat, zum Nachtheil gereicht, da er in jedem Fall von dem, welcher zur Bestattung verpflichtet ist, nur soviel ersatzweise verlangen kann, als nach dem Urtheil des Richters hingereicht haben würde, um den Verstorbenen nach Maßgabe seines Standes und Vermögens anständig zu bestatten²⁶⁾.

Die Frage, wer die Begräbniskosten zu tragen habe, ist nach folgenden Regeln zu entscheiden. Es gilt als Grundsatz in dieser Lehre, daß Jedermann aus seinem eigenen Vermögen bestattet werden müsse²⁷⁾. Ist baares Geld vorhanden, so wird dieß zuerst zu diesem Zwecke verwendet²⁸⁾. Ist keins vorhanden, so sollen zu gleichem Zwecke sofort solche Vermögensstücke verkauft werden, welche mit der Zeit untergehen oder schlechter werden. In Ermangelung solcher Sachen wird, was an Gold- und Silberwerth in der Erbschaft sich vorfindet, verkauft oder verpfändet. Tritt Jemand der Uebergabe der verkauften Sache entgegen, so schlägt sich der Prätor²⁹⁾ ins Mittel, und der einmal abgeschlossene Kauf bleibt auch dann gültig, wenn späterhin die Erben die Erbschaft antreten³⁰⁾. Sind Außenstände vorhanden, so können diese sofort zu gleichem Zwecke eingezogen werden³¹⁾. Im Fall, gar nichts der Art da ist, können die legirten Sachen³²⁾ angegriffen werden; selbst die *invecta et illata* des Miethmannes, ohne daß der Hauseigenthümer, welchem sie stillschweigend für die Abtragung des Miethzinses verpfändet sind, berechtigt wäre, dagegen Einspruch zu thun³³⁾. — Aus dem Gesagten ergibt sich zugleich, daß derjenige zunächst zur Bestreitung des Leichenpompes verpflichtet ist, an welchen das Vermögen des Verstorbenen rechtmäßiger Weise durch *Universalsuccession*

23) L. 12. §. 6. D. 11. 7.

24) L. 12. §. 5. D. 11. 7. L. 14. §. 6. D. *ibid.* L. 21. D. *ibid.*

25) L. 14. §. 10. D. *ibid.* Vergl. Schneider, die subsidiären Klagen des R. C. 505.

26) L. 14. §. 6. D. *ibid.*

27) L. 12. §. 6. D. *ibid.* L. 13. u. 14. pr. §. 1, 2 u. 13. D. *ibid.*

28) L. 12. §. 6. D. *ibid.*

29) L. 14. pr. D. *ibid.*

30) L. 14. §. 2. D. *ibid.*

31) L. 13. D. *ibid.*

32) L. 14. §. 2. D. *ibid.*

33) L. 14. §. 1. D. *ibid.*

übergeht. Dahin gehören zuerst die im Testamente eingefetzten Erben³⁴⁾; sodann die gesetzlichen Erben und die Cognaten, jeder nach der Reihe, in welcher er zur Erbschaft berufen wird. Es ruht nämlich die Last, die Begräbniskosten zu bestreiten, gewissermaßen auf dem Vermögen des Verstorbenen³⁵⁾, und wer sie statt des Verpflichteten bestreitet, von dem wird angenommen, daß er gewissermaßen mit dem Verstorbenen contrahirt habe³⁶⁾. Ähnliche Grundsätze gelten auch bei der Beerdigung der Ehefrauen³⁷⁾, freilich mit der Beschränkung, daß deren Mitgift (dos) als ein Theil ihres Vermögens angesehen und mithin der, welcher dieselbe nach ihrem Ableben definitiv behält, zur völligen oder zur theilweisen Bestreitung der Begräbniskosten verpflichtet wird³⁸⁾. Ist kein Vermögen außer der Mitgift vorhanden, so bestreitet nur der allein die Begräbniskosten, welcher die Mitgift für den Augenblick besitzt³⁹⁾, und dieser kann, wenn er sie später einem Anderen ansantworten muß, dem Letzteren die des Begräbnisses halber gemachten Auslagen bei der Restitution in Anrechnung bringen. Wenn die Mitgift definitiv verbleibt, der muß zweifelsohne auch die Begräbniskosten tragen, es mag nun der Mann oder der Vater der Frau sein⁴⁰⁾. Der Erstere genießt indeß dabei des *beneficium competentiae*⁴¹⁾, weil man von ihm annimmt, daß er nicht mehr von der Mitgift gewinne, als was er der Frau bei der Scheidung hätte herauszahlen müssen. Ist noch anderes Vermögen außer der Mitgift vorhanden, so steuern die Erben der Verstorbenen sammt demjenigen, bei welchem die Mitgift definitiv verbleibt, und zwar ein Jeder von ihnen nach Verhältniß der Größe der Erbschaft und der Mitgift, bei der Beerdigung der Verstorbenen zusammen⁴²⁾. Reicht aber weder das Vermögen noch die Mitgift zur Bestreitung der Begräbniskosten zu, so fällt ausnahmsweise die Verbindlichkeit, dieselben zu tragen, auf den Vater, welcher die verstorbene Person in seiner Gewalt gehabt hat⁴³⁾. Ist auch dieser verarmt, so fällt diese Verbind-

34) L. 12. §. 4. D. 11. 7. L. 14. §. 2. D. *ibid.*

35) L. 14. §. 13. D. *ibid.*

36) L. 1. D. *ibid.*

37) L. 22. u. 23. L. 27. *pr.* L. 28. D. *ibid.*

38) L. 16—20. D. *ibid.* Denn diese Verpflichtung ruht auf der *dos*, wie *aes alienum* (L. 16. 18. 19. D. *ibid.*), und findet sogar bei der *receptitia dos* statt. (L. 20. §. 1. D. *ibid.*)

39) L. 17. L. 20. §. 2. L. 29. §. 1. D. *ibid.*

40) L. 16. L. 20. §. 1. D. *ibid.* Wenn vom Ehemanne die Rede ist, so muß man hier nur an denjenigen denken, welcher beim Ableben der Frau noch deren Ehegatte war. L. 29. *pr.* D. *ibid.*

41) L. 27. §. 2. D. *ibid.*

42) L. 22. u. 23. L. 27. *pr.* L. 30. §. 1. D. *ibid.*

43) L. 21. L. 28. L. 31. *pr.* D. *ibid.* Für den Fall, daß die Mitgift nicht zureicht, vgl. L. 20. §. 1. D. *ibid.* Manche lassen diese Verbindlichkeit des Vaters auch bei emancipirten Kindern eintreten, freilich gegen L. 21. D. *ibid.*, wenn schon andere Gesetze allgemein zu sprechen scheinen, namentlich L. 28. L. 20. §. 1. L. 31. *pr.* D. *ibid.*

lichkeit, im Fall die Verstorbene verheirathet war, auf den überlebenden Ehemann⁴⁴⁾, damit es nicht als eine Beleidigung desselben erscheinen möge, wenn seine ehemalige Gattin unbegraben liegen bleibt. Freilich steht auch hier dem Ehemanne das *beneficium competentiae* zu. Reichen alle diese Regeln nicht aus, so wendet man in der Praxis, in Ermangelung sicherer Bestimmungen des römischen Rechtes, die Regeln, welche von der Alimentationspflicht gelten, analogisch an, nach dem Grundsatz: wer zur Ernährung des Verstorbenen, wenn er annoch lebte, verpflichtet sein würde, der muß auch die Begräbniskosten bestreiten⁴⁵⁾. — Von der Verbindlichkeit, die Begräbniskosten zu tragen, ist die Verpflichtung, das Materielle des Begräbnisses zu besorgen, ganz verschieden. Gewöhnlich liegt freilich auch diese Verbindlichkeit demjenigen ob, welcher die Leichenkosten zu tragen hat⁴⁶⁾; indessen konnte, wenn der Verpflichtete zögerte, ein Jeder aus dem Volke die Bestattung übernehmen, und die Erstattung der darauf verwendeten Kosten von demjenigen, welcher sie zu tragen hatte, verlangen⁴⁶⁾. Hat der Erblasser die Besorgung des Begräbnisses Jemand ausdrücklich aufgetragen, so hat dieser vor den Uebrigen⁴⁸⁾ den Vorzug. Indes trifft die Erben keine besondere Strafe, wenn sie ihm die Beerdigung nicht gestatten⁴⁹⁾. Weigert sich der Auftragnehmer, den Auftrag zu vollziehen, so kann er in der Regel zur Erfüllung desselben nicht gezwungen werden, wenn er gleich zur Strafe alles dasjenige, was ihm im Testamente zugesichert worden war, verliert⁵⁰⁾. Nur wenn er zur Erfüllung des Auftrages Geld empfangen hat und dennoch bei der Weigerung verharret, läßt man Zwangsmittel eintreten, entweder auf dem Wege der Klage durch die *doli actio*, oder auf dem Wege der *extraordinaria cognitio*⁵¹⁾, durch Androhung einer Geldstrafe (*multae dictio*) oder gerichtliche Auspfändung (*pignoris capio*). — Die Klagen, mit welchen der, welcher auf ein Begräbniß, dessen Bestreitung ihm nicht zur Last fällt, Kosten verwendet hat, die Erstattung derselben von dem, welcher dieselben zu bestreiten hat, verlangen kann, sind verschieden. Der Miterbe hat gegen den Miterben die *familiae hercisundae actio*⁵²⁾ zu diesem Zwecke; der Vater der verstorbenen Frau klagt gegen ihren überlebenden Ehemann, bei welchem die Wittgift definitiv verbleibt, mit der *de dote actio*⁵³⁾; für den Fall des Auftrages tritt die *contraria mandati actio* ein⁵⁴⁾;

44) L. 28. D. 11. 7.

45) Vergl. Glück, Pandecten a. a. D. Th. 11. §. 419.

46) L. 12. §. 4. D. 11. 7.

47) L. 12. §. 2. u. 3. D. ibid.

48) L. 12. §. 4. D. ibid.

49) L. 14. §. 14. D. ibid. Dieß nach einem Rescripte des Marcus Aurelius.

50) L. 12. §. 4. D. ibid.

51) L. 14. §. 2. D. ibid.

52) L. 14. §. 12. D. ibid.

53) L. 30. pr. D. ibid.

54) L. 14. §. 15. D. ibid.

für den Fall der *negotiorum gestio* die *contraria actio negotiorum gestorum* ⁵⁵⁾. Reichen alle diese Klagen nicht aus, so tritt die *funeraria actio* ein ⁵⁶⁾. Man versteht unter diesem Namen eine persönliche ⁵⁷⁾, vom Prätor ⁵⁸⁾ eingeführte Klage, womit derjenige, welcher eine Leiche bestattet hat, ohne dazu verpflichtet zu sein, von demjenigen, welcher dem Rechte nach ⁵⁹⁾ die Kosten des Begräbnisses zu bestreiten hat, den Ersatz alles dessen, was er zu diesem Zwecke wirklich aufgewendet, verlangt. Der Grund, welcher die Einführung dieser Klage veranlaßt hat, ist der, die Beerdigung zu beschleunigen und dabei zu verhüten, daß Jemand auf fremde Kosten beerdigt werde ⁶⁰⁾. Die Pandectenjuristen fähren die Klage auf die natürliche Billigkeit (*bonum et aequum*) ⁶¹⁾ zurück, was in ihrem Munde wohl nur den Sinn hat, daß der Richter, welcher im Prozesse zu urtheilen hat, nach billigem Ermessen die Größe der Begräbniskosten zu bestimmen habe. Die Erfordernisse der Klage sind folgende: a) der Kläger muß das Leichenbegängniß besorgt und die Kosten dazu aus eigenen Mitteln hergegeben haben ⁶²⁾. b) Er muß dieß in der Absicht, einen Vorschuß zu machen, gethan haben ⁶³⁾. Zum Beweise dieser Absicht benutzte man gewöhnlich die Form der Protestation ⁶⁴⁾. Kann sie nicht erwiesen werden, so fällt die *funeraria actio* weg, z. B. wenn die Absicht zu schenken vorliegt, oder das Begräbniß aus Liebe zum Verstorbenen (*pietatis intuitu*) besorgt worden ist ⁶⁵⁾. Daher kommt es, daß, wenn Jemand die Kosten des Begräbnisses halb schenkungsweise, halb vorschussweise aus eigenen Mitteln bestritten hat, er die *funeraria* nur zur Beitreibung desjenigen Theiles derselben, welchen er vorschussweise hergegeben hat, benutzen kann ⁶⁶⁾. c) Die Bestattung muß im Vergleiche mit dem Vermögen des Verstorbenen und dessen Range nicht zu gering gewesen, auch die Absicht nicht erweislich sein, den Verstorbenen durch eine zu geringe Bestattung zu beschimpfen ⁶⁷⁾. Die Klage wird gegen den gerichtet, welcher durch das Gescheh zur Bestreitung der Leichenkosten verpflichtet ist, z. B. gegen die Testaments- und Intestaterben des Verstorbenen, die *honorum possessores* u. dgl. ⁶⁸⁾ Als *utilis actio* wird sie auch in folgenden Fällen verwilligt: 1) wenn der Besizer der Erbschaft die

55) L. 14. §. 7. D. 11. 7.

56) L. 12. §. 14. L. 16. D. *ibid.*57) L. 1. D. *ibid.* L. 14. §. 11. D. *ibid.*58) L. 12. §. 2. D. *ibid.*59) L. 12. §. 3. D. *ibid.*60) L. 12. §. 3. D. *ibid.*61) L. 14. §. 6. D. *ibid.* Vgl. auch L. 14. §. 10. u. 13. *ibid.*62) L. 12. §. 3. L. 14. §. 7. *ibid.*63) *Quasi recepturus sumtum*. L. 14. §. 7. D. *ibid.* *quasi negotium alienum gerens*. L. 14. §. 11. D. *ibid.*64) L. 14. §. 7. D. *ibid.*65) L. 14. §. 7—9. D. *ibid.*66) L. 14. §. 9. D. *ibid.*67) L. 14. §. 10. D. *ibid.*68) L. 14. §. 17. L. 15. u. 16. D. *ibid.*

Beerdigung besorgt und nachher, wenn er durch Urtheil und Recht zur Herausgabe der Erbschaft an den wahren Erben verurtheilt worden, bei der Restitution derselben die Leichenkosten nicht in Abzug gebracht hat⁶⁹⁾; 2) wenn Jemand, der sich fälschlich für den wahren Erben hält, das Begräbniß des Verstorbenen als Erbe besorgt hat⁷⁰⁾; 3) wenn der, welcher die Bestattungskosten zu bestreiten hat, dem, welcher das Leichenbegängniß besorgt, die Besorgung ausdrücklich untersagt hat⁷¹⁾. Der Gegenstand der Klage sind die aufgewendeten Begräbnißkosten, in wie weit sie nothwendig waren⁷²⁾. Ihrer Natur nach ist die Klage subsidiarisch, d. h. sie tritt nur dann ein, wenn keine andere Klage zur Erreichung desselben Zweckes dem Kläger zusteht⁷³⁾. Im Ganzen scheint sie der negotiorum gestorum actio nachgebildet zu sein; doch steht es dem Richter in der funeraria frei, da, wo es die Billigkeit erheischt, auch die Grundsätze, welche von der negotiorum gestorum actio gelten, zu verlassen⁷⁴⁾. Der Dauer nach ist sie eine perpetua actio und geht activ und passiv auf die Erben über⁷⁵⁾.

Heimbach.

Beichte¹⁾ bezeichnet dem Wortsinn nach jedes Geständniß oder Bekenntniß²⁾. In der kirchlichen Bedeutung versteht man darunter das Bekenntniß der Sünden eines Christen vor einem Geistlichen, um mit der Kirche, welcher das Gemeindeglied durch Uebertretung des Gesetzes entfremdet worden, wieder vereint, versöhnt zu werden.

Der Ausdruck Beichte wird übrigens in einem weiteren und engeren Sinne gebraucht. In jenem umfaßt er das ganze Sacrament der Beichte und Buße, in diesem nur das eine Moment der Materie des Sacramentes, welches als Erzeugniß wahrer Reue (contritio cordis) in einem Bekenntnisse der Sünde (confessio oris) besteht, worauf nach erfolgter Buße (satisfactio operis) die Absolution ertheilt wird.

In diesem Zusammenhange soll unter dem Artikel Buße näher die Beichte gewürdigt werden; hier betrachten wir dieselbe zweckmäßiger

69) L. 32. D. 11. 7.

70) Ex causa L. 14. §. 11. D. ibid.

71) Ex causa L. 14. §. 13. D. ibid.

72) L. 14. §. 6. D. ibid.

73) L. 14. §. 12, 15 u. 16. D. ibid. Vergl. Schneider a. a. D.

§. 510 u. 511.

74) L. 14. §. 13. D. ibid.

75) L. 31. §. 2. D. ibid.

1) Vergl. den Nachweis der Quellen und Literatur über den Art. Buße. Hier ist aber besonders zu erwähnen: Joh. Georg Pertsch, Recht der Beichtstühle u. s. w. 2. Ausg. Wolfenbüttel 1738. 4. Klee, die Beichte, eine historisch-kritische Untersuchung, Mainz 1828. 8.

2) Bihiti und Bihiti, woraus Beichte, kommt her von bijehan, d. i. bejahn (confiteri), dem verstärkten (be oder ge [z. B. im Gewissen], con, ovs) jehan (ieh, jah, jäh), sagen (fateri), s. Graff, althochdeutscher Sprachschatz, Th. I. S. 587. Berlin 1834. 4.

in ihrer eigenthümlichen Bedeutsamkeit, mit Rücksicht auf ihre Bedingungen, Zusätze und Folgen.

Schon in der ältesten Zeit wurde von den Mitgliedern der Kirche, welche deren Gebote übertraten, öffentlich die Sünde gestanden (Irenaeus advers. haereses lib. I. c. 9. 13. Tertullian. liber de poenitentia. Cyprian. epist. 10. 13. 31 u. a.). Dieses Bekenntniß nannte man im Orient *ἑξομολόγησις*³⁾, welchen Ausdruck man auch im Occidente beibehielt, später aber durch confessio ersetzte. Das Bekenntniß selbst erfolgte vor der versammelten Gemeinde, oder vor dem Bischofe und seinem Presbyter, oder auch vor einem einzelnen dazu bestellten Geistlichen (*προεβύτερος ἐπὶ τῆς μεταβολῆς*⁴⁾). Ein ärgerlicher Vorfall veranlaßte aber im Jahre 390 den Bischof Nectarius von Constantinopel, die Beichtpriester abzuschaffen und jedem zu überlassen, sich selbst einen Priester zu wählen, dem er beichten mochte (Socrates hist. eccl. lib. V. c. 19. Sozomenus hist. eccl. lib. VII. c. 16. vergl. Nicephorus hist. lib. XII. c. 28⁵⁾). Die Privatbeichte hörte nun auch nicht auf, ja sie wurde der öffentlichen vorgezogen und aus Gründen empfohlen. So erklärt namentlich der römische Bischof Leo der Große a. 459 (epist. 168 ed. Ballerin., 136 ed. Quesnell.): Quia non omnium huiusmodi sunt peccata, ut ea, qui poenitentiam poscunt, non timeant publicare; removeatur tam improbabilis consuetudo: ne multi a poenitentiae remediis arceantur, dum aut erubescunt, aut metuunt inimicis suis sua facta reserari, quibus possint legum constitutione percelli. Sufficit enim illa confessio, quae primum Deo offertum, tum etiam sacerdoti, qui pro delictis poenitentium precator accedit. Tunc enim demum plures ad poenitentiam poterunt provocari, si populi auribus non publicatur conscientia confitentis (vergl. c. 61. 89. d. I. de poenit.).

Nach und nach wurde die Privatbeichte (Ohrenbeichte, confessio auricularis) immer allgemeiner und durch die Kirchengesetze besonders bestätigt; doch geschah dieß zunächst nur bei geheimen Sünden (delicta occulta), und seit dem 13. Jahrhundert auch bei bekannt gewordenen (delicta manifesta, später notoria). Während das Bekenntniß früher freiwillig erfolgte und nicht als nothwendige Bedingung der Sündenvergebung betrachtet wurde, entwickelten sich im Zusammenhange mit der Ausbildung der Lehre von dem Sacramente entgegen-

3) Exomologesis hat aber bald diese engere, bald eine weitere Bedeutung, ähnlich wie confessio und das teutsche Beichte; s. Winterim, die vorzüglichsten Denkwürdigkeiten der christl. katholischen Kirche, Band V. Th. II. S. 207 flg.

4) S. die citirten Stellen des Socrates und Sozomenus.

5) Ueber den Ursprung der Privatbeichte sind verschiedene Ansichten aufgestellt worden, bei denen Gründe der Confession unverkennbar mitgewirkt haben. Man vergl. Vertsch a. a. D. Borr. zur 2. Ausg. Suicer thesaurus T. I. p. 1146. s. v. *ἑξομολόγησις*. Winterim a. a. D. V. 2. S. 220 flg. S. 353 flg.

gesetzte Ansichten ⁶⁾, welchen die kirchliche Sanction zu Theil ward ⁷⁾. Entscheidend wurde die Festsetzung des vierten Lateranconcils von 1215 can 21: *Omnis utriusque sexus fidelis, in c. 12. X. de poenitentis et remissionibus* (V, 38), welche auf allen Synoden der Folgezeit Bestätigung erhielt. *M. f. bes.: Cons. Trident. sess. XIV. cap. 5 seq. can. 6. seq. de poenit. sacram. Catechism. Roman. P. II. c. 5. de poenit. sacram.*

Hiernach ist jeder katholische Christ, sobald er die Entscheidungsjahre (*anni discretionis*) erreicht hat ⁷⁾, verpflichtet, jährlich wenigstens einmal seinem Priester alle seine Sünden zu beichten. Unterläßt er dieß, so soll er der Kirchengemeinschaft und des christlichen Begräbnißes verlustig gehen.

Die Beichte umfaßt eine Aufzählung aller Sünden, die mit Gedanken, Worten und Werken begangen sind ⁸⁾. Zunächst geht dieß aber nur auf alle gröberen oder Todsünden (*peccata mortalia*); doch gilt auch die Beichte der leichteren oder sogenannten läßlichen Sünden (*peccata venialia*) für heilsam ⁹⁾. Eine allgemeine Beichte über Sündhaftigkeit überhaupt erfolgt den Umständen nach bei Kranken.

Die Beichte wird vor dem dazu befugten Geistlichen abgelegt. Vor dem 13. Jahrh. enthielt die auf das Bekenntniß folgende Losprechung nicht nothwendig ein Moment der Jurisdiction; daher war auch die Beichte vor einem Laien zulässig ¹⁰⁾. Seit die Voraussetzung des Binde- und Löseschlüssels mit in Betracht kommt, ist nur

6) Man vergl. besonders die gründliche Ausführung bei Gieseler, Lehrbuch der Kirchengeschichte, Bd. II. Abth. II. §. 80. Ueber die Theorie Gratian's (*Fr. de poenitentia*) Anm. a daselbst, verb. mit Sarti *de claris archigymnasii Bononiensis professoribus* T. I. P. I. p. 273. not. a. cit.

7) Ueber den Streit, ob die Ohrenbeichte eine göttliche Einrichtung sei, s. m. Joh. Dallaei *disp. de sacramentali sive auriculari Latinorum confessione* Genev. 1661. 4., welcher dieselbe leugnet, während gegen ihn dieselbe behauptet Jac. Brileau *historia confessionis auricularis*. Lutet. Paris. 1684. 8. Ein bestimmtes Jahr nennen die Gesetze meistens nicht. Ausnahmsweise findet sich das 14. Jahr in einer Synod. Narbonensis des 13. Jahrh. (Harduini *Coll. Conc. T. VII. col. 146.*)

8) Schon früher wurden deshalb besondere Register entworfen. Man sehe Gruppen *formulae veterum confessionum*, alte fränkische, alemannische und angelsächsische Beichtformeln, Hannover 1797. 4. Ueber die ältesten teutschen Beichtformeln in Lacomblet *Archiv für die Geschichte des Niederrheins*, Bd. I. S. I. S. 1 fig. Düsseldorf 1831. 8.

9) *Arg. Conc. Trid. sess. XIV. cit. cap. 5 et can. 7.* (vergl. *Barbosae remissiones ad cap. 5. not. β.) Catechism. Roman. l. 1. §. Nr. XXV.*

10) S. Glosse zu c. 3. *Decr. XXV. v. quia facile.* Petr. Lombardus *Sententia lib. IV. dist. 17. art. 3. u. a.* Darin lag denn auch mehr, als „bloße Uebungen der Frömmigkeit und Selbstverleugnung“ (Walter, Lehrbuch des Kirchenrechtes, 7. Ausg. §. 281. Note y.) Die *confessio* von einem Laien war wirklich *sacramentalis* (Albertus Magnus), wurde dann *quodammodo sacramentalis* (Thomas Aquin.) und später non *sacramentum*, sed *aliquid eius loco etc.*) (s. Gieseler a. a. D. Note c. i.) Die Synod. Trovirens. a. 1310. c. 116. (Hartzheim T. IV. Fol. 154.) gestattet das Beichten vor einem Laien in *articulo mortis*.

ein geweihter Priester ¹¹⁾ zum Beichtthören geeignet, und zwar ein competentere. Früher blieb es Jedem überlassen, sich einen Beichtvater zu wählen. Später wurde aber der eigene Seelsorger als der zunächst berechnete angesehen und dessen Erlaubniß durch literae dimissoriales gefodert, wenn man einem Anderen beichten wollte ¹²⁾. Wer nicht schon durch sein Amt zum Beichtthören befähigt ist, bedarf einer besonderen Approbation des Bischofs, oder eines Privilegiums des apostolischen Stuhles ¹³⁾. Solche Privilegien hatten im Mittelalter besonders die Bettelmönche ¹⁴⁾. Nach heftigen Streitigkeiten wurden ihnen dieselben entzogen, und die Autorisation der Bischöfe auch für diese gefodert ¹⁵⁾. Den Geistlichen wird meistens die Wahl ihrer Beichtiger gestattet. Klöster haben gewöhnlich eigne Beichtväter; doch kann der Bischof den Frauenmönchern noch besondere bestellen ¹⁶⁾.

Wann und wie oft gebeichtet werde, blieb anfangs dem Ermessen Jedes überlassen. Schon im vierten Jahrh. wurde aber wohl die Zeit der vierzigstägigen Fasten (caput quadragesimae) als besonders geeignet betrachtet, und bald ein einmaliges Beichten wenigstens im Jahr gefodert ¹⁷⁾, öfter aber auch ein mehrmaliges Beichten vorgeschrieben ¹⁸⁾. Vorzüglich sollen Geistliche öfter ¹⁹⁾ und Nonnen jeden Monat zur Beichte gehen ²⁰⁾. Insbesondere soll gebeichtet werden bei einer bevorstehenden Todesgefahr, wenn man irgend ein Sacrament empfangen will, und eine Sünde auf dem Gewissen hat, und überhaupt wird es für rathsam gehalten zu beichten, wenn man erkennt, daß man in eine schwere Sünde gefallen ist ²¹⁾.

Der Ort, wo gebeichtet wird, ist, mit Ausnahme von Fällen der Nothwendigkeit, die Kirche. Die Gesetze bestimmen, daß dieser Ort

11) Degen des Diaconus f. m. Winterim a. a. D. V. 2. S. 197 fig.

12) C. 12. X. de poenit. cit. Concil. Pragense a. 1355. c. 64. in An. (Hartzheim Conc. Germ. T. IV. Fol. 403) u. a.

13) Conc. Trid. sess. XXIII. cap. 15. de reform., und darnach viele Particularsynoden. R. f. unter andern Synod. Cameracena. a. 1567. Tit. VIII. (Hartzheim VII. Fol. 222. 223.) Synod. Namurcens. a. 1570. Tit. VI. cap. 7. (eod. VII. Fol. 685.) Synod. Tornacens. a. 1574. Tit. IV. cap. 5. (eod. VII. Fol. 773. 774.) u. a.

14) Siehe Gieseler, Kirchengesch. Th. II. Abth. II. §. 69.

15) Conc. Trid. not. 13. cit.

16) Conc. Trid. sess. XXV. cap. 10. de regularibus.

17) Synod. Leodiens. a. 710. c. 8. (Hartzheim T. I. Fol. 32.) Später allgemein, mit Bezugnahme auf den can. Omnis utriusque.

18) Ein zweimaliges Synod. Augustana a. 1567. P. II. c. 7. (Hartzheim T. VII. Fol. 178.), ein dreimaliges Synod. Yprensis. a. 1577. Tit. XVI. cap. 2. (eod. Fol. 848) u. a.

19) Die Synod. Gandavensis a. 1571. Tit. V. c. 2. (Hartzheim T. VII. Fol. 679.) äußert: si fieri potest, singulis hebdomadis, aut saltem infra quindenam semel confiteantur; vergl. Synod. Cameracens. a. 1604. Tit. VIII. c. 13. (eod. T. VIII. Fol. 595.) u. a.

20) Conc. Trid. not. 16. cit.

21) So der römisch-katholische Katechismus für das Bisthum Culm (Culm 1836. 8.) S. 68, 69.

frei von Allen gesehen werden kann²²). Noch am Ende des 16. Jahrhunderts waren in Deutschland die Beichtstühle unbekannt²³). In dieser Zeit finden wir dergleichen confessionalia, sedes confessionales in Italien (1579 erließ das Concil von Consenza, 1591 das von Maili deshalb besondere Bestimmungen), von wo aus sie seit dem Anfange des 17. Jahrh. nach Deutschland u. s. w. kamen²⁴)).

Auch über die Form der Beichte gibt es genaue Bestimmungen, sowohl rücksichtlich des Geistlichen, als des Beichtkinds²⁵). Es soll in Person und mündlich gebeichtet werden, und nur ausnahmsweise durch einen Bevollmächtigten und schriftlich²⁶).

Die Beichte erfolgt gratis. Indessen sind freiwillige Gaben zulässig und durch Gewohnheit gesetzlich geworden (Osterpfennige, Ostergroschen u. a., insbesondere für Ausfertigung der Beichtzettel).

Da es allgemeine Vorschrift der katholischen Kirche ist, daß jeder Christ wenigstens einmahl um Ostern beichte, so sind die Geistlichen gehalten, besondere Beichtregister anzulegen, um diejentlichen Glieder der Gemeinde kennen zu lernen, welche dem Gebote nicht Folge leisten²⁷). Die Säumigen haben sie dem Bischöfe anzuzeigen, welcher dann durch ein Decret die schon durch den Canon. Omnis utriusque, bestimmte Strafe festsetzt²⁸), deren Vollziehung aber jetzt die bürgerliche

22) Conc. Trevirense a. 1227. c. 4. (Hartzheim T. III. Fol. 528.) Moguntin. a. 1261. c. 8., Coloniense a. 1281. c. 8. (eod. Fol. 598. 664.) u. a.

23) So bestimmt noch Synod. Augustana a. 1567. c. 7. (Hartzheim T. VII. Fol. 174.) Sacerdotes in loco sacro et conspicuo, qui secretas vel clausus non sit, sedeant etc. Ähnlich Synodus Yprensis a. 1577. Tit. XVI. cap. 13. (eod. Fol. 850.) u. a.

24) Synod. Pragense. a. 1605. Tit. XI. (Hartzheim T. VIII. Fol. 688.) Synod. Warmiens. a. 1610. (eod. T. IX. Fol. 109.) Auf eine Einführung derselben gemäß eines besonderen Schlusses deuten Synod. Mechlin. a. 1607. Tit. IV. c. 3. (eod. T. VIII. Fol. 777.) Yprensis a. 1609. cap. 13. (eod. Fol. 807.) Gandensis a. 1613. Tit. V. c. 1. (eod. T. IX. Fol. 245.) u. a.

25) Statt vieler Bestimmungen vergl. man besonders Conc. Trevirense a. 1310. c. 116. 117. (Hartzheim T. IV. Fol. 154.) Conc. Argentin. a. 1435. c. 11. (eod. T. V. Fol. 237.) Conc. Bamberg a. 1491. Tit. 57. (eod. Fol. 630.) Conc. Pragense a. 1605. Tit. 20. (eod. T. VIII. Fol. 712.) u. a.

26) Siehe Anm. 25, vgl. den Schluß Clemens VIII. v. 20. Juli 1602, auf welchen die Synode zu Prag v. 1605 (a. a. D.), zu Eöln v. 1662. Tit. V. §. 2. (Hartzheim T. IX. Fol. 974. 975.) u. a. insbesondere Bezug nehmen.

27) S. z. B. Synod. Antwerp. a. 1576. Tit. IV. (Hartzheim T. VII. Fol. 816.) Synod. Cameracensis a. 1586. Tit. VIII. c. 9. (eod. Fol. 1005.) Synod. Warmiens a. 1610. h. Tit. (eod. T. IX. Fol. 113.)

28) Die Excommunication ist also ferendae, nicht latae sententiae. Dieß beweisen die in der vorigen Anmerk. cit. und andere Gesetze, und ganz richtig bemerkt dieß auch Riegger (institut. iuris can. P. III. §. 801.); denn wenn er gleich behauptet: ambiguum satis esse, an haec poena latae, an ferendae sit sententiae, so setzt er doch hinzu: id autem certum est, non habere parochos potestatem, poenam hanc exequendi, sed duntaxat deferendi ad

Bestätigung erfordert. (So auch nach preuß. Recht. [Allg. Landrecht Th. II. Tit. XI. §. 57.] und nach anderen Gesetzen.)

Als besondere Folge der Beichte erscheint das Beichtgeheimniß (*sigillum confessionis*)²⁹). Die Pflicht dazu entsteht, sobald *animo confitendi* und *poenitendi* dem Geistlichen etwas anvertraut wird. Mit dem Entstehen der Privatbeichte wurde dieselbe gleich anerkannt (c. 19. C. II. qu. I. [Augustini sermo 82 ed. Maurin], c. 2. d. VI. de poenit. [Gregor. M.] u. a.) im Canon. *Omnis utriusque* und stets nachher bestätigt³⁰). So wie der Geistliche, soll auch kein Dritter, der das Bekenntniß hört, dasselbe eröffnen. Während das canonische Recht sich unbedingt darüber ausspricht³¹), haben die neueren Gesetze manche Ausnahmen statuiert. So das preuß. allg. Landrecht Th. II. Tit. XI. §. 80—82. verbunden mit der allg. Crim.-Ordnung §. 313., allgem. Gerichtsordnung Th. I. Tit. X. §. 180. u. 3.³¹), das großherz. sachsen-weimarsche Gesetz vom 7. October 1813 §. 38 u. a., wenn eine dem Staate drohende Gefahr abgewendet, ein Verbrechen verhütet oder den schädlichen Folgen eines solchen vorgebeugt werden kann. Nach dem bayerischen Concordate Art. XV. schwören die Erzbischöfe und Bischöfe: *Si tam in Dioecesi mea quam alibi noverim aliquid in status damnum tractari, Majestati suae manifestabo u. a.* Diese Ausnahmen können aber nie so gedeutet werden, daß zur Entdeckung der Person beigetragen wird. Der das Beichtsigel verletzende Priester soll nie mehr Beichte hören dürfen und wird überdies removirt.

Die Grundsätze der katholischen Kirche theilt im Ganzen auch die griechische; dagegen weicht die evangelische wesentlich von denselben ab³²).

episcopum, qui re maturius examinata hominem delatum vel absolvat, vel ad poenam canone decretam condemnet.

29) Darüber s. m. neues Archiv des Criminalrechtes Bd. I. S. 4. Note 25. Bd. II. S. 1. Note 6. Bd. VIII. S. 2. Note 11. v. Droste-Hülshoff, rechtsphilosophische Abhandlungen, Bonn 1824. Note 2. Uklein de sigillo confessionis. Heidelb. 1823. ej. de confessionis sigillum violantis poena eod. l. et a. Duttlinger, über die Pflicht des Beichtpriesters zum Beichtgeheimnisse und seine Befreiung von der Pflicht zum gerichtlichen Zeugnisse, im Archiv für Rechtspflege und Gesetzgebung des Großherzogthums Baden, Bd. II. Note 14. Freiburg 1830. Grünbler, über die Unverletzbarkeit des Beichtsigels, in Weiß Archiv des Kirchenrechtes, Bd. IV. S. 51—124. u. a. m.

30) Eine besondere Anwendung in c. 13. X. de excessibus praelatorum (5. 31.) (Hannov. III. a. 1229.) und öfter.

31) Siehe auch c. 2. X. de officio iudicis ordin. (1. 31.) (Alex. III.) (non ut iudex scit, sed ut deus.) Decretum Clementis VIII. vom 26. Mat 1594.

32) Vergl. auch Simon und v. Strampff, Rechtsprüche der preuß. Gerichtshöfe Bd. I. Note 95. S. 377 flg.

33) Ueber ihre Ansicht von der Buße siehe bei diesem Artikel. Wegen der Beichte s. m. Chr. Wilh. Flügge, Geschichte des teutschen Kirchen- und Predigtwesens, Th. II. S. 414 flg. Bremen 1800. 8. und die cit. Literatur daselbst.

Die Beichte mit der Absolution ist in der evangelischen Kirche als Vorbereitung zum heiligen Abendmahl beibehalten, und zwar als öffentliche (allgemeine) oder als Privatbeichte. Jene besteht im Vortrage des Geistlichen, welcher im Namen der Gemeinde ein allgemeines Bekenntniß der Sündhaftigkeit und erfolgten Uebertretungen ablegt und, nachdem die Gemeinde dieß bekräftigt hat, die Lossprechung von der Sünde ertheilt. Die Privatbeichte enthält dagegen ein Bekenntniß jedes Einzelnen und eine gesonderte Absolution für Jeden. Eine Verbindung beider erfolgt gewissermaßen da, wo der Geistliche nach der öffentlichen Beichtehandlung noch jedem einzelnen Gliede, das sich am Beichtstuhle bei ihm meldet, Lehren und Ermahnungen ertheilt, wie sie dem Verhältnisse desselben entsprechen. Anfangs hielten die Reformatoren die Privatbeichte für nothwendig (s. Melancthon *loci communes* ed. 1521 *loc. de privatis confessionibus*. Luther selbst erscheint schwankend). Die augsburger Confession Art. XI. erklärte: Von der Beichte wird also gelehrt, daß man in den Kirchen privatam absolutionem erhalten und nicht fallen lassen soll. Wiesohl in der Beichte nicht nothwendig ist, alle Missethat und Sünden zu erzählen, dieweil doch solches nicht möglich ist, Ps. 18. Wer kennt die Missethat? vgl. Art. XXV. Apologie der Confession Art. IV., besonders gegen den Canon. *Omnis utriusque* gerichtet, indem es unter anderen daselbst heißt: Darum wollen wir keine Bürde auf die Gewissen legen durch das Capitel: *Omnis utriusque sexus*, sondern sagen von demselbigen, wie von anderen Menschenfügungen, nämlich, daß es nicht ein Gottesdienst sei, der nöthig sei zur Seligkeit. Auch so wird in dem Capitel ein unmöglich Ding geboten, nämlich, daß wir alle Sünden beichten sollen u. s. w. Daselbst Art. VI., wo gegen die Deutung des Ausdrucks *confessio* in der katholischen Kirche die Erklärung abgegeben wird: So ist dieselbige Beichte, die Gott geschickt, eine solche Reue im Herzen, da ich Gottes Ernst und Zorn fühle, Gott Recht gebe, daß er billig zürnet, daß er auch mit unserm Verdienst nicht könne versöhnet werden, und da wir doch Barmherzigkeit suchen, nachdem Gott hat Gnade in Christo zugesagt... Desgl. Luthers kleiner Katechismus (christl. Concordienbuch. Leipzig 1790. S. 593): Für Gott soll man aller Sünden sich schuldig geben, auch die wir nicht erkennen, wie wir im Vater Unser thun: Aber für den Beichtiger sollen wir allein die Sünde bekennen, die wir wissen und fühlen im Herzen u. a. m.

Da über die Form selbst nichts Näheres bestimmt wurde, blieb es den einzelnen Kirchenordnungen überlassen, deshalb besondere Anordnungen zu treffen. So wurde bald die allgemeine, bald die Privatbeichte anerkannt, und öfter dem Beichtenden freigestellt, welcher er sich bedienen wolle³⁴⁾, besonders nachdem seit dem Anfange des 18.

³⁴⁾ So die sächsische Agende von 1580 (*Corpus iuris Saxonici* T. 2. p. 671.) u. a. Ueber Preußen s. m. Porst, kurzer Auszug aus den vornehmsten königl. preuß. Edicten (ed. II. Berlin 1727. 4.) S. 20—22. Be-

Jahrhunderts darüber heftig gestritten worden war³⁵). Ob die Beichte vor dem Genuße des heiligen Abendmahls absolut nothwendig sei, ist auch zweifelhaft. Luther erklärt, dieß sei nicht der Fall, und Viele sind ihm hiezin gefolgt³⁶).

Was den Beichtvater betrifft, welcher überhaupt ein ordinirter Geistlicher ist, so steht in der Regel den Eingepfarrten die Wahl unter den Pfarrern ihrer Kirche zu. Manche Personen, wie Eximirte, sind öfter hierbei völlig unbeschränkt³⁷).

Das Beichtgeld³⁸) ist als Accidens der Pfarrer beibehalten. Die Stimmen für Aufhebung desselben sind immer häufiger geworden, doch ist diese nur theilweise in Preußen (Minister.-Rescr. vom 2. Jan. 1817 ist nicht practisch geworden), Nassau (Edict vom 8. April 1818), Großherz. Hessen, Sachsen-Weimar (Verordn. v. 10. März 1830), u. s. w. bisher bewirkt.

Das Beichtsigel wird auch in der evangelischen Kirche anerkannt³⁹).

φ. S. Jacobson.

Weißschlaf, außerehelicher (Concubitus¹)). Die außereheliche Befriedigung des Geschlechtstriebes hat sowohl straf- als civilrechtliche Beziehungen.

I. Strafrechtliche Beziehungen. Nicht sowohl durch das römische Recht²), als durch die Geltendmachung kirchlicher Satzungen

äher, Kirchenregistratur S. 19, 20. Borowski, neue Kirchenregistratur S. 2, 3. vergl. bef. Verordnung vom 29. Nov. 1781. Interessant ist hierbei öfter die Geschichte einzelner Kirchen; man sehe z. B. Weesenmayer, Geschichte der Beichte in der ulmschen Kirche, Ulm 1792. 8.

35) Vergl. darüber Fassbach, Leben Spener's Bd. II. S. 86 fg.

36) Unterricht an die Pfarrherren im Kurfürstenthum Sachsen (Werte T. VII. Fol. 10.), s. v. Mosheim, Sittenlehre Th. IX. S. 447 u. a.

37) So in Preußen allgem. Landrecht Th. II. Tit. XI. §. 283 fg. Da §. 422 eod. nur Taufen, Trauungen und Begräbnisse als Handlungen nennt, welche Eingepfarrte nicht ohne Einwilligung des in ihrer Parochie bestellten Pfarrers vornehmen lassen sollen, scheint in Beziehung auf die Beichte schlechthin die freie Wahl des Beichtvaters behauptet werden zu können. Indessen ist dieß doch nicht allgemein practisch, und einzelne Provinzialrechte bestimmen deshalb noch Näheres. So spricht ausdrücklich die Befreiung vom Pfarrzwange in dieser Hinsicht das ostpreuss. Provinzialrecht, Zusatz 180, aus für die Stadt Königsberg (vergl. Verordnung vom 13. März 1787 in Borowski's neuer Kirchenregistratur S. 8). Die Exemption der Civilpersonen (L.-R. §. 432 cit.) sollte übrigens durch das Ministerialrescript vom 2. Jan. 1817 Note 1. (v. Kampff, Annalen Bd. I. S. 127) aufgehoben werden, was jedoch bisher nicht geschehen ist.

38) Joh. Friedrich Fertsch, das Beichtgeld in der protest. Kirche, seine Entsehung und die Nothwendigkeit seiner Abschaffung, Gießen 1830. 8. Vgl. Flügge a. a. D. II. S. 430 fg.

39) Glück praecognita uberiora univ. iuris pr. eccles. §. 54. not. 3. siehe oben Anm. 29. Gründler daselbst cit. §. 22. S. 93.

1) In der Sprache der Medicin, namentlich der gerichtlichen Arzneikunde, Coitus; siehe überhaupt Most, ausführliche Encyclopädie der gesammten Staatsarzneikunde, Band 1. Leipzig 1838. unter Coitus, S. 303.

2) Siehe über dieses und seine jetzige Unanwendbarkeit: Quistorp,

hat sich, besonders seit der Zeit der Reformation, in Teutschland der Grundsatz geltend gemacht, daß der außereheliche Geschlechtsgeuß an und für sich, d. h. der Weisclaf zwischen Personen ledigen Standes, deren Ehelichung kein rechtliches Hinderniß entgegensteht, strafbar sei. Das canonische Recht³⁾ verhängte, ohne die weltliche Strafe auszuschießen⁴⁾, die bloß kirchliche Strafe der Kirchenbuße⁵⁾, welche, lange in Uebung erhalten, sich endlich durch ihre innere Verwerflichkeit selbst das Grab bereitete⁶⁾. Die Reichsgesetzgebung schritt in der Reichspolizeiordnung vom Jahre 1530 Tit. 33 „von leichtfertiger Beiwohnung“, vom Jahre 1548 Tit. 25 und vom Jahre 1572 Tit. 26⁷⁾ durch Bedrohung mit unbestimmter Strafe weiter, und Gerichtsgebrauch wie die Landesgesetzgebungen folgten der gegebenen Richtung.

So hat sich die Lehre von den sogenannten Fornicationsstrafen gebildet. Gemeinrechtlich ist diese Strafe, welche beide Theile trifft, eine willkürliche, die in einer Geldbuße oder Freiheitsstrafe zu bestehen pflegt⁸⁾.

Grundsätze des peinlichen Rechtes, Theil 1. §. 476. Martin, Lehrbuch des teutschen gemeinen Criminalrechtes, §. 278. Feuerbach, Lehrbuch des peinlichen Rechtes, zwölfte Ausgabe von Mittermaier, Gießen 1836. §. 453 u. 454.

3) Cap. 2. X. de adulter. cap. 3. X. de poenis. Boehmer, ius eccles. protest. lib. 5. tit. 16. §. 4. 5. Busch, theoretisch practische Darstellung der Rechte geschwächter Frauenspersonen gegen ihre Verführer und der unehelichen Kinder gegen ihre Erzeuger, aus dem Gesichtspuncte des gemeinen bürgerlichen Rechtes betrachtet; nebst einem Anhang zc. Jtmenau 1828. §. 12. 13. S. 18.

4) Martin a. a. D. §. 279.

5) Siehe hierüber: Versuch einer Geschichte und Ausbildung der Kirchenbuße, von einem Katholiken (bei Flügge, Beiträge zur Geschichte der Religion und Theologie, Th. 2. S. 1—248).

6) Henke, Archiv für die neueste Kirchengeschichte 1794, zweites Quartal. Dessen Eusebia, Bb. 3. St. 3. Nr. 15. Quistorp a. a. D. §. 476. Littmann, Handbuch, Bb. 3. §. 568. Grolman, Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft, 3. Aufl. 1818. §. 379.

7) Senckenberg, Sammlung der Reichsabschiede, Th. 2. S. 443, 601. Th. 3. S. 393.

8) Quistorp a. a. D. §. 477a. Heffter, Lehrbuch des gemeinen teutschen Criminalrechtes, Halle 1833. §. 432. Einzelne Landesgesetze, welche zum Theil so weit gingen, die Geschwächte zu nöthigen, den Stuprator zu denunciiren — s. allgemeine juristische Zeitung vom Jahre 1828, Nr. 47. S. 185. Note; Busch a. a. D. S. 446 (wo dieser eines sachsen-weimar'schen Gesetzes gedenkt, daß die Unterlassung der Namhaftmachung mit Zuchthausstrafe von 4 Wochen, eine Strafe, welche durch das Niederkommen in dem Accouchirhause in Jena vermieden werden kann, bedroht) — firirten mehr oder weniger die Strafart und das Strafmaß. Eine braunschweig-lüneburgerische Polizeiordnung vom Jahre 1614 verpönte die einfache Schwächung mit Landesverweisung (während die Praxis sehr nachsichtig war, wenn es einen Edelmann und dessen Frauubin betraf). Freudentheil, historische Darstellung der Criminalrechtspflege und der Criminalgesetzgebung im Königreich Hannover (Beilageheft zum Jahrgang 1838 des Archivs des Criminalrechtes) S. 39, 40. Eine herzoglich braunschweigische Verordnung vom Jahre 1593 dictirte Geldstrafe nach Verschiedenheit des Standes und Vermb-

Die Größe der Strafe richtet sich darnach, ob mehr oder weniger öffentliches Aergerniß gegeben wurde⁹⁾, ob das Vergehen sich wieder-

gens des Schuldigen und des Ranges der Geschwächten. Liebhaber, Einleitung in das herzoglich braunschweig-lüneburgische Landrecht, Th. 2. S. 478. Das babilische Landrecht vom Jahr 1622 verordnete Theil 3, Tit. 8: Wenn zwei ledige Personen Hurerey und Unzucht mit einander getrieben, sollen dieselben, nemlich die Mannsperson in einem Thurm acht, die Weibsperson vier Tage in weiblicher Gefängniß aufgehalten und beide mit Wasser und Brot oder nach Gelegenheit anderer Gestalt gespeiset, auch von jedem vor der Erledigung acht Gulden bezahlt werden und, da das eine nicht so viel im Vermögen, das andere nicht allein seinen Theil, sondern auch dasjenige, was an dem unvermögenden abgeht, zu erstatten schuldig sein; indem es der Geschwächten zugleich die Geltendmachung ihrer Ansprüche gegen den Stuprator und Schwängerer vorbehielt. (S. auch noch den Theil 7 dieses Landrechtes Tit. 31: Von Straff gemeiner unzüchtiger Weiber, Tit. 32: Von gemeinen verdächtigen Zugang, und Tit. 33: Von Unzucht lediger sonst unverschämter Personen. — Nach einer schleswig-holsteinischen Verordnung vom J. 1798 — H igit, Annalen der teutschen und auswärtigen Criminalrechtspflege, Band 13. Berlin 1832. S. 33 — wird das Vergehen der Unzucht, welches inbessen nicht Gegenstand officieller Nachforschung oder anzunehmender Denunciation ist, sondern nur dann verfolgt wird, wenn es durch Schwängerung an den Tag kommt, das erste Mal mit zehn Tagen Haft bei Wasser und Brot und Geldbuße von 5 Thalern für den männlichen, und 3½ Thalern für den weiblichen Theil im mildesten Ansage, das zweite Mal mit der doppelten Strafe, das dritte Mal mit halbjährigem Zuchthaus bestraft. Ein für das Königreich Württemberg noch im Juli 1836 erlassenes Gesetz über Bestrafung der einfachen Unzuchtsvergehen (über den betreffenden Inhalt des älteren Entwurfes eines Strafgesetzbuches für diesen Staat siehe den 6. Band des neuen Archivs des Criminalrechtes S. 667, 678) bedroht den unehelichen Beischlaf mit 5 Gulden Geldbuße (an deren Stelle 2 Tage Gefängniß treten, wenn die Strafe nicht binnen 14 Tagen entrichtet wird), bei Wiederholung mit 10 Gulden (oder 4 Tagen). Zeh, Gesetz, betreffend die Bestrafung der einfachen Unzuchtsvergehen vom 22. Juli 1836 mit Vollziehungsinstruktion und den einschlägigen Verordnungen und Normalvorschriften zc. Weissenfels 1837. Archiv des Criminalrechtes, neue Folge, Jahrgang 1837. S. 542. Die landgräflich hessen-darmstädtische Gesetzgebung, welche die Gerichte zugleich ermächtigte, auf Ausschließung von dem Genuße des heiligen Abendmahles zu erkennen, wählte früher die Gefängniß-, später, unter Zulassung der an die Stelle der Kirchenbuße tretenden sogenannten Dispensationsgelder, die Geldstrafe, indem sie zugleich zu Gunsten der Soldaten und deren Töchter, der Invaliden und der Weibspersonen, welche die Entbindungsanstalten zu Mainz und Siegen benutzten, Befreiungen eintreten ließ. — Eigenbrodt, Handbuch der großherzoglich hessischen Verordnungen, Band 2. S. 374. Band 3. S. 390, 431. — Nach dem Zeugnisse von Ledderhose, Versuch einer Anleitung zum hessen-cassel'schen Kirchenrechte, beschränkte sich die hessen-cassel'sche Gesetzgebung auf die Strafe der Kirchenbuße. — Die Gesetzgebung des Großherzogthums Sachsen-Weimar verhängt Geldstrafe, es sei denn, daß ein Postbedienter der Schwängerer sei, in welchem Falle die Schuldige mit vierteljährigem Gefängniß bei Wasser und Brot, der Schuldige aber gleichfalls mit Gefängniß und Einziehung einer vierteljährigen Besoldung zu frommen Zwecken bestraft werden und gar keine Vorbitte gelten solle. Busch a. a. D. S. 447 u. 448.

9) Ueber die Strenge der alten Satzungen einiger Kantone der Schweiz siehe C. S. Müller, das Strafrecht der Kantone Uri, Schwyz, Unterwalden, Glarus, Zug und Appenzell, St. Gallen 1833. S. 308 fig. 102 fig. —

holte, wer der verführende, wer der verführte Theil sei u. s. w. Als Milderungsgrund (wegen Minderung des Aergernisses und der Ehebegünstigung) gilt die Eingehung der Ehe¹⁰⁾, oder das vorausgegangene Verlöbniß¹¹⁾, als Schärfsungsgrund die Vergehung innerhalb der Trauerzeit der Wittwe¹²⁾, das besondere Verhältniß zwischen den Schuldigen, z. B. das Verhältniß als Lehrer, Beichtvater, Vormund oder Gefangenwärter der Geschwächten¹³⁾, die Mittheilung einer Krankheit, womit der eine Theil wesentlich behaftet war, die Art der Vergehung, besonders aber die planmäßige Verführung einer ehrbaren Person.

Der Grund dieser Strafgesetzgebung ist, wie sich Heffter a. a. D. S. 430 ausdrückt, ein religiös-sittlicher¹⁴⁾. Sowohl die Betrachtung, daß es bedenklich sei, ein Sittengesetz zum Rechtsgesetz zu erheben¹⁵⁾, als die Erfahrung, daß sich die sogenannten Fornicationsstrafen, als Bestrafung der Aeußerung eines Naturtriebes, nicht als zweckmäßig bewiesen hätten¹⁶⁾, daß sie namentlich den Kindermord beförderten¹⁷⁾, führte schon im vorigen Jahrhundert (welches sowohl in der Theorie, als in der Strafrechtspraxis sich viel mit der Frage, welches

Das Landbuch von Appenzell-Innerhaben sagt: rem carnis habere significat tangere, osculum dare vel embarasser.

10) Senes schleswig-holstein'sche Gesetz erläßt in diesem Falle die Strafe ganz.

11) Bodinus, de anticipato concubitu. Hallae 1701. Mentzer, quaest. theol. num sponsis ante solemnem in ecclesia copulationem et benedictionem concumbentibus publica poenitentia iuste imponatur. Giess. 1720. Cines Frankianers Beweis, daß Verlobter Beisammenschlafung eine große Sünde sei. Dagegen: eines Thomasianers Beweis, daß dieses eben eine so große Sünde nicht sei, Halle 1724.

12) Beyer, Diss. de concubitu intra tempus luctus. cap. 3. Leyser, meditat. ad pandect. spec. 581. med. 22.

13) Solche Schärfsungsgründe haben einzelne Landrechte besonders hervorgehoben. So heißt es z. B. Th. 7. Tit. 43. des badiſchen Landrechtes vom Jahre 1622: Da sichs begeben, daß ein Vormund seine Pflēgetochter, welche ire mannbare Jahre erreicht, zum fall brächte, soll er, umb einer solchen begangenen Mißhandlung willen, des Lands ewiglich verwiesen und nach Beschaffenheit der Uebertretung mit Ruthen ausgehauen, oder sonst gestraft werden. (Er soll auch dieses seiner geschändeten Pflēgetochter, deren Ehr als das höchste Gut er mit allem getreuen Fleiß verthädigt haben sollte, ein gebürlich Heurathsgut zu geben schuldig sein.) Tit. 44. bedroht es den Gefangenwärter, welcher die Gefangene mißbraucht, mit Landesverweisung.

14) Ueber den Gesichtspunct der Lehre von der Bevölkerungspolizei siehe v. Berg, Handbuch des teutschen Polizeirechtes, Theil 3. S. 31, 149 flg.

15) v. Droste-Hülshoff, Abhandlung über die Frage, ob nur Rechtsverletzungen vom Staate als Verbrechen bestraft werden dürfen? (S. 600—624 des 9. Theiles des neuen Archivs des Criminalrechtes) besonders S. 614 flg.

16) Ueber das Verbrechen der Unzucht und die Straßlosigkeit desselben. München 1812.

17) G. L. Eist, über Hurerei und Kindermord, Mannheim 1784. Cella, von Strafen unehelicher Schwängerungen, Anspach 1784. Weber, systematisches Handbuch der Staatswirthschaft, Band 1. Abth. 1. Berlin 1804. S. 198.

Gerecht, namentlich bei Fornicationen der Juden¹⁸⁾, competent sei, wenn die als Finanzquelle beliebte Geldstrafe zusalle¹⁹⁾ u. s. w. sich beschäftigen mußte) zur ernststen Mahnung, diese Strafen abzuschaffen²⁰⁾. Cella, über Verbrechen und Strafen in Unzuchtsfällen, Leipzig 1787. Zweiter Abschnitt „von der Gesetzgebung in Ansehung der Unzuchtsfälle“ S. 26—36. — Vier Zugaben zu dem im Jahre 1782 von der öconomischen Gesellschaft zu Bern gekrönten Schrift: Von der Criminalgesetzgebung, Altenburg 1785. S. 309²¹⁾. Ser=vin, über die peinliche Gesetzgebung, aus dem Französischen von F. C. Bruner, Nürnberg 1786. S. 256 u. — Rathlef, vom Geist der Criminalgesetze, Bremen 1790. S. 40—43. Von der Strafe der Unzucht²²⁾. Der Gesetzgebungspolitik des neunzehnten Jahrhunderts blieb es vorbehalten, diesen Belehrungen zu folgen. Die Strafgesetzbücher von Oesterreich, Frankreich, Preußen, Bayern²³⁾, für

18) Thomas, System aller sülbaischen Privatrechte, Band 1. Fulda 1788. S. 443, 444.

19) Pufendorf, observ. iur. univ. Tom. I. obs. 46. G. L. Boehmer, de mulctis stuprorum. Goett. 1748. (In dessen electis iur. civ. Tom. III. exercit. 22.)

20) Dieses that schon im Jahre 1799 eine anhalt = bernburgische Verordnung: Die sogenannte Hurenstrafe soll abgeschafft sein u. Bibliothek für die peinliche Rechtswissenschaft, herausgegeben von v. Almenningen, R. Grolman und A. v. Feuerbach, Band 2. Miscellan. S. 13.

21) Der Verfasser sagt unter Anderem: Die seitherige strenge Bestrafung des unehelichen Beischlafes hat, ich muß es zur Schande der Menschheit bekennen, mehr Unheil angerichtet, als die verderblichsten Kriege. Für die Beibehaltung dieser Strafen hat sich noch erklärt: Hudtwalcker, die unnatürliche Pflegemutter; Actenauszug nebst nachträglichen Bemerkungen über den geheimen Mord kleiner, besonders unehelicher Kinder in großen Städten und über die Mittel, demselben zu steuern. (S. 3 flg. des zweiten Heftes des dritten Bandes der von ihm und Trummer herausgegebenen criminalistischen Beiträge, Hamburg 1827) S. 77 flg.

22) Siehe noch Zacharia, Anfangsgründe des philosophischen Criminalrechtes, Leipzig 1805. S. 64. Der Dalberg'sche Entwurf eines Gesetzbuches in Criminalsachen, Frankfurt und Leipzig 1792, schlug noch (S. 156) vor, zu bestimmen: Auf fleischliche Vergehungen lebiger Personen steht ein halb Jahr Polizeihaus, welches bei Wiederholungen verdoppelt wird. Der Richter kann diese Strafen auch in Geldabgaben verwandeln, auch nach Umständen bis auf sechs Wochen mäßigen.

23) Der Kleinschrod'sche Entwurf hatte (§. 1443) vorgeschlagen: Einfache fleischliche Verbrechen sind nach den Gesetzen der Polizei zu bestrafen. Siehe Entwurf eines peinlichen Gesetzbuches für die kurpfalz-bayerischen Staaten, verfaßt von G. A. Kleinschrod, München 1802. S. 232; siehe auch noch dessen Abhandlungen aus dem peinlichen Rechte, Bb. 2. S. 273—286, und Schmidt, über die Unzulänglichkeit des Kleinschrod'schen Entwurfes zur peinlichen Gesetzgebung in Bayern, Ulm 1803. S. 149. — Das dem Strafgesetzbuche von Bayern nachgebildete oldenburgische Gesetzbuch hat die Unzuchtsstrafe beibehalten, indem es im Art. 429 bestimmt, daß gemeine Unzuchtsfälle polizeilich, beim zweiten Rückfalle als Vergehen mit achtägiger bis einmonatlicher Gefängnißstrafe geahndet werden sollten. Siehe Strafgesetzbuch für die herzoglich oldenburgischen Lande von 1814. Neuer unveränderter

den Kanton Zürich (vom 3. October 1835)²⁴⁾ u. s. w. haben die sogenannten Fornicationsstrafen stillschweigend verbannt²⁵⁾. In anderen Staaten wurden sie durch besondere Gesetze aufgehoben. Dieses geschah namentlich im Großherzogthum Hessen, unter den Auspicien des Justizministers von Grolman, durch ein Gesetz v. 30. Mai 1821²⁶⁾, welches im Art. 1 vorschreibt: Alle Strafen des freiwilligen außerehelichen Weischlafes zwischen Personen ledigen Standes, welche in verbotenen Graden mit einander weder verwandt, noch verschwägert sind, sie mögen sich vorher die Ehe versprochen haben oder nicht, hören von nun an in allen Theilen unseres Großherzogthums, wo solche noch bestehen, gänzlich auf²⁷⁾. Das Gleiche that im Jahre 1816 die herzoglich nassauische Gesetzgebung, und im Jahre 1834 die Gesetzgebung des Königreichs Sachsen²⁸⁾, welche bei diesem Principe bei Hingabe des

Abdruck mit Einschaltung der bis Ende 1836 ergangenen neuen Bestimmungen zc. Ulmenburg 1837. S. 163.

24) Das Gesetz des Kantons Basel über die correctionelle Gerichtsbarkeit vom Jahre 1824 hat noch die Fornicationsstrafe beibehalten. Siehe neues Archiv des Criminalrechtes, Bb. 9. S. 5.

25) Gleiches that die dem französischen Strafgesetzbuche nachgebildete Strafgesetzgebung der Cortes. Criminalistische Beiträge, herausgegeben von M. P. Pudtwalder und Trummer, Band 1. Hamburg 1825. Dr. Hartung, die Strafgesetzgebung der Cortes, S. 334 flg. Nach dem Entwurfe eines Strafgesetzbuches für Brasilien, — siehe kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes von Rittermaier und Zacharia, Bb. 1. Heidelberg 1829. S. 182, 184, hat Schwächung einer Jungfrau unter 16 Jahren oder eines unbescholtenen Frauenzimmers unter 17 Jahren Strafe (und Dotirung) zur Folge. In England ist der Besuch öffentlicher Häuser strafbar, während einfache Schwächungen von dem Friedensrichter bestraft werden können. Kritische Zeitschrift von Rittermaier und Zacharia, Bb. 1. S. 116.

26) Floret, historisch-kritische Darstellung der Verhandlungen der Ständeversammlung des Großherzogthums Hessen im Jahre 1820 und 1821, Gießen 1822. S. 62—69. Gesetz über die Aufhebung der Fornicationsstrafen. Allgemeine politische Annalen, herausgegeben von Murhard, Band 11. 1823. S. 76. Bopp, Mittheilungen aus den Materialien der Gesetzgebung und Rechtspflege des Großherzogthums Hessen, Th. 1. Darmstadt 1830. S. 90 flg. Allgemeine Justiz-, Cameral- und Polizeisama vom Jahre 1830. Nr. 59, 60. Ueber Fornicationsprozeß und Fornicationsstrafen im Herzogthume Hessen. Bopp, die Civil- und Criminalgesetzgebung des Großherzogthums Hessen. Cap. 4. Gesetz über die Aufhebung der sogenannten Fornicationsstrafen. (S. 439—476 des dritten Bandes des A. Müller'schen Archivs der neuesten Gesetzgebung aller deutschen Staaten, Mainz 1832.) Kdber, kritische Beiträge zur Vergleichung merkwürdiger deutscher und ausländischer Gesetzgebung und Rechtspflege, über die außereheliche Geschlechtsgemeinschaft, Waterschaft und Kindschaft zc. Darmstadt 1837. S. 3, 4. Hitzig, Annalen der deutschen und ausländischen Criminalrechtspflege, Bb. 9. Berlin 1831. S. 299, 300. Martin a. a. D. S. 279. Note 10. Peffter a. a. D. S. 445. Note 4. Feuerbach a. a. D. S. 412.

27) Der Art. 3 enthält jedoch den beschränkenden Zusatz: daß eine jede grobe Sittenlosigkeit im Umgang beider Geschlechter der polizeilichen Einschreitung fernerhin unterliege.

28) Gesetz vom 8. Februar 1834 über die Fleischesverbrechen, abgedruckt im Archiv des Criminalrechtes, neue Folge, Jahrgang 1835, S. 269 zc. Siehe

Strafgesetzbuches dieses Staates vom 30. März 1838 stillschweigend beharrte, indem sie darin, nach dem Vorbilde des bayer'schen Strafgesetzbuches (Art. 375—378), nur die Unzucht mit Personen im bewußtlosen Zustande (Art. 160), die Verführung zur Unzucht (Art. 266), den Mißbrauch zur Unzucht von Seiten der Pfllegeeltern, Erzieher, Vormünder u. s. w. (Art. 304) und die Unzucht als Gewerbe (Art. 305) verpönt²⁹⁾. In verwandtem Geiste sind die für die Großherzogthümer Baden³⁰⁾ und Hessen³¹⁾ und den Kanton Graubünden³²⁾ bestimmten Strafgesetzbücher entworfen. (Der Entwurf für das Königreich Hannover hat die Strafe noch beibehalten. Neues Archiv des Criminalrechtes, Band 9. S. 253.)

II. Civilrechtliche Beziehungen³³⁾. Diese Beziehungen zeigen sich nach zwei Richtungen, A) hinsichtlich der Geschwächten respective Geschwängerten³⁴⁾ und B) hinsichtlich des durch den Beischlaf etwa erzeugten Kindes.

A) Das mosaische Recht³⁵⁾ verpflichtete den Stuprator, die Ge-

hierüber Wächter, Abhandlungen aus dem Strafrechte, Bb. 1. Die Verbrechen der Entführung und der Nothzucht, nebst einer Erörterung der sogenannten Fleischesverbrechen im engeren Sinne. Nach dem gemeinen teutschen und sächsischen Rechte und mit Rücksicht auf die neueren teutschen legislativen Arbeiten, Leipzig 1835, und dessen de lege saxonica d. VIII. m. Febr. a. 1834. lata commentarii. Pars 1. Lips. 1835. Feuerbach a. a. D. S. 407, 412. (Noten des Herausgebers.) Ueber den Großmann'schen Antrag auf Wiedereinführung der so abgeschafften Strafen der einfachen Unzucht und ihrer Unternehmung von Amtswegen nebst dessen Motivirung. Siehe Röder a. a. D. Anhang, S. 96—102. Von den Unzuchtsstrafen.

29) Criminalgesetzbuch für das Königreich Sachsen u. Mit Anmerkungen zum practischen Gebrauche, erste Abtheilung, Dresden 1838. S. 51, 52, 80, 88, 145, 165. Das neue Criminalgesetzbuch Sachsens mit Erläuterungen, bearbeitet von einem practischen Rechtsgelehrten, zweite Lieferung, Leipzig 1838. S. 113, 114, 181, 201, 202.

30) Nach der bisherigen Gesetzgebung dieses Staates (Gesetz vom 16. Februar 1813) war die Geschwängerte von aller Strafe frei und nur der Schwängerer derselben unterworfen. Indessen konnte zu dem Zwecke nur dann eine Untersuchung gegen ihn gerichtet werden, wenn die Geschwängerte unaufgefordert mit ihrer Beschuldigung gegen ihn auftrat und diese durch specielle Verdachtsgründe unterstüßte. Siehe noch Annalen der großherzoglich badischen Gerichte, herausgegeben von Beckl u., fünfter Jahrgang, Karlsruhe 1837. Nr. 12. S. 72.

31) Vortrag über den Entwurf eines Strafgesetzbuches für das Großherzogthum Hessen (vom October 1837) Tit. XXXIX. Von der Unzucht und Verletzung der Schamhaftigkeit. S. 272—280.

32) Neues Archiv des Criminalrechtes, Bb. 8. S. 207.

33) Hierüber außer Quistorp a. a. D. §. 479—485, und der bereits gedachten Monographie von Busch, theoretisch practische Darstellung u., die Schrift: Gatt, die Rechtsverhältnisse aus der außerehelichen Geschlechtsgemeinschaft, sowie der unehelichen Kinder nach gemeinem, bayer'schem, österreichischem, preussischem und französischem Rechte, München 1836.

34) Busch a. a. D., erste Abtheilung, von den Rechten der Geschwächten gegen ihren Schwängerer und des Letzteren Verbindlichkeiten, S. 6—213.

35) Busch a. a. D. S. 7, 12—18. Michaelis, mosaisches Recht, Th. 5. §. 267. Boehmer, ius eccles. protest. lib. 5. tit. 16. §. 2 sq.

schwächte zu ehelichen, ohne ihm zu gestatten, eine Selbstschädigung an die Stelle zu setzen. Wollte der Vater ihm die Tochter nicht zur Ehe geben, so war er verbunden, demselben die Zahlung zu leisten, welche bei dem Kaufe einer Jungfrau zur Ehe gewöhnlich war³⁶). Das römische Recht räumte der Geschwächten keine Rechte gegen den Stuprator ein³⁷). Dagegen verpflichtete ihn das zu der mosaischen Gesetzgebung sich hinneigende canonische Recht, die Geschwächte, wenn sie eine Jungfrau war³⁸) und er sie verführt hatte, entweder zu ehelichen und auszustatten, oder sie wenigstens, wenn die Vollziehung der Ehe wegen eines ohne ihre Schuld sich geltend machenden Hindernisses nicht stattfinden konnte, zu dotiren³⁹), es mochte Schwängerung erfolgt sein oder nicht⁴⁰). Die Praxis modificirte und beschränkte diese Vorschrift, indem sie sich dahin entschied, daß entweder Ehelichung (ohne Ausstattung), oder, nach der Wahl des Verpflichteten, Ausstattung erfolgen müsse⁴¹). Zugleich gab die Praxis, welche, in Anwendung allgemeiner

36) Ueber die verschiedenen Auslegungen der mosaischen Gesetzgebung siehe Busch a. a. D. S. 12 flg.

37) C. T. J. Gmelin, Dissert. de fatis et fundamentis obligationis stupratorum ducendi aut dotandi vitiatas. Tubing. 1797. S. 1—3. Poffinger, Ansichten über das Rechtliche bei außerehelichen Schwängerungen, Landshut 1817. S. 97 flg. Glück, ausführliche Erläuterung der Pandecten, Bd. 28. §. 1288. S. 149. Busch a. a. D. S. 8. Gett a. a. D. S. 34.

38) Mehrere Rechtslehrer, als Glück a. a. D. S. 155, Gebr. Dverbed, Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien, Bd. 7. Hannover 1796. Neb. 361, S. 64—67 (ein Rechtsfall, der zu Gunsten der Wittwe entschieden ward), Kind, quaest. for. edit. 2. tom. IV. cap. 9, behnen das Gesetz auf die verführte Wittwe aus. Siehe dagegen Seuffert, Lehrbuch des practischen Pandectenrechtes, Bd. 2. §. 427. Gett a. a. D. S. 9, 10.

39) Cap. 1. X. de adult. Si se duxit quis virginem, nondum desponsatam, dormieritque cum ea, dotabit eam et habebit uxorem. Si vero pater virginem dare noluerit, reddat pecuniam iuxta modum datis, quam virgines accipere consueverunt. — B. Bardili, Diss. de satisfact. stupratae. Tubing. 1685. D. Walther, Diss. de dote sine matrim. Giess. 1703. J. G. Haefft, Diss. de virg. stuprata a stupratore non dotanda. Giess. 1719. A. Kaestner, de dote a stupratore stupratae praestanda. Lips. 1745. Kurze Entscheidung der Frage, ob und inwiefern ein stuprator der stupratae zur Satisfaction u. s. w. verbunden sei u. Dettingen 1748. Boehmer l. c. (ius eccles. prot.) lib. 5. tit. 16. Busch a. a. D. S. 18—41. Schmidt, theoretisch-practischer Commentar über seines Vaters Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden, 2. Ausgabe, Leipzig 1801. Bd. 2. S. 219 u. Gett a. a. D. S. 6—53.

40) Glück a. a. D. S. 154. Hommel rhaps. quaest. tom. VI. cap. 47. Seuffert a. a. D. §. 427. v. Wening-Ingenheim a. a. D. Busch a. a. D. S. 52—57. Gett a. a. D. S. 10. Dieser Theorie gemäß erkannte das Oberappellationsgericht in Cassel nach dem Zeugnisse von Canningesser, collect. decis. sup. trib. Hasso - Casell. tom. II. Cass. 1771. Decis. 307. p. 622. während das oberste Gericht des Königreichs Hannover entgegengesetzt erkannte. Sagemann, pract. Erörterungen, Bd. 6. Erbrt. 100.

41) Aut duc, aut dota! J. L. Heinrichmayer, tract. de iuribus et consuetudinibus forensibus circa stupra et fornicationes. Erlang. 1786. Busch a. a. D. S. 42. Leyser, medit. ad pand. tom IX. spec. 589.

Rechtsgrundsätze, zugleich der Geschwächten das Recht, Entbindungs- und Wochenbettskosten ersetzt zu verlangen, einräumte⁴²⁾, dieser Ausstattung das Gepräge einer Entschädigung für entzogene⁴³⁾ oder geschmälerete Gelegenheit standesmäßiger Verehelichung⁴⁴⁾. Die Größe ist dem richterlichen Ermessen, das in Analogem Anhalt gewinnt und den Stand der Geschwächten und das Vermögen des Verpflichteten zunächst zur Richtschnur zu nehmen hat, überlassen⁴⁵⁾. Ist dieser ganz vermögenslos und so außer Stand, seiner Verbindlichkeit durch Entschädigung zu genügen, so fällt in diesem Falle sein Wahlrecht, in dessen Gemäßheit das Petitum der gegen ihn gerichteten Klage nur alternativ gestellt werden kann, weg, daher nur die andere Alternative, Ehelichung, übrig bleibt⁴⁶⁾. Landesgesetze sind dem gemeinen Rechte und seiner Praxis entweder mehr oder weniger zur Seite geblieben, indem sie eine Verbindlichkeit des Stuprators gegen die Geschwächte anerkennen, oder sie sind, indem sie ihn von einer solchen Verbindlichkeit freisprechen, ganz davon abgewichen. Zu den teutschen Particularrechten, welche diese Verbindlichkeit beibehalten haben, gehören besonders die der größten teutschen Staaten.

Das bayer'sche Landrecht vom Jahre 1756 stellt als leitende Grundsätze die auf: 1) daß, wenn der Stuprator die verführte Geschwächte zu ehelichen versprochen hat, er zur Genugthuung und Erfüllung dieses Versprechens verbunden ist; 2) daß er sonst gehalten ist, die Verführte zu dotiren und zu alimentiren; 3) daß die Verbindlichkeit sich auf die Thatfache des Weischlafes gründet, es mag Schwängerung erfolgt sein oder nicht⁴⁷⁾.

Die Gesetzgebung von Oesterreich ist abweichend. Sie betrachtet die Verbindlichkeit des Stuprators aus dem Gesichtspuncte der Verbindlichkeit zum Schadensersatz und verordnet, daß derjenige, welcher eine Weibsperson (sie mag ledig oder Wittve sein) verführt und mit ihr ein Kind erzeugt, die Kosten der Entbindung und des Wochenbettes zu tragen habe. Hiernach hat der Stuprator nur je nach dem Erfolge seiner Handlung eine Verbindlichkeit zu erfüllen, die

Gett a. a. D. S. 7, 8. Wenig-Engenheim, Lehrbuch des gemeinen Civilrechtes, Bd. 3. München 1825. §. 35. S. 23. Mühlbruch, Lehrbuch des Pandectenrechtes, zweite Auflage, Theil 3. Halle 1838. §. 521. S. 85.

42) Busch a. a. S. 198—204.

43) Tacitus, Germanien Cap. 19. Die preisgegebene Jungfräulichkeit findet keine Schonung. Nicht Schönheit, nicht Jugend noch Reichtum gewinnt ihr einen Mann.

44) Leyser l. c. mod. 11. Gett a. a. D. S. 27.

45) Busch a. a. D. S. 116—124.

46) J. H. Boehmer l. c. p. 12. Busch a. a. D. S. 81. Gett a. a. D. S. 27—30, 35. Glück a. a. D. S. 154. Ueber das sogenannte Schweiggeld, dessen Zahlung den Zweck hat, daß die Geschwängerte den Vater ihres Kindes verheimliche, s. denselben Schriftsteller S. 143—148. Ueber das angebliche Recht einer unehelichen Tochter auf Ausstattung von Seiten ihres Vaters siehe Gett a. a. D. S. 207—209.

47) Gett a. a. D. S. 53—61.

sich auf die Bestreitung dieser Kosten beschränkte, aber auf die Erben übergeht⁴⁸⁾).

Die Gesetzgebung von Preußen (das allgemeine Landrecht⁴⁹⁾) macht gleichfalls die Verbindlichkeiten des Stuprators davon abhängig, daß Schwängerung erfolgt ist, und verpflichtet denselben im Allgemeinen zur Tragung der Kosten der Niederkunft, der Taufe und einer sechswöchigen standesgemäßen Verpflegung (Kosten, wegen welcher die Geschwächte noch vor der Entbindung auf gerichtliche Deposition antragen kann), sowie zur Bestreitung aller anderen während der Schwangerschaft oder nach der Niederkunft aufgelaufenen unvermeidlichen Kosten. Mit dieser Entschädigung, gegen deren Geltendmachung der Einwand des Anderen gestatteten Beischlafes nicht gerichtet werden kann, muß sich die Geschwächte begnügen, welche schon früher Mutter eines unehelichen Kindes geworden war, welche zwar noch Ehefrau ist, aber von ihrem Manne getrennt lebt, welche früher sich in einem Hurenhause aufhielt oder wegen eines unzüchtigen Lebenswandels berüchtigt ist. Nicht einmal diese Entschädigung kann diejenige in Anspruch nehmen, welche sich in einem Bordell aufhält oder sich gegen Lohn hingibt, und diejenige, welche als Verführende anzusehen ist, kann die Kosten der Niederkunft, der Taufe und des Wochenbettes nur dann ansprechen, wenn sie zu deren Bestreitung außer Stand ist. Der, welcher eine unbescholtene ledige, geschiedene oder verwitwete Frauensperson außerehelich schwängert, ist weiterhin zu einer möglichst vollständigen Genugthuung verbunden. Ist die Schwängerung unter dem Versprechen der Ehe erfolgt, so muß, wenn dieser kein Hinderniß entgegensteht, der Schwängerer, etwa unter Zuziehung eines Geistlichen, ernstlich zur Erfüllung seines Versprechens angehalten werden. Im Falle der Weigerung wird die Geschwächte für berechtigt erkannt, an dem Namen, Stand und Rang des Schwängerers Theil zu nehmen, und in die Rechte einer geschiedenen, für unschuldig erklärten Frau, unter Zuerkennung der gesetzlichen Ehescheidungsstrafen aus dem Vermögen oder dem Einkommen desselben zur Abfindung, eingewiesen. Gleiches ist Rechtens, wenn andere Hindernisse, als Ungleichheit des Standes, der Ehe entgegenstehen, diese aber entfernt werden können, jedoch von dem Schwängerer binnen der von dem Richter dazu fixirten Frist nicht entfernt werden. Besteht das Hinderniß blos in der Ungleichheit des Standes, und kann oder will der Schwängerer nicht die Erlaubniß zur Eingehung der Ehe zur linken Hand einholen, oder

48) Busch a. a. D. S. 419. Gertt a. a. D. S. 61—67. Scheidlein, Handbuch des österröichischen Privatrechtes, Theil 2. Wien und Triest 1814. S. 644. v. Zeiller, Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten teutschen Erbländer der österröichischen Monarchie, Bb. 3. Abth. 2. Wien und Triest 1812. S. 763, 777.

49) Vergleiche noch: die Provinzialrechte des Herzogthums Neuvorpommern und des Fürstenthums Rügen, Th. 1. Abth. 2. Greifswald 1837, eilfter Abschnitt: Von den rechtlichen Folgen des unehelichen Beischlafes, S. 32 bis 34. Th. 3. (Motive) S. 87—91.

wird diese versagt, so muß er den sechsten Theil seines Vermögens der Geschwächten, welcher durch Richterspruch die Vorthelle und Befugnisse einer geschiedenen und für unschuldig befundenen Ehefrau zuerkannt worden, zur Entschädigung reichen. Hatte die Geschwächte Kenntniß von dem obwaltenden Ehehinderniß, oder war die Ehe nicht versprochen worden, oder die Frucht todt zur Welt gekommen, oder binnen 24 Stunden verstorben, so muß sie sich mit einer bloßen Abfindung begnügen, welche sich nach ihrem Stande und dem Vermögen des Schwängerers richtet, der, wenn er dazu kein hinreichendes Capitalvermögen besitzt, ihr aus seinem Einkommen einen entsprechenden Betrag zu ihrem standesmäßigen Unterhalte leisten muß⁵⁰⁾.

Das sülbaische Landrecht hat es bei der Vorschrift gelassen, daß der Stuprator verbunden sei, die Geschwächte entweder zu ehelichen oder ihr eine Heimsteuer oder Zugabe mitzutheilen, diese Verbindlichkeit aber auf den Fall der Schwängerung beschränkt⁵¹⁾. Eine sülbaische Verordnung vom Jahre 1784 bestimmte, daß diese Heimsteuer sich nach dem Vermögen und Stande der Parteien richten solle⁵²⁾. Nach einer Verordnung vom Jahre 1778 waren ausnahmsweise die Studenten keinen Ansprüchen von Seiten der Geschwängerten ausgesetzt⁵³⁾.

Die Gesetzgebung des Großherzogthums Sachsen-Weimar verbindet den Schwängerer, die Geschwächte zu ehelichen oder auszustatten, und alle Kosten der Niederkunft und des Wochenbettes zu tragen. Die Ausstattung wird vom Richter mit Rücksicht auf den Stand beider Theile und die Vermögensumstände des Schwängerers bestimmt⁵⁴⁾.

Nach einem herzoglich sachsen-altenburgischen Gesetze vom Jahre 1823 hat die Geschwächte anzusprechen: Erfaß der Kosten der Entbindung, des Wochenbettes und der Laufe, sowie Ausstattung (in der Regel von 30 bis zu 300 Thalern) im Fall der Verheurathung der Geschwächten⁵⁵⁾.

Das württembergische Privatrecht unterscheidet zur Feststellung der Verbindlichkeiten, welche dem Stuprator, der Geschwächten gegenüber, erwachsen⁵⁶⁾. Hat der außereheliche Weisclaf keine Schwängerung zur Folge, so tritt eine sogenannte Privatgenugthuung ein. Im entgegengesetzten Falle tritt die Verbindlichkeit zur Erstattung der Lauf-

50) Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten, neue Ausgabe, zweiter Theil, erster Band, Berlin 1817. S. 127, 141. Von den rechtlichen Folgen des unehelichen Weisclafes. Fürstenthal, Institutionen des allgemeinen preussischen Civil- und Criminalrechtes, Berlin 1827. S. 447—455. Busch a. a. D. S. 428—439. Gertt a. a. D. S. 67—81.

51) Thomas, System aller sülbaischen Privatrechte, Band 2. Fulda 1789. S. 22.

52) Thomas a. a. D. S. 22, 23.

53) Thomas a. a. D. Band 1. S. 99, 100.

54) Busch a. a. D. S. 445.

55) Busch a. a. D. S. 461.

56) Weishaar, Handbuch des württembergischen Privatrechtes, 2. Aufl. Th. 3. Stuttgart 1816. §. 1507—1519. S. 386—399.

und Kindbettkosten hinzu. Ist der Schwächung ein gültiger Eheverspruch vorangegangen, so ist der Stuprator nach seiner Wahl schuldig, die Geschwächte entweder zu heurathen, oder ihr das Kränzchen zu bezahlen, wie sich eine Verordnung vom Jahre 1586 ausdrückt⁵⁷⁾. Bedingung dieser Verbindlichkeit ist, daß die Geschwächte, wofür die Vermuthung streitet⁵⁸⁾, eine Jungfrau war (Wittwen haben keine Ansprüche), und zwar eine ehrbare, und daß sie (wofür gleichfalls vermuthet wird) der verführte Theil gewesen. Ist ein gültiges Eheversprechen der Schwächung vorangegangen, so hat die Geschwächte ein Klagerecht auf Eingehung der Ehe. Sind die darauf gerichteten Zwangsmittel fruchtlos angewendet worden, so wird dahin erkannt, daß die Geschwächte als Ehefrau des Stuprators anzusehen sei, und, wenn er auf seinem Widerstreben beharrt, die Ehe wegen Verlassung geschieden.

Nach einem herzoglich nassauischen Gesetze vom 21. September 1816 hat die Geschwächte bloß für den Fall der Schwängerung Ansprüche, die sich auf die Leistung eines Beitrages zu den Kosten des Wochenbettes beschränken⁵⁹⁾. Ist ein Unterofficier oder Soldat der Schwängerer, so kann indessen im Falle der Vermögenslosigkeit der Sold nicht in Anspruch genommen werden. Muß die Geschwächte aus öffentlichen Mitteln unterstützt werden, und ist diese in der Anstellung der Klagen auf Leistung jenes Beitrages säumig, so ist die Armencommission gehalten, den Schuldigen zu Gunsten des Localarmenfonds, der die Unterstützung leistet, zu belangen⁶⁰⁾.

Nach dem Zeugnisse von Ledderhose, Kurhessisches Kirchenrecht, zweite (Pfeiffersche) Ausgabe, S. 655, herrscht in Kurhessen der Grundsatz des gemeinen Rechtes, daß der Stuprator die Geschwächte entweder heurathen oder dotiren muß⁶¹⁾. Denselben gemein-

57) Nach der Sitte in Württemberg (und in sonstigen Theilen von Deutschland) tragen die Bräute, welche Jungfrauen sind, an ihrem Hochzeitstage ein Kränzchen als Zeichen der Jungfrauschaft, das der Geschwächten versagt ist. Daher heißt es z. B. im badischen Landrechte von 1622 Th. 7. Tit. 34: es solle denen, welche den Beischlaf anticipirten, kein Hochzeitgepräng, noch Spiß, viel weniger der Weibsperson jungfräulich Gezier zu tragen gestattet und, da sie das thatte, allen ehrlichen Töchtern, ihnen den Kranz abzureißen, erlaubt sein. Nach Weishaar a. a. O. S. 392 ist die Verbindlichkeit, das Kränzchen zu bezahlen, als Privatstrafe anzusehen.

58) Consil. Tubing. tom. I. Tab. 1731. Consil. 133. De satisfactione stupratae Nr. 18.

59) Ein herzoglich sachsen-coburg'sches Gesetz vom Jahre 1825 beschränkt gleichfalls die Ansprüche auf Entschädigung wegen der Kosten der Niederkunft und des Wochenbettes. S. Busch a. a. O. S. 453.

60) v. Meer, Handbuch zur näheren Kenntniß der Verfassung und Verwaltung des Großherzogthums Nassau, Bd. 1. Wiesbaden 1838. S. 32.

61) Vergleiche noch allgemeine juristische Zeitung vom Jahre 1829. Nr. 22. Hassenpflug, Bemerkungen über das Wahlrecht des Stuprators nach Kurhessischem Rechte, S. 85—87, und Kulenkamp, Andeutungen zur Verbesserung der Gerichtsverfassung, mit besonderer Rücksicht auf Kurhessen, erste

rechtlichen Grundsatz hat die Gesetzgebung des Königreichs Sachsen adoptirt⁶²), indem sie zugleich verordnet, daß, wenn die Schwängerung unter dem Versprechen der Ehe stattfand, und der Schwängerer sich weigert, diesem Versprechen nachzukommen, auch Exccutionsmittel nicht fruchten, die Geschwächte zugleich befugt sei, den Namen des Schwängerers gleich einer geschiedenen Frau desselben zu führen (und das Kind alle Rechte eines durch nachfolgende Ehe legitimirten Kindes genießen solle⁶³)).

Zu den Gesetzgebungen, welche der Geschwächten (sowie dem Kinde) alle Rechte gegen den Stuprator entzogen haben, gehört die Legislation von Frankreich und das eben gedachte großherzogliche hessische Gesetz vom 30. Mai 1821.

Bekanntlich hat der Art. 340 des französischen Civilgesetzbuches (Code Napoleon), indem er die Erforschung der Vaterschaft verbietet⁶⁴), den Grundsatz aufgestellt, daß ein außerehelicher Beischlaf, auch wenn er Schwängerung zur Folge habe, kein rechtliches Verhältnis zwischen beiden Theilen begründe⁶⁵). Indem dieses bürgerliche Gesetzbuch als

Abtheilung, bürgerliche Rechtspflege, Eschwege 1831. §. 26. Gerichtsstand für Schwängerungsfachen, S. 39, 40.

62) Haubold, Lehrbuch des königlich sächsischen Privatrechtes, Leipzig 1820. §. 302.

63) Haubold a. a. D. §. 59. Hartigsch, Handbuch des in Teutschland geltenden Eherechtes, Leipzig 1828. S. 157, 158. S. auch noch Langen und Kori, Erdörterungen practischer Rechtsfragen aus dem gemeinen und sächsischen Civilrechte und Civilprozesse, Th. 1. 2. Ausg. 1836. Nr. 33. Wird der Schwängerer von der Verbindlichkeit, die Geschwächte auszustatten, frei, wenn seine oder der Geschwächten Eltern in die Ehelichung derselben nicht willigen?

64) Lassaulx, Code Napoleon, dargestellt und commentirt, Theil 2. Coblenz 1809. S. 188 fig. Pratobevera, Materialien für Gesetzkunde und Rechtspflege in den österreichischen Erbstaaten, Wien, Band 2. S. 354 fig. Dabelow, Materialien zur Geschichte, Literatur, Beurtheilung und Anwendung des Code Napoleon, erstes Stück, Halle 1808. S. 89—94. Zacharia, Handbuch des französischen Civilrechtes, 3. Auflage, Heidelberg 1827. Bd. 3. §. 569.

65) Gett a. a. D. S. 81—84. Vergleiche noch in Bezug auf Gesetzgebungspolitik die angeführte Schrift von Rdder, Kritische Beiträge zc. (Jaffoy) Aphorismen über bürgerliche Gesetzgebung und Rechtspflege. Aus den Papieren des Verfassers von Welt und Zeit. Stuttgart 1826. S. 207—209. Gett a. a. D. S. 202, 203. Pfeiffer, Ideen zu einer neuen Civilgesetzgebung für teutsche Staaten, Göttingen 1815. §. 39. Uneheliche Kinder. Erforschung der Vaterschaft. S. 153—160. Archiv für die Gesetzgebung und Reform des juristischen Studiums, herausgegeben von Sönnner, Band 3. Landshut 1810. Nr. XII, Bemerkungen über die Artikel 340 und 341 des Napoleonschen Civilgesetzbuches in Ansehung der Klage gegen den außerehelichen Schwängerer. Rende, Handbuch der gerichtlichen Medicin, Band 4. Leipzig 1826. S. 211. Hudtwalker a. a. D. S. 86 fig. Allgemeiner Anzeiger der Teutschen vom 22. und 23. Dec. 1825, und vom 28. März 1827. v. Almenningen, die allgemeine Bibliothek für Staatskunst, Rechtswissenschaft und Kritik, Gießen 1811. Heft 2. §. 33. Schulze, Leitfaden der Entwicklung der philosophischen Principien des bürgerlichen und peinlichen Rechtes,

Landrecht im Großherzogthum Baden Gesetzeskraft erlangt und noch in Rheinpreußen, Rheinbayern (Pfalz) und Rheinhesfen als Gesetz gilt, herrscht dieser Grundsatz in jenem Staatsgebiete des linken Rheinufers und auf der rechten Rheinseite im Großherzogthum Baden.

Durch jenes Gesetz vom 30. Mai 1821 ⁶⁶⁾ dehnte das Princip seine Herrschaft auf der rechten Rheinseite aus, indem es, in Uebereinstimmung mit dem in Rheinhesfen herrschenden Rechtsfage für die beiden Provinzen Starkenburg und Oberhesfen im Art. 2 verordnete: Ein gerichtliches Verfahren, welches zum Zwecke hat, den angeblichen Vater eines unehelichen Kindes zu entdecken, oder zu überführen, findet nicht mehr statt; es ist daher gegen denselben eine Klage auf Anerkennung oder Ernährong des Kindes so wenig, als auf Privatsatisfaction und Kostenvergütung fernerhin zulässig ⁶⁷⁾. Mit Beschränkungen ist das badische Landrecht der französischen Gesetzgebung gefolgt, indem es die Strenge des Principes derselben durch Ausnahmen mildert. Röber a. a. D. S. 68—70 ⁶⁸⁾.

B) Ist durch den Beischlaf ein Kind erzeugt worden, so hat der Schwängerer a) die Verbindlichkeit, demselben die Alimente zu reichen, zur Folge ⁶⁹⁾ (s. den Art. Alimentationspflicht Bd. 1. S. 187). Die Landesgesetzgebungen haben sich diesem Principe des gemeinen Rechtes angeschlossen.

Nach der österreichischen Gesetzgebung haben die Eltern (zunächst der Vater, dann die Mutter) die Verbindlichkeit, nach ihren Vermögenskräften ihre unehelichen Kinder zu versorgen, zu erziehen und zu versorgen, eine Verbindlichkeit, welche auf die Erben übergeht, aber auf die Ascendenten als solche sich nicht erstreckt ⁷⁰⁾.

1813. S. 236 flg. Schön, die Staatswissenschaften, 1831. S. 201 flg. Metter, über den Einfluß der Sitten auf die Gesetze und der Gesetze auf die Sitten, übersetzt von Busch, S. 328 flg.

66) Ueber die Geschichte dieses Gesetzes s. Röber a. a. D. S. 34 Note, und den oben gedachten Beitrag zum dritten Bande des X. Müller'schen Archivs für die Gesetzgebung.

67) Floret a. a. D. Nach der bisherigen Gesetzgebung war der Stuprator zur Entschädigung pro defloratione und zum Ersatz der Kosten der Niederkunft und des Wochenbettes verbunden. — In der Sitzung der gesetzgebenden Versammlung der freien Stadt Frankfurt vom 21. Oct. 1835 wurde der Antrag auf Abschaffung der Paternitätsklagen für zulässig erkannt.

68) Vergleiche noch: v. Hohnhorst, Jahrbücher des großherzoglich badischen Hofgerichtes, neue Folge, zweiter Jahrgang 1834. S. 192—194: Freiwilliges Geständniß des Beischlafes, wodurch die Waterschaft hergestellt werden soll, und Annalen der badischen Gerichte, erster Jahrgang 1833, S. 353, 364, dritter Jahrgang 1835, S. 265, vierter Jahrgang 1836, S. 114, 309.

69) Busch a. a. D. Zweite Abtheilung Von den Rechten des unehelichen Kindes gegen seinen Vater. Erstes Capitel. Von dem Rechte auf Alimentation, S. 214, 388. Gert a. a. D. S. 84—207. Mackelbey, Lehrbuch des heutigen römischen Rechtes, 11. Ausg. von Rosshirt, Gießen 1838. Bd. 2. S. 541.

70) Scheiblein a. a. D. Th. 1. S. 113—115. v. Zeiller, Bd. 1. S. 371. Busch a. a. D. S. 418. Gert a. a. D. S. 179—201.

Das preussische Landrecht verpflichtet den Vater, respective die Großeltern väterlicher Seite, eventuell die Mutter und mütterlichen Großeltern zur Alimentation durch Unterhalt und Erziehung, und zwar in der Regel bis zum zurückgelegten vierzehnten Lebensjahre⁷¹⁾.

Das bayer'sche Landrecht verpflichtet zunächst den Vater, dann die Mutter, hernach die väterlichen, zuletzt die mütterlichen Ascendenten zur Alimentation, welche Kost, Wohnung und Kleidung umfasst und sich besonders nach den finanziellen Verhältnissen des Verpflichteten richtet, auch so lange dauert, als das Kind ihrer bedarf⁷²⁾.

Im Königreich Sachsen haben die Großeltern mütterlicher Seite vor denen der väterlichen Seite die eventuelle Verbindlichkeit zur Alimentation nach dem Vater, respective der Mutter⁷³⁾.

Nach dem Zeugnisse von Ledderhosen a. a. D. ist in Kurhessen der uneheliche Vater, aber nicht der Großvater zur Alimentation verbunden, zu welcher auch die Kindbett-, Tauf- und Leichenkosten gehören.

Ein herzoglich nassauisches Gesetz vom 19. October 1816 beauftragt des unehelichen Kindes Vater zur Alimentation, welche bei Mädchen bis zum Eintritt in das funfzehnte, bei Knaben bis zum Eintritt in das achtzehnte Jahr geleistet werden muß, und deren jährlicher Betrag in wenigstens 22 und höchstens 50 Gulden besteht. Nach dem Vater hat die Mutter die Alimente zu reichen u. s. w. v. Marx a. a. D. unter Alimentation S. 32.

Ein für das Großherzogthum Sachsen-Weimar erlassenes Gesetz vom Jahr 1829 (allgemeine juristische Zeitung vom Jahre 1829, Nr. 62. S. 247) bestimmt im Wesentlichen: Die sich nach den zeitigen Vermögensverhältnissen des Vaters und dem Stande der Mutter richtende, zunächst vom Vater bis zum 15. Jahre des Kindes zu zahlende Alimentationssumme soll richterlich nicht unter 12 und nicht über 60 Thaler jährlich bestimmt werden. Außerdem trägt der Vater noch die Kosten der Geburt, Taufe, Confirmation und des Begräbnisses des Kindes, stirbt dasselbe vor dem 15. Jahre. Ist der Vater oder dessen Nachlaß zur Leistung der Alimente unvermögend, so muß die Mutter das Kind erhalten. Ist auch diese dazu außer Stand gesetzt, so erwächst die Verbindlichkeit zur Alimentation den mütterlichen, sonst den väterlichen Ascendenten nach der Nähe des Grades.

Im verwandten Sinne normirt das oben gedachte sachsen-coburgische Gesetz vom Jahre 1825 und das sachsen-altenburgische vom Jahre 1823 die Alimentationspflicht. Busch a. a. D. S. 453 flg. 468 flg.

b) Eine zweite Folge des außerehelichen Weisclafes, wenn durch denselben ein Kind erzeugt wird, ist die, daß dieses, welches in der Re-

71) Fürstenthal a. a. D. S. 454, 455. Busch a. a. D. S. 422—425. Gett a. a. D. S. 193—197.

72) Busch a. a. D. S. 440, 441. Gett a. a. D. S. 171—179.

73) Busch a. a. D. S. 444. Haubold a. a. D. S. 804.

gel nur seiner Mutter und deren Ascendenten folgt, nach Umständen in einen Theil des Nachlasses seines Vaters succedit. Das römische Recht verordnet, daß, wenn derselbe ohne eheliche Kinder oder Hinterlassung einer Wittwe stirbt, Concubinenkinder (als Kinder aus einer erlaubten Verbindung erzeugt) gemeinschaftlich mit ihrer Mutter ⁷⁴⁾ zwei Zwölftheile des Nachlasses erben sollen ⁷⁵⁾, eine Vorschrift, welche die Praxis entweder auf alle uneheliche Kinder ausdehnt, oder doch auf die anwendet, welche aus einer Verbindung erzeugt wurden, die keine Ungewißheit des Vaters übrig ließ. Die Particulargesetzgebungen sind in Bezug auf das Erbrecht der unehelichen Kinder, seinem Vater gegenüber, von einander abweichend. Einige Landrechte, z. B. das solmatische ⁷⁶⁾, sowie einzelne Landesgesetze, z. B. eine leiningen-grünstädtische Verordnung vom Jahre 1776 ⁷⁷⁾, eine herzoglich braunschweigische Verordnung vom 9. April 1770 wegen Ausschließung der natürlichen Kinder von der Erbfolge — Liebhaber a. a. D. Th. 1. S. 368. Th. 2. S. 222. — heben die Vorschrift des römischen Rechtes ganz auf und entziehen dem unehelichen Kinde alle Ansprüche an den Nachlaß seines Vaters. Das Gleiche that die österreichische Gesetzgebung, welche die unehelichen Kinder, neben den ehelichen, leblich in den Nachlaß der Mutter (nicht aber der mütterlichen Verwandten) folgen läßt ⁷⁸⁾, und die Legislation des Königreichs Sachsen ⁷⁹⁾. Andere Particulargesetzgebungen und Landrechte ⁸⁰⁾ legen im Gegentheile das römische Recht zu Grunde ⁸¹⁾. So läßt z. B. das

74) Ueber die Anwendung dieses der Concubine eingeräumten Erbrechtes s. Busch a. a. D. S. 205, 213.

75) Nov. 18. c. 5. Nov. 89. c. 12. §. 4. 6. Mühlentbruch a. a. D. Th. 3. §. 633. S. 237. Mackelbey a. a. D. §. 616. Busch a. a. D. S. 398—412. Gertt. a. a. D. S. 247—260.

76) Es heißt darin: Bastharten oder Bantharten, so außerhalb des Ehestandes erzeugt werden, die können und sollen ihren Vater, viel weniger aber ihren Añhern nicht erben, aber ihre leibliche Mutter mögen sie wohl erben u. Von der Rahmer, Handbuch des rheinischen Particularrechtes, Band 1. Frankfurt 1831. S. 91.

77) Von der Rahmer a. a. D. Th. 2. S. 836.

78) Scheibler a. a. D. Th. 2. S. 274.

79) Haubold a. a. D. §. 308. Busch a. a. D. S. 444.

80) Z. B. das pfälzische Landrecht Th. 4. Tit. 5. Von der Rahmer a. a. D. Th. 1. S. 540. Die nassau-lazarenbogensische Landesordnung Th. 4. Cap. 2. (welche überschrieben ist: Ob und wie uneheliche Kinder ihre Eltern erben, und mit den Worten beginnt: Wie wohl solche Kinder unter uns Christen billig nicht sein sollen, jedoch aber, und dieweil sich derselben auch befinden, so ist nöthig u.) §. 1. Von der Rahmer a. a. D. Th. 1. S. 243. Das triersche Landrecht Tit. 3. §. 8. Von der Rahmer a. a. D. Bd. 2. S. 608. Das wimpfener Stadtrecht, Th. 5. Tit. 1. §. 8. Von der Rahmer a. a. D. Th. 2. S. 1194.

81) Die frankfurter Reformation schließt sich ganz an das gemeine Recht an. Drth, Anmerkungen zur erneuerten Reformation der Stadt Frankfurt a. M. Th. 3. 1744. S. 484. Vergleiche noch Bender, Lehrbuch des Civilprocesses der freien Stadt Frankfurt 1837. §. 83. Schwängerungssachen.

württembergische Landrecht, wornach das uneheliche Kind seine Mutter und mütterliche Ascendenten gleich ehelichen Kindern und neben denselben beerbt, dasselbe mit Ausschluß seiner Nachkommenschaft den Vater in dem Falle beerben, in dem es nach römischem Rechte berufen wird und nur (neben der Mutter) in den von demselben fixirten Sechstheil. Hurenkinder sind aber, obgleich sie ihre Mutter und mütterliche Ascendenten beerben, von dem Nachlasse des Vaters ganz ausgeschlossen⁸²⁾.

Das preussische Landrecht, welches die unehelichen Kinder gleich den ehelichen⁸³⁾ in den Nachlaß der Mutter folgen läßt⁸⁴⁾, berechtigt die Ersteren, den sechsten Theil des väterlichen Nachlasses anzusprechen, wenn keine ehelichen Descendenten da sind, und sofern entweder der Vater sie anerkannte oder sie ein rechtskräftiges Urtheil, wodurch ihnen noch bei dessen Lebzeiten ein solches Erbrecht vorbehalten wurde, beibringen⁸⁵⁾.

c) Als weitere Folge des außerehelichen Weischlafes, wenn dadurch ein Kind erzeugt wurde, erscheint, wenigstens rechtsgeschichtlich, die demselben anklebende Anrückigkeit⁸⁶⁾, indem sich im Mittelalter das wirkungreiche Vorurtheil bildete, daß dem unehelich Geborenen ein Makel anlebe (s. Ehrlosigkeit und Legitimation). Bopp.

Beneficia, auch **beneficia iuris** (Rechtswohlthaten) heißen bei den neueren Rechtsgelehrten Verordnungen des Rechtes, welche entweder zu Gunsten von Personen eines gewissen Alters, Geschlechtes, Standes und einer bestimmten Classe, oder von Sachen einer gewissen Gattung, oder für alle Staatsunterthanen, insofern sie sich in einem gewissen Falle befinden, eine Ausnahme von der Regel des älteren,

§. 291—296. Das gedachte sachsen-coburgische Gesetz vom Jahr 1825 bestimmt im §. 94: Stirbt der Vater ohne eheliche Abkömmlinge, oder ohne Hinterlassung einer Ehefrau und ohne letztwillige Verordnung, so gebührt dem unehelichen Kinde der sechste Theil des väterlichen Nachlasses. Uebereinstimmend ist das gedachte sachsen-altenburgische Gesetz von 1823. Busch a. a. D. §. 473.

82) Weishaar a. a. D. Th. 2. §. 614. §. 143, 144. Ueber den Umfang des Privilegiums des Testaments der Eltern zwischen unehelichen Kindern s. Weishaar a. a. D. Th. 2. §. 755, 756. §. 231, 232.

83) Nach der Legislation des ehemaligen Hochstifts Würzburg siehe v. Schelhaß, Beiträge zur deutschen Gesetzkunde, Heft 1. Bamberg 1827. §. 184, schlossen die ehelichen Kinder der Mutter deren außereheliche Kinder aus.

84) Pfeiffer a. a. D. §. 50. Erbrecht unehelicher Kinder. §. 195 bis 197.

85) Fürstenthal a. a. D. §. 927. §. 529. Vergl. noch: das Prob.-Recht des Herzogthums Neuvorpommern 2c. Th. 1. Abth. 2. Greiffswalbe 1837. Neunter Abschnitt: Von den aus unehelichem Weischlaf erzeugten Kindern. §. 37. Th. 3. (Motive) §. 99—105.

86) Gell a. a. D. §. 225—228.

strengen Rechtes enthalten¹⁾. Die Regeln, nach welchen solche Rechtsverordnungen beurtheilt werden müssen, sind folgende: 1) Solche Rechtswohlthaten sind *iura singularia*²⁾. Deshalb können sie nicht zu Analogien für ähnliche Fälle benutzt werden³⁾. Dem Gesagten widerspricht anscheinend eine in die Justinianischen Pandecten eingetragene Stelle des Savolenus⁴⁾. Nach der richtigen Erklärung indes besagt dieselbe nur soviel: ein Privilegium sei so zu erklären, daß die Gnade, welche der Regent dadurch hat erzeigen wollen, diejenige vollkommene Wirkung habe, welche der Ertheiler desselben bezweckt hat⁵⁾. 2) Rechtswohlthaten können von Niemand erworben werden, dem sie nichts nützen. Dieser Rechtsatz findet sich zwar nirgends in besonderer Beziehung auf diese Benefizien ausgesprochen; er ergibt sich aber als nothwendige Folgerung aus solchen Quellenzeugnissen, welche von der Erwerbung von Rechten⁶⁾ und insbesondere von Klage-rechten⁷⁾ sprechen. 3) Der Erwerb von Rechtswohlthaten hängt von der freien Willkür des Erwerbenden ab. Man drückt dieß durch den Satz aus: *invito beneficium non datur*⁸⁾, d. h. Rechtswohlthaten können Niemand gegen seinen Willen aufgebracht werden. 4) Es ist in die freie Willkür des Berechtigten gestellt, ob er von der ihm zustehenden Rechtswohlthat Gebrauch machen will oder nicht⁹⁾. Dieser Rechtsatz ist eine Folgerung aus dem höheren Grundsatz, daß Niemand zur Ausführung des eigenen Rechtes gezwungen werden könne. Eine Regel, welche sich in Bezug auf Klagen ganz deutlich in unseren Rechtsquellen ausgesprochen findet¹⁰⁾. Sie leidet indes dann eine Ausnahme, wenn die dem Einen zustehende Rechtswohlthat auch Andern zu Gute kommt, und diese dadurch in Schaden kommen, daß derselbe davon keinen Gebrauch macht. Denn dann können sie ihn

1) Vergleiche Glück, Erläuterung der Pandecten, Th. 1. S. 558—560. Auch die römischen Rechtsquellen brauchen den Kunstausdruck *beneficium* in dieser Beziehung. So *legis Appuleiae beneficium* bei Cai. inst. III. §. 122. Vergleiche Dirksen *manuale latinitatis fontium iuris* p. 98. Mit dieser Bedeutung ist die Beziehung des Wortes auf persönliche, vom Kaiser ertheilte Privilegien verwandt. L. 3. D. de constitutionibus principum. (1.4.) Ueber andere Bedeutungen des Wortes *beneficium* siehe *Brissoni* de verborum significatione s. h. v. und *Dirksen* l. c.

2) L. 16. D. de legibus senatusque consultis. (1. 3.)

3) L. 15. D. 1. 3.

4) L. 3. D. 1. 4. *beneficium imperatoris, quod a divina scilicet eius indulgentia proficiscitur, quam plenissime interpretari debemus.*

5) Vergl. Glück a. a. D. Th. 1. S. 562, 563.

6) L. 15. pr. D. de servitutibus. (8. 1.)

7) L. 5. §. 4. D. ne quis eum, qui in ius. (2. 7.) L. 6. §. 5. D. mandati. (17. 1.)

8) So *Paullus* in L. 69. D. de diversis regulis iuris antiqui. (50. 17.) *Ulpianus* in L. 169. §. 4. D. *ibid.* drückt dieß so aus: *quod cuique pro eo praestatur, invito non tribuitur.*

9) L. 41. D. de minoribus. (4. 4.) *quia unicuique licet, contemnere haec, quae pro se introducta sunt.* Vgl. Nov. 135.

10) C. un. C. ut nemo invitus agere vel accusare cogatur. (3. 7.)

zwingen, entweder von seiner Rechtswohlthat Gebrauch zu machen oder sie ihnen abzutreten¹¹⁾. 5) Wem eine Rechtswohlthat zusteht, der kann derselben jederzeit, wenn er will, entsagen¹²⁾; vorausgesetzt, daß die Entfagung nicht ausdrücklich durch die Gesetze verboten ist¹³⁾ und in der gesetzlich vorgeschriebenen Form geschieht. Man drückt diese Regel gewöhnlich durch die Worte aus: *quilibet iuri pro se introducto renunciare potest*. 6) Wer einmal auf eine ihm zustehende Rechtswohlthat in der gesetzlichen Form Verzicht geleistet hat, kann späterhin dieselbe nicht wieder in Anspruch nehmen. Man drückt dieß gewöhnlich mit den Worten aus: *ad iura renunciata non datur regressus*¹⁴⁾.

Man theilt die Rechtswohlthaten, welche Personen oder Sachen zu Gute kommen, in Bezug auf ihre Wirksamkeit in *beneficia causae* und *personae*¹⁵⁾. Jenes sind solche Rechte, welche gewissermaßen auf der Sache ruhen und sich deshalb nicht auf die Person des Berechtigten beschränken, sondern auch den Erben derselben, den Bürgen und den übrigen Intercessoren zu Statton kommen¹⁶⁾. Dieses sind solche Rechte, welche sich auf die Person des ersten Erwerbers beschränken und deshalb weder den Erben noch den Bürgen zu Statton kommen¹⁷⁾. Fragt man, für welche Gattung von Rechtswohlthaten die rechtliche Vermuthung spreche, im Falle sich keine Quellenzeugnisse vorfinden, welche die Sache mit klaren Worten entscheiden, so

11) L. 24. pr. D. 4. 4.

12) C. 51. C. de episcopis et clericis (1. 3.) *Cum sit regula iuris antiqui, omnes licentiam habere, his, quae pro se indulta sunt, renunciare*. C. 29. C. de pactis (2. 3.) *cum alia sit regula iuris antiqui, omnes licentiam habere, his, quae pro se introducta sunt, renunciare*. In Nov. 136. c. 1. wird der Verzicht auf eine gewisse Rechtswohlthat zugelassen, *διότι ἔστιν ἐνάστω τῶν δεδομένων αὐτῷ παρὰ τοῦ νόμου καταρροεῖν*.

13) Im Allgemeinen beurtheilt man solche Verzichtleistungen nach den Grundsätzen, welche von den Verträgen gelten. C. 29. C. 2. 3. Nov. 136. c. 1. Deshalb ist die Verzichtleistung auf Rechte verboten, deren Aufgabe die öffentliche Achtung für die Sittlichkeit (*boni mores*) verletzen würde. L. 27. §. 3 u. 4. D. de pactis. (2. 14.) L. 1. §. 7. D. depositi vel contra. (17. 3.) L. 17. pr. D. commodati vel contra. (13. 6.) L. 23. D. de V. S. (50. 17.)

14) C. 11. C. de rebus creditis. (4. 1.) C. 29. C. 2. 3. Von einzelnen Gründen, welche zur Anstellung einer Klage berechtigen, spricht L. 14. §. 9. D. de aedilitio edicto (21. 1.) *Standum est eo, quod convenit. Remittentibus enim actiones suas non est regressus dandus*.

15) In den römischen Rechtsquellen heißen sie *privilegia causae* u. *personae*. Vgl. L. 196. D. de R. I. (50. 17.) Auch kommt der Gegensatz von *causae* und *personae succurri* vor. Siehe L. 42. D. de administratione et periculo. (26. 7.) Ähnlich ist der Gegensatz von *exceptiones, quae personae cuiusque cohaerent* u. *rei cohaerentes exceptiones*. L. 7. pr. u. §. 1. D. de exceptionibus. (44. 1.)

16) L. 196. D. 50. 17. L. 7. §. 1. D. 44. 1. C. 11. C. de exceptionibus seu praescriptionibus. (8. 36.) L. 68. D. 50. 17.

17) L. 196. D. 50. 17. L. 68. D. ibid. L. 7. pr. D. 44. 1.

dürfte am wahrscheinlichsten mit Mühlenbruch¹⁸⁾ anzunehmen sein, daß man im Zweifel nicht an persönliche Rechtswohlthaten zu denken habe, eine Ansicht, welche wenigstens in Bezug auf die Uebertragung der dem Hauptschuldner zustehenden Vertheidigungsmittel auf die Intercessoren durch ein Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian bestätigt wird¹⁹⁾. Als Beispiele der beneficia causae kommen in den römischen Rechtsquellen namentlich folgende vor: die ganzen Orten und Gemeinden verliehene Steuerfreiheit²⁰⁾, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand²¹⁾, das privilegium exigendi des Fiscus²²⁾ und alle Exceptionen, welche einer bestimmten Person nur wegen ihres Verhältnisses zu einer bestimmten Sache zu Gute kommen (exceptiones rei cohaerentes), wie die rei iudicatae exceptio, doli mali, iurisiurandi, quod metus causa, SC. Velleiani, SC. Macedoniani und die, welche aus einem allgemein gefaßten Erlassvertrage (in rem pactum de non petendo) entspringt²³⁾. Als beneficia personae werden in unsern Rechtsquellen namentlich folgende bezeichnet: a) das privilegium exigendi, welches dem Pupillen an allen Gütern seines Tutor wegen Forderungen aus der Vormundschaftsverwaltung zusieht²⁴⁾. Dasselbe gilt auch für den Fall der Protutel, da auch auf diese das Privilegium des Pupillen ausgebehnt worden ist²⁵⁾. b) Das privilegium exigendi, welches der Ehefrau bei der Rückforderung ihres Heirathsgutes nach getrennter Ehe zu Statten kommt²⁶⁾. c) Die Rechtswohlthat der Competenz²⁷⁾. d) Die Steuerfreiheit, welche einzelnen Personen verliehen ist²⁸⁾. e) Die Befreiung von niedrigen Aemtern (sordida munera²⁹⁾). f) Die pacti exceptio, welche aus einem auf eine bestimmte, individuelle Person lautenden Erlassvertrage (in rem pactum de non petendo) entsteht³⁰⁾. g) Die exceptio, si bonis ces-

18) Die Lehre von der Cession der Foderungsrechte (3. Ausgabe) S. 281 bis 284 und S. 556—562, ingleichen Doctrina Pandectarum. §. 82.

19) C. 11. C. (8. 36.) Defensiones sive exceptiones ad intercessores extendi, quibus reus principalis integro manente statu munitus est, constat. Vgl. §. 4. Inst. de replicationibus. (4. 14.)

20) L. 4. §. 3. D. de censibus. (50. 15.)

21) L. 6. D. de in integrum restitutionibus. (4. 1.) L. 18. §. 5. D. de minoribus XXV. annis. (4. 4.) L. 24. §. 1. D. ibid.

22) L. 41. D. de usuris et fructibus. (22. 1.) C. 2. C. de his, qui in priorum creditorum locum succedunt. (8. 19.)

23) L. 7. §. 1. D. 44. 1. C. 15. C. ad SC. Velleianum. (4. 29.)

24) L. 42. D. 26. 7.

25) L. 23. D. de rebus auctoritate iudicis possid. (42. 5.) L. 19. §. 1. D. ibid.

26) C. un. C. de privilegio dotis. (7. 74.)

27) L. 7. pr. D. 44. 1. L. 23. D. de re iudicata. (42. 1.) L. 24. pr. u. §. 1. L. 25. D. ibid. L. 63. §. 1 u. 2. D. pro socio. (17. 2.) L.

12. D. soluto matrimonio. (24. 3.) L. 13. u. 14. pr. L. 15. §. 1 u. 2. D. ibid.

28) I. 3. §. 1. D. de censibus. (50. 15.) L. 4. §. 3. D. ibid.

29) C. 13. C. de excusationibus munerum. (10. 47.)

30) L. 7. §. 1. D. 44. 1.

serit, welche dem Gemeinschuldner zusteht, wenn derselbe nach der Güterabtretung aus früher entstandenen Obligationen belangt wird³¹⁾.

In einem gewissen Zusammenhange mit den hier erörterten Grundsätzen steht die Frage, ob und welche Privilegien bei der Cession von Foderungrechten auch ohne specielle Erwähnung derselben im Cessionsacte an den Cessionar übergehen³²⁾. Im Allgemeinen läßt sich wohl hier als leitender Grundsatz die Regel aufstellen, daß die ganze Summe von Rechten, welche einem Gläubiger in Beziehung auf die abgetretene Foderung selbst zustehen, auch ohne specielle Erwähnung an den Cessionar durch den Cessionsact selbst übertragen werden. Für diese Meinung spricht nicht allein die ganze Natur der durch die Cession erzeugten Rechtsverhältnisse, sondern auch ein Zeugniß der römischen Rechtsquellen, welches vorauszusetzen scheint, daß privilegia causae von selbst an den Cessionar übergehen³³⁾. Stellt man aber, wie es die meisten Juristen thun³⁴⁾, die Cessionarien in dieser Beziehung auf gleiche Linie mit den Erben des Cedens, so würde man zu der Folgerung gezwungen sein, daß alle Privilegien, welche nicht auf die Erben der privilegiirten Person übergehen, auch dem Cessionar ohne ausdrückliche Erwähnung derselben im Cessionsacte nicht zu Statten kommen. Damit hängt auch eine andere sehr gewöhnliche Behauptung zusammen: daß zwar die stillschweigende Hypothek, welche Jemand vermöge eines persönlichen Privilegiums zusteht, auf den Erben und den Cessionar übergehe, aber nicht das mit demselben verknüpfte Vorzugsrecht, weil dieß immer etwas rein Persönliches sei³⁵⁾. Eine andere Partei neuerer Rechtslehrer³⁶⁾ wirft sich der erdichteten materiellen Verschiedenheit der *directae* und *utiles actiones* in die Arme und sucht daraus die Sache zu bestimmen. Doch scheidet diese Theorie schon an dem einzigen, oben angeführten Quellenzeugnisse³⁷⁾. Noch Andere³⁸⁾ unterscheiden zwischen Cessionen aus einer *causa onerosa* und der aus einer *causa lucrativa*. Im ersten Falle sollen alle Privilegien des Cedens an den Cessionar stillschweigend übergehen; nicht aber im zweiten. Diese Meinung gründet sich auf einige, hierher ganz und gar nicht gehörige Pandectenstellen³⁹⁾. M ù h =

31) §. 4. J. de replicationibus. (4. 14.)

32) Vergl. M ù h l e n b r u c h, die Lehre von der Cession der Foderungsrechte, S. 556—578.

33) L. 42. D. 26. 7. Papinianus libro I. definitionum: Ex pluribus tutoribus in solidum unum tutorem iudex condemnavit; in rem suam indicatus procurator datus privilegium pupilli non habebit, quod nec heredi pupilli datur. Non enim causae, sed personae succurritur, quae meruit praecipuum favorem.

34) Vergl. die Literatur dieser Controverse bei M ù h l e n b r u c h a. a. D. S. 560—562.

35) Vergl. Gebauer diss. singularia de privilegiis §. 17.

36) Vergl. M ù h l e n b r u c h a. a. D. S. 563.

37) L. 42. D. 26. 7.

38) Vergl. M ù h l e n b r u c h a. a. D. S. 564.

39) L. 4. §. 29. D. de doli mali et metus except. (44. 4.) L. 4. S. 31. D. ibid.

lenbruch macht einen Unterschied zwischen Erben und Cessionarien, und nimmt auch bei persönlichen Privilegien des Cedens die Uebertragung derselben an den Cessionar insofern an, als dieß das rechtliche Interesse des Cedens mit sich bringt. Ausgenommen sind: a) Die Vorrechte des Gläubigers, welche sich bloß auf die äußere Proceßform, auf den Gerichtsstand und auf andere die Proceßführung betreffende Verhältnisse beziehen, z. B. das Recht des Fiscus, den Schuldner vor sein eignes Forum zu ziehen⁴⁰). b) Die Vorrechte, welche der Cedens selbst bei Gelegenheit der Forderung hätte geltend machen können, die aber mit dieser nicht weiter zusammenhängen, sondern nur dem Gläubiger als solchem zustehen, z. B. das Retentionsrecht, welches dem Pfandgläubiger auch wegen anderer Forderungen zusteht, als wofür die Verpfändung geschah⁴¹). c) Die Vorrechte, welche durch ausdrückliche Uebereinkunft der Contrahenten von dem Cessionsacte ausgeschlossen worden sind⁴²).

Heimbach.

Beneficium abstinendi. Der suus heres heißt zugleich necessarius, weil er in demselben Augenblicke, in welchem er ab intestato (also auch gegen das Testament, in dem er präterirt war) oder ex testamento zur Erbschaft berufen ist, ohne alle ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung, daß er Erbe sein wolle, ja selbst gegen seinen Willen, ipso iure Erbe wird. Sobald er aber einmal Erbe-geworden ist, kann er nach dem civilrechtlichen Grundsatz: semel heres semper heres¹) auch nie wieder aufhören, Erbe zu sein. Von diesem, namentlich im Falle einer Ueberschuldung der Erbschaft, dem suus heres nachtheiligen Zwange kann der Erblasser ihn dadurch befreien, daß er ihn unter der Bedingung: si voluerit oder unter einer sonstigen potestativen Bedingung einsetzt, wodurch derselbe dem voluntarius heres völlig gleich gestellt wird²). Jener Bedingung gilt indeß die bloße Substitution eines anderen Erben noch nicht gleich³). Wo dagegen der Erblasser dem suus eine solche Befugniß nicht erteilt hat, gestattet ihm der Prätor⁴) zwar nicht, die Erbschaft auszuschlagen oder wieder aufzuhören Erbe zu sein, was außer seiner Befugniß liegen würde, wohl aber sich aller Einmischung in die Erbschaft zu enthalten, sich

40) C. 2. u. 8. C. ubi causae fiscales. (3. 26.) C. 3. C. quando fiscus vel privatus. (4. 15.)

41) C. un. C. etiam ob chirographariam causam pignus teneri posse. (8. 27.)

42) L. 23. pr. D. de hereditate vel actione vendita. (18. 4.) Siehe Mühlenthal a. a. O. S. 557.

1) L. 88. D. de heredib. instit. (28. 5.)

2) L. 12. D. de condit. instit. (28. 7.) L. 4. L. 86. §. 1. D. de heredib. instit. (28. 5.)

3) cf. Faber errores pragmaticor. XXXII. 6.

4) Mindestens seit Anfang des 2. Jahrh. P. C. L. 28. D. de reb. auct. iudicis. (42. 5.) Vergl. auch L. 99. D. de acqu. v. om. her. (29. 2.) und Zimmermann, Rechtsgeschichte Th. I. S. 328. Anm. 8.

von derselben zu abstiniren ⁵⁾, und eben dadurch für seine Person sich von den Erbschaftslasten frei zu machen, wogegen er natürlich auch alles Vortheiles aus der Erbschaft entbehrt ⁶⁾.

Es genießt dieses ius oder beneficium abstinendi ⁷⁾:

1) Die natürlichen Descendenten des Erblassers, insofern sie dessen sui sind, in allen Fällen, wo sie ipso iure erwerben. Der bis zum Tode des Erblassers in dessen potestas gebliebene Descendent succedirt aber auch dem impubes, dem jener ihn pupillarisch substituirt hat, als suus. Gleichgiltig übrigens ist es, ob jene Descendenten schon bei ihrer Geburt sui gewesen, oder es später, durch Ausfallen einer in der Mitte stehenden Person, oder durch Legitimation geworden waren. Nur für denjenigen, der per curiae oblationem legitimirt war, also in diese Oblation gewilligt hatte, bestimmt Justinian, daß diese Einwilligung ihn auch von dem ius abstinendi ausschliesse ⁸⁾. Es ist aber um so weniger Grund vorhanden, diese Bestimmung auf andere, mit ihrem Willen, Legitimirte zu erstrecken, als dieselbe vorzugsweise das Interesse der curia zu verfolgen scheint.

2) Die künstlichen Descendenten (sui non naturales), d. h. sowohl der Adoptirte oder Arrogirte, insofern er suus ist, dem Adoptivvater, als die uxor in manu ihrem Manne, oder, wenn dieser selbst in potestate ist, dessen Gewaltthaber gegenüber ⁹⁾.

3) Der ingenuus, der einem Anderen noxae oder fiduciae causa mancipio gegeben ist, also in causa mancipii steht, wenn derjenige, dem er unterworfen ist, ihn im Testamente zugleich freiläßt und zum Erben einsetzt. Obgleich nämlich ein solcher dem Sklaven näher stand, als dem Hauskinde, so schien es dennoch dem Prätor unbillig, daß den Fremden, Freigeborenen, die in Folge der bonorum venditio des Erblassers eintretende infamia treffe ¹⁰⁾. Noch unbedenklicher genießt also der vom fiduciarius emtor dem Vater remancipirte Sohn bei Vererbung des Vaters das ius abstinendi.

Skaven, die cum libertate eingesetzt worden, sind nur necessarii, nicht sui, und haben deshalb auch kein ius abstinendi ¹¹⁾.

Der zum Abstiniren Berechtigte hat, um dieses Rechtes wirklich theilhaftig zu werden, weder (wie bei der decretalis honorum possessio) dessen besondere Gewährung vom Prätor zu erwirken, noch auch

5) Der extraneus repudiirt, der suus abstinirt.

6) Ulpiani Fragm. XXII. 24. Caius II. 158.

7) Die Quellen brauchen nur den ersten Ausdruck, und außerdem abstinendi facultas oder potestas.

8) Nov. 89. C. 3. pr.

9) Caius II. 159.

10) Caius II. 160. Vergl. mit §. 154 ibid. Ueber die Berichtigung des Textes vergl. Böcking ad h. l. in der Bonner Ausg. v. 1837. Vergl. in dem auch denselben in der von Klentze und ihm besorgten Institut. Ausg. S. 100. Note m.

11) Ulpiani Fragm. XXII. 24. L. 57. §. 2. L. 61. D. de acquir. vel omitt. hered. (29. 2.)

nur (wie bei der *edictalis bon. poss.*) dem Prator eigens zu melden, daß er von jener Befugniß Gebrauch machen wolle, sondern sich nur negativ zu verhalten, d. h. sich wirklich aller Erklärung, als Erbe oder *honorum possessor succedire* zu wollen, und aller dem Erben allein zukommenden Einmischung in die erbchaftlichen Angelegenheiten, wie sie für den *extraneus pro herede gestio*, für den *suus* aber *immixtio*¹²⁾ heißt¹³⁾, zu enthalten. So lange er dieß gethan hat, gilt er zwar vorläufig als Erbe¹⁴⁾, es steht ihm aber immer noch, ohne daß im classischen Pandectenrechte eine präclusivische Frist genannt würde, frei, auf die *interrogationes in iure* der Gläubiger und Legatäre, oder auf deren geradezu gegen ihn angestellte Klagen, nöthigenfalls nach vorgängiger Erbittung eines *tempus deliberandi*¹⁵⁾, zu antworten, er habe sich bisher der Erbschaft enthalten, und wolle es ferner thun, mit anderen Worten sich nunmehr ausdrücklich und definitiv zu abstiniren¹⁶⁾. Dem Justinianischen Rechte zufolge wird eine Präclusivfrist angenommen werden müssen; ob dieselbe aber drei Monate oder ein Jahr betrage, wird je nach der verschiedenen Auslegung der betreffenden Constitutionen verschieden beantwortet¹⁷⁾. Die richtiger scheinende Meinung, nämlich die letzte, zu vertheidigen, gehört aber nicht hierher, sondern in die Lehre von der Erwerbung der Erbschaft überhaupt¹⁸⁾.

Jene Erklärung, sich abstiniren zu wollen, wirkt nicht allein demjenigen gegenüber, gegen den sie abgelegt ist, sondern allgemein, und bindet, insofern sie nicht wieder rückgängig gemacht wird, auch den *suus*, der sie abgelegt hat. Damit indeß diese Wirkungen eintreten, muß der Wille sich zu abstiniren in *iure*, jetzt also vor dem Magistratus überhaupt, ausgesprochen sein¹⁹⁾. Daß die ungefragt abgegebene Erklärung des *suus* gleiche Wirkung habe, wird nicht ausdrücklich bezeugt, scheint aber keinem Bedenken zu unterliegen.

Das Recht zu abstiniren fällt weg:

12) *Perniscere* heißt es im Gregorian. Cod. III. 12. const. 8. bei Haenel im Bonner corp. iur. anteiust. p. 23. *

13) L. 87. pr. D. de acqu. v. o. her. (29. 2.) Vergl. Donell. Comment. de j. civ. VII. 2. §. 31. ed. Bucher. IV. p. 32, 33.

14) L. 1. §. 7. D. si quis omitta causa. (29. 3.) Vergl. Faber error. pragmaticorum XXXI. 9. 10.

15) L. 7. pr. D. de iure deliberandi. (28. 8.)

16) L. 12. D. de acqu. vel. om. hered. (29. 2.) C. 1. C. si minor. ab her. (2. 38. [39.]) In c. 4. C. arbitr. tut. (5. 51.) Gregorian. Cod. VI. 18. const. 1. im Bonner corp. j. antej. p. 35. erwähnt Alexander Sever, das Abstiniren sei *secundum edicti formam* geschehen; offenbar ist aber darunter keine besondere Form der Handlung zu verstehen. Vgl. A. L. Boehmer electa j. civ. exerc. 4. §. 11. p. 111—113. Anderer Meinung ist Mevius decisiones II. 143. Na. 5. Ed. Höpfner I. 306.

17) C. 19. u. 22. §. 1. C. de iure deliberandi. (6. 30.)

18) Vergl. X. D. Weber, über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß, 2. Ausg. von Heffter S. 187, 188. Mühlentbruch, Lehrbuch des Pandectenrechtes, Bd. III. §. 703. Anm. 16.

19) L. 21. D. de auctorit. et cons. (26. 8.)

1) sobald der sonst dazu berechtigte suus sich immiscirt hat²⁰). Als Immixtion gelten aber ganz dieselben Handlungen, die für den extraneus heres als pro herede gestio gelten²¹). Selbst der Ankauf einzelner Erbschaftsstücke durch Vermittelung eines Dritten wird der Immixtion gleich geachtet²²). Der Beweis der Immixtion muß nach allgemeinen Grundsätzen denen auferlegt werden, welche durch die Berufung auf sie die Erklärung des suus, daß er sich von der Erbschaft abstiniren wolle, zu entkräften beabsichtigen; nicht aber der Beweis der Nichtimmixtion dem suus²³). Ungeachtet der Immixtion können jedoch

a) impuberes und zwar ohne besondere Zeitbeschränkung sich noch abstiniren²⁴). Da indeß die Immixtion für den impubes nur alsdann wirksam war, wenn sie auctoritate des Tutors, oder von diesem selbst geschah, so muß dem Ersteren, wenn Letzterer noch im Amte stand, zum Behufe der Abstinention ein eigener Curator bestellt werden²⁵).

b) Minores adulti können als sui gegen die Immixtion ebenso wie als extranei gegen die Antretung in integrum restituirert werden²⁶). Auch schadet es der Zulässigkeit dieser Restitution nicht, wenn der zu restituirende Erbe inzwischen das 25. Jahr überschritten hat, wenn er sich nur, seitdem er dieses Alter erreicht, aller Einmischung in die erbchaftlichen Angelegenheiten enthalten hat²⁷). Zur Gültigkeit dieser Wiedereinsetzung ist indeß erforderlich, daß bei der magistratualischen causae cognitio über deren Gewährung die Erbschaftsgläubiger zugezogen, oder zu derselben vorgeladen seien²⁸). Dabei ist die Verschiedenheit zwischen der in int. rest. des Minor, und dem einfachen ius abstinendi des Pupillen nicht etwa bloß die formelle, daß es zu der ersteren immer eines besonderen Antrages und einer Gewährung von Seiten jenes Richters bedarf, sondern dieselbe ist auch, zum Unterschiede des Rechtes zu abstiniren, an die gewöhnlichen Restitutionsfristen geknüpft.

20) §. 5. Inst. de hered. qualit. (2. 19.)

21) L. 87. pr. D. de a. v. o. her. (29. 2.) Vergl. L. 20. §. 4. eod. und Mevius l. c. Boehmer l. c. cap. 3. §. 23, 24. p. 128—131.

22) L. 91. eod.

23) Vgl. die ältere Literatur bei Boehmer l. c. §. 25—27. p. 131—138. Siehe ferner Weber, Verbindlichkeit zur Beweisführung VI. §. 28. Ausg. v. Heffter S. 185—190. Mühlensbruch, Lehrbuch des Pandectenrechtes, §. 701. Anm. 8. Schweppe, röm. Privatrecht, 4. Ausg. von Mejer §. 875. Anm. 7. And. Wein. sind Averanius Interpret. I. 9. §. 18—46. Cocceji Diss. de success. nepotum III. §. 4. Pufendorf observatt. III. 8.

24) L. 11. L. 57. pr. eod.

25) L. 21. D. de auct. et cons. (26. 8.) Vgl. Boehmer l. c. cap. 3. §. 20. p. 125, 126.

26) §. 5. Inst. cit. L. 7. §. 5. D. de minorib. (4. 4.) L. 57. §. 1. D. de a. v. o. h. Vgl. Boehmer l. c. §. 21. p. 126, 127.

27) L. 3. §. 2. D. de minorib.

28) L. 29. §. 2. D. eod. C. 1. C. si minor. Nov. 119. c. 6. Vgl. Mevius Decisiones VII. 317. Ed. Hoepfner II. 522.

c) Die Restitution gegen die Antretung, die Hadrian in einem einzelnen Falle einem Majorennen gewährt²⁹⁾, scheint auf das Abstiniren der sui nie erstreckt zu sein, und ist eine solche Erstreckung nach Justinians neuester Legislation gewiß noch weniger zulässig³⁰⁾.

d) Trotz der Immixtion gilt derjenige dem Abstinirenden gleich, dem die Restitution seines Erbtheiles an einen Fideicommissar aufgegeben war, und der sich zur Einmischung und Restitution vom Prator hatte zwingen lassen³¹⁾.

2) Ebenso wenig ist das Abstiniren zulässig, wenn der suus vor der Abstention Erbschaftsstücke als solche selbst entwendet, oder einen Andern zur Entwendung veranlaßt hat, wobei zwischen puberes und impuberes nicht unterschieden wird³²⁾.

3) Ist der suus unter einer Potestativbedingung zum Erben eingesetzt, so wird er nicht wie der extraneus durch die Erfüllung erst fähig, die Erbschaft nunmehr zu erwerben, sondern seine Gleichstellung mit dem voluntarius heres hört auf, sobald er die Bedingung erfüllt hat³³⁾; er erwirbt also die Erbschaft im gleichen Moment ipso iure, und zwar so, daß er sich durch das ius abstinendi nicht wieder davon losmachen kann³⁴⁾.

4) Das Recht zu abstiniren steht in der Regel nur dem suus selbst zu. Für Dritte gilt der Nachlaß des Vaters, wie nach Civilrecht, als sofort nach dessen Tode untrennbar mit dem Vermögen des suus verbunden. Haben diese Dritten also ein Erbrecht gegen den suus, der verstorben war, ohne sich immiscirt zu haben, ohne sich aber auch über sein Abstiniren ausdrücklich zu erklären, so können sie in der Regel nur das dem Letzteren bereits zugefallene Vermögen des Vaters mit erwerben, oder beide Erbschaften zugleich zurückweisen. Nur wenn der suus, der nach dem Tode seines Vaters, ohne zu wissen, daß er dessen Erbe geworden war, verstarb, selbst einen suus hinterließ, kann dieser Letzte den Nachlaß seines Vaters getrennt behalten, und sich von dem des Großvaters abstiniren, nicht aber umgekehrt³⁵⁾. Sowohl also wenn der suus den Tod seines Vaters, und daß er zu dessen Erbschaft berufen sei, bei seinen Lebzeiten noch erfahren, als wenn der Erbe des suus ein extraneus ist, wird das von dem suus selbst nicht exercirte Recht auf den Erben nicht übertragen. Zu diesen extranei gehört aber nicht nur

29) Caius II. 163. §. 6. Inst. de hered. qual.

30) C. 22. C. de iure delib.

31) L. 6. §. 2. L. 27. §. 3. D. ad SC. Trebellian. (36. 1.) L. 5. §. 2. quod cum eo. (14. 5.)

32) L. 71. §. 3—9. D. de a. v. a. h. Vgl. Boehmer l. c. cap. 2. §. 18. p. 122, 123.

33) Der Pupill thut dies mit Erfolg selbst ohne auctoritas des Tutors. L. 5. pr. D. de conditionib. et demonstr. (35. 1.)

34) L. 86. §. 1. D. de heredib. inst. (28. 5.) Ueber die Frage, in wie weit dieser Nachlaß auch den Pupillen trifft, vergl. Faber err. pragmat. XXXI. 8. p. m. 329.

35) L. 7. §. 1. D. de a. v. a. h. Vgl. Faber error. pragmaticor. XXXI. 9. p. m. 335. Schwegge, das röm. Privatrecht §. 875.

der eigene Intestat- oder Testamentserbe des suus, sondern auch derjenige, den der ursprüngliche Erblasser diesem vulgariter oder pupillariter substituirt hat.

In Betreff der Wirkungen des Abstinirens ist zu unterscheiden zwischen den für den suus selbst und den für dritte Personen eintretenden Wirkungen.

In der ersten Beziehung will der Prätor den suus, obgleich derselbe dem strengen Rechte nach fortwährend heres bleibt³⁶⁾, dem Effecte nach ebenso stellen, wie den extraneus, der die Erbschaft ausgeschlagen hat³⁷⁾. Dieß gilt nun

1) in Betreff der Klagen, welche den Erbschaftsgläubigern, Legatarien und Fideicommissaren gegen den Erben zustehen. Der suus schüßt sich gegen sie, eben so wie der fiduciarius heres, nachdem er ex SC. Trebelliano restituirt hat, durch exceptio doli generalis, indem er sich auf sein Abstiniren beruft³⁸⁾.

2) Die Nachtheile, die den suus in Folge der Erwerbung der Erbschaft an seinem eigenen Vermögen getroffen, werden ihm in derselben Weise abgenommen, wie die ähnlichen dem restituirenden Fiduciar. So wachen namentlich die Klagen, die der suus gegen den Erblasser hatte³⁹⁾, und die Servituten und sonstigen dinglichen Rechte wieder auf, die ihm an dessen Sachen zustanden. Eben so kann von demjenigen, der sich abstinirt hat, keine Collation gefodert werden⁴⁰⁾, und selbst das ihm im väterlichen Vermächtniß ausgesetzte Vermächtniß kann er in der Regel gleich einem Fremden fodern⁴¹⁾, und wenn er außer dem auf der Suität beruhenden noch ein selbstständiges Erbrecht gegen den Erblasser hatte, so kann dieß wieder aufleben⁴²⁾.

36) L. 6. §. 2. D. de bon. libert. (38. 2.) L. 30. §. 10. D. de fideicom. libert. (40. 5.)

37) L. 20. §. 4. med. D. de a. v. o. h. L. 89. D. de legatis I. (30.) L. 12. pr. D. de interrogat. in j. (11. 1.)

38) Der Ausdruck ist in den Quellen, daß die dem strengen Rechte nach fortwährend gegen den suus zustehenden Klagen den Gläubigern vom Prätor nicht gewährt würden L. 16. D. locati. (19. 2.) L. 11. D. quib. mod. pign. (20. 6.) L. 57. pr. L. 99. D. de a. v. o. h. C. 1. C. de repud. v. abst. her. (6. 31.) Daß aber Averanius l. c. §. 70. aus diesem Ausdrucke mit Unrecht schließt, jene Klagen würden nicht per exceptionem entkräftet, ergibt schon die Vergleichung mit der Restitution der fideicommissarischen Erbschaft. L. 1. §. 2. 4. L. 27. §. 7. ad SC. Trebellian. (36. 1.) Der Vortheil dieser Exception kommt übrigens nicht nur dem Pupillen selbst, sondern auch seinem Vormunde, Bürgen u. s. w. zu Gute. L. 15. D. si quis cautionib. (2. 11.) L. 2. pr. §. 1. D. de adm. et peric. (26. 7.) L. 89. D. de a. v. o. h.

39) L. 87. §. 1. D. de a. v. o. h. L. 16. D. de auro argento. (34. 2.) L. 52. §. 1. D. de actt. emti. (19. 1.)

40) L. 8. 9. D. de dotis collat. (37. 7.)

41) L. 87—90. D. de legat. I. (30.)

42) L. 50. §. 5. D. de bonis libert. (38. 2.) Verwandt mit der Befreiung von den Lasten der Erbschaft ist auch der Satz, daß der suus, der sich abstinirt hat, wegen seiner sub potestate contrahirten Schulden nur in id

3) Umgekehrt verliert der suus aber auch die auf seine Erbenqualität gegründeten Vortheile, während ihm die von derselben unabhängigen natürlich bleiben, so z. B. das Erbbegräbniß⁴³⁾, das Patronatrecht gegen die väterlichen Liberten⁴⁴⁾, die Pönalklagen aus den dem suus, so lange er noch in potestate war, zugefügten Injurien⁴⁵⁾. Selbst wenn der suus sich von der testamentarischen Erbschaft seines Vaters abstinirt hatte, und in demselben Testamente seinem unmündigen enterbten⁴⁶⁾ Bruder substituirt war, hindert ihn sein Abstiniren nicht, die pupillarishe Erbschaft anzunehmen⁴⁷⁾.

Ungeachtet dieser mehrfachen Gleichstellung des abstinirenden suus mit dem extraneus, der repudiirt hat, ist der suus aber dennoch der Strenge nach, und namentlich insofern es sich um die Rechte Dritter handelt, fortwährend Erbe⁴⁸⁾. Daraus folgt:

1) die Verfügungen, welche der Vormund des Pupillen vor der Abstinenz, oder der Minor vor impetrirter in integrum restitutio gegen die Immixtion, über einzelne Erbschaftstheile getroffen, bleiben trotz des nachherigen Abstinirens bestehen⁴⁹⁾. Namentlich also wird der Erbschaftschuldner, der an einen solchen suus gezahlt hat, durch seine Zahlung gültig liberirt⁵⁰⁾, und die actio iudicati geht aus dem gegen den suus erstrittenen Erkenntnisse gegen denjenigen, der nach dem Abstiniren an seinen Platz tritt⁵¹⁾. Zahlte der suus Erbschaftsgläubigern ohne dolus, wenn auch nicht in derselben Ordnung, in welcher sie im Concurse zur Perception gekommen wären, so ist er den leerausgehenden, wenn auch besser berechtigten Gläubigern zu keinem Erfasse verpflichtet, diese können sich aber gegen die mit Unrecht Befriedigten regressiren⁵²⁾. Natürlich muß also auch der Tutor, der sich vor der Abstinenz mit den Gläubigern über gewisse ihnen zu gewährende Procente geeinigt, und sich auf seine eigene Forderung an die Erbschaft mehr

quod facere potest condemnari potest fieri. L. 49. D. de re iudic. (42.1.) C. 2. C. quod cum eo. (4 26.)

43) L. 6. pr. D. de relig. (11. 7.)

44) L. 9. pr. D. de iur. patronat. (37. 14.)

45) L. 17. §. 22. D. de iniur. (47. 10.)

46) Wäre der impubes pro parte Erbe des Vaters geworden, so würde er durch Accrescenz die Portion des Abstinirenden erworben haben, dieser also dieselbe untrennbar in der pupillarischen Erbschaft finden.

47) L. 12. D. de vulg. et pup. subst. (28. 6.) L. 41. D. de a. v. o. h. Vgl. Cuiacius commentar. in Papiniani quaest. lib. III. opp. ed. Veneto Mutinens. IV. 73—81. Faber error. pragmatic. XXXI. 7. Vinc. Cabot. disputat. II. 22. in Meermann thesaur. IV. 635. 636. Umgekehrt die Erbschaft des Vaters anzunehmen, und sich von der des Bruders zu abstiniren, könnte dem suus nicht gestattet werden. L. 59. D. de a. v. o. h.

48) L. 30. §. 10. D. de fideic. libert. (40. 5.)

49) L. 44. D. de a. v. o. h. L. 6. §. 1. D. de reb. auct. iud. (42. 5.)

50) L. 90. D. de solutt. (46. 3.)

51) L. 44. D. de re iud. (42. 1.)

52) L. 24. D. quae in fr. credit. (42. 8.) L. 61. D. de conduct. in deb. (12. 6.)

als dieselben Procente angerechnet, diesen Ueberschuß herausgeben⁵³). Hatte der suus nicht aus der Erbmasse, sondern aus seinem übrigen Vermögen gezahlt, so kann er Erbschaftsstücke bis zur Höhe des Gezahlten retiniren. Reichen diese nicht hin, so kann er von den befriedigten Gläubigern selbst condiciren⁵⁴). Wenn der Tutor oder Curator dieses suus Erbschaftsstücke veruntreut hatte, oder sonst dolose zu Werke gegangen war, so haftet er deswegen den Creditoren; für seine culpa in Betreff des seinem Pflegebefohlenen nachtheiligen Abstinirens aber diesem selbst mit der actio tutelae⁵⁵).

2) Werden die Bestimmungen des Testamentes, die, wenn das letztere als destitutum zu betrachten wäre, mit demselben ihre Kraft verlieren würden, durch das bloße Vorhandensein des suus heres, obgleich dieser sich nachher abstinirt, gültig. Hierher gehören

a) die testamentarischen Freilassungen. In Betreff ihrer ist indes weiter zu unterscheiden:

α) die directa libertas bleibt ohne Weiteres bestehen⁵⁶).

β) Um den Prator zu autorisiren, die dem abstinirenden suus auferlegte fideicommissaria libertas dem Slaven zu ertheilen, bedurfte es erst der ausdrücklichen Bestimmung des dasumianischen SC.⁵⁷). Unzweifelhaft wurde aber alsdann der Letztere libertus orcinus.

γ) War der Erbe, dem die Freilassung fideicommissirt war, gestorben, ohne den Slaven zu manumittiren, und abstinirte sich nun der Erbe des Ersteren von dessen Erbschaft, so autorisirte ein unter Hadrian erlassenes SC. den Prator, die Freiheit des Slaven auszusprechen, und dieser wird gleichfalls libertus orcinus⁵⁸).

In allen drei Fällen haben übrigens die Slaven, denen die Freiheit hinterlassen worden, wenn sie verlangen, daß ihnen libertatum conservandarum causa der Nachlaß abdicirt werden solle, den Vorrang vor den Gläubigern, zu deren Befriedigung die bona verkauft werden sollen, und zwar ohne durch die Möglichkeit, daß der suus binnen einer gewissen Frist gegen die Abstention die Erbschaft wieder übernehmen könnte, Zögerung zu erleiden⁵⁹).

53) L. 44. D. de pactis. (2. 14.) L. 59. D. de adm. et peric. (26. 7.)

54) L. 6. §. 2. D. de reb. auct. iud. (42. 5.)

55) L. 18. D. de tutelae et rat. distr. (27. 3.) L. 17. D. locati. (19. 2.) C. 4. C. de arbitr. tut. (5. 51.) Vgl. auch L. 19. §. 1. D. ad SC. Vellejan. (16. 1.) u. L. 3. §. 17. D. de suspectis tutorib.

56) L. 32. D. de manum. testam. (40. 4.)

57) L. 22. §. 2. vgl. mit L. 51. §. 4. D. de fideicomm. libert. (40. 5.)

58) L. 5. L. 30. §. 9—12. eod. Ein genügender Grund, dieß SC. für das Rubrianum zu halten, wie Bertrand. in vita J. Pauli Schulting, iur. prud. anteiustin. p. 201, und Francke, Beitr. zur Erläuterung S. 148 wollen, oder für das Vitrasianum, wie Zimmermann, Rechtsgeschichte I. 749. meint, ist nicht vorhanden.

59) L. 4. §. 1. 2. D. de fideicomm. libert. (40. 5.) §. 5. Inst. de eo cui libert. causa. (3. 11.)

b) Die Pupillarsubstitution, durch welche der Erblasser dem (später abstinirenden) suus selbst, oder einem anderen enterbten Hauskinde⁶⁰) einen Erben ernannt hat, erlangt durch die bloße Existenz des suus heres Kraft und behält dieselbe ungeachtet des Abstinirens⁶¹). Dieser Substitut erbt aus dem Willen des Testators, muß also die ihm auf den Substitutionsfall auferlegten Vermächtnisse tragen. Streitig war es dagegen, ob er befugt sei, indem er den sich abstinirt Habenden beerbe, gleichfalls auf diese Abstention sich zu berufen, und daher nur in den Nachlaß des suus impubes, nicht in den des Paters zu succediren, natürlich also auch die in dem Testamente des Paters ausgesetzten Legate nicht zu prästiren, oder ob für ihn beide Erbschaften als untrennbar verbunden gelten. Savolen⁶²) und sein Schüler Julian⁶³) waren der letzteren Meinung, da die Trennung des Vermögens des Erblassers und des suus in Folge der Abstention nur zu Gunsten des Legatären, damit ihn nicht die Schmach des Güterverkaufes treffe, angenommen werde, nicht aber auf den Dritten übertragen werden könne⁶⁴), der ja der Berufung zur Pupillarsubstitution als Voluntarius gefolgt sei⁶⁵). Marcellus bemerkt dagegen⁶⁶), diese Annahme sei dem suus nachtheilig, da, wenn derselbe sich von der überschuldeten väterlichen Erbschaft abstinirt habe, der Substitut meistens um deretwillen auch die des suus ausschlagen werde. Ueberdies unterliege es keinem Zweifel, daß wer dem abstinirenden suus ohne Substitution ab intestato folge, sich auf die Abstention berufen und nur in das eigene Vermögen des suus succediren dürfe. Sei also der Substitut zugleich Intestaterbe, so müsse ihm auch gestattet werden, die Succession aus dem Pupillartestamente

60) Wäre letzteres zum Erben eingesetzt, so würden die *secundae tabulae* nicht auf Grund der Succession des später Abstinirenden, sondern auf Grund der eigenen Succession dessen, dem substituirt ist, gelten.

61) L. 42. D. de a. v. o. h.

62) L. 28. D. de reb. auct. iud. (42. 5.) Vgl. Faber *conjecturae* II. 2. und über beide Stellen Faber *error. pragmatic.* XXXI. 10. in f. XXXII. 1, 2, 3, 4. Uebrigens findet sich die Literatur bei Schulting und Smallenburg *notae ad Digesta* V. 137, 138. VI. 498—500. Vgl. auch Vinc. Cabot *disputat.* II. 22. in Meermann *Thesaur.* IV. 635, 636, und Glü c, *Pandectencommentar* XXXV. 45.

63) L. 42. cit.

64) Mit großem Unrecht und gegen die Autorität der Basiliken IX. 7. cap. 27. Heim bach I. 472. wollen Manche die Negation in dem Sage: *Idem in substituto servandum non est* streichen. Vgl. dagegen Schulting l. c. VI. 499.

65) Auf die Immixtion, die am Ende der Stelle erwähnt wird, kann offenbar nichts ankommen. Vgl. Schulting *ibid.* And. Meinung ist Cabot l. c.

66) Faber l. c. err. 3. behauptet, die Meinung des Julian sei von Tribonian völlig mißverstanden, und nur auf dieß Mißverständnis beziehe sich der angeblich vom Marcellus, in der That aber von den Compilatoren herrührende Tadel derselben.

auszuschlagen und in solcher Weise ab intestato zu folgen ⁶⁷⁾. Daher sei denn anzunehmen, daß die Abstention des suus dessen Pupillar-substituten überhaupt zu Gute komme. Dieser Meinung des Marcellus ist zwar nicht ausdrücklich vor der des Favolen der Vorzug gegeben; doch scheint sie als die im neueren Rechte gebilligte betrachtet werden zu müssen.

c) Daß auch die Ernennung des testamentarischen Tutors durch die bloße Existenz des suus Kraft erhält, ergibt sich aus mehreren Stellen ⁶⁸⁾, und ebenso aus anderen, daß diese Tutel der Regel nach, ungeachtet der Abstention, bis zur erlangten Mündigkeit fortbauert ⁶⁹⁾. Wenn dagegen Paulus ⁷⁰⁾ den Tutor, der seinen Pupillen abstinirt hat, demjenigen gleichstellt, der die Tutel niedergelegt, so gilt dieß nur in Betreff der Excusation, bei welcher eine, nur ein völlig geringfügiges Vermögen umfassende, und daher für den Vormund ganz mühe-lose Tutel nicht mitgezählt wird ⁷¹⁾.

d) Mit Unrecht ist dagegen von Manchen allgemein behauptet worden, auch die Legate und Fideicommissse, welche der Erblasser dem suus auferlegt hat, blieben bestehen, nachdem dieser sich abstinirt hat ⁷²⁾; der Ausnahmefall, in welchem dieselben aufrecht erhalten werden, ist noch weiter unten zu erwähnen ⁷⁴⁾.

Es ist aber weiter nach dem Schicksale des nachgelassenen Vermögens zu fragen, von dem der suus sich abstinirt hat. Hier ist nun zu unterscheiden:

1) Der Erblasser selbst hatte dem suus einen Vulgarsubstituten bestellt. Alsdann ist nicht, wie von Manchen behauptet worden ^{73a)}, durch die bloße Berufung des Substituten der suus eben so in einen

67) Vgl. L. 12. D. de vulg. et pup. (28. 6.) Hätte der Pupillarsubstitut selbst unter potestas des Erblassers gestanden, so würde er seinem (abstinirten) Bruder als suus ipso iure folgen, und daher nach L. 1. §. 7. D. si quis ommissa causa (29. 4.) die pupillarische Erbschaft nicht ex testamento ausschlagen, und ab intestato annehmen können. Hierauf bezieht sich der oft mißverständene und von Faber l. c. err. 3. für ein tribonianisches Emblemata ausgegebene Schlusssatz der L. 42. cit.

68) L. 67. §. 6. D. de ritu nupt. (23. 2.) L. 3. §. 17. D. de susp. tutorib. (26. 10.)

69) L. 18. D. de tut. et ration. distr. (27. 3.)

70) L. 31. §. 3. D. de excusat. (27. 1.) Vergl. darüber Cujacius recitat. solenn. ad Pauli Quaest. lib. III. opp. V. 1014. Faber iurisprud. Papiniana tit. 24. p. 1104. Glück, Pandectencommentar XXXII. 21, 22.

71) L. 17. pr. eod.

72) Glück, Pandectencommentar XXIX. 240. und die dort citirten. Vgl. Warnkoenig comment. j. rom. T. III. §. 1085. Na. 7.

73) L. 1. §. 4. D. ut in possess. legator. (36. 4.) Faber errores pragmaticor. XXXI. 10. p. m. 237. Francke, Beiträge zur Erläuterung S. 145—148.

74) S. 865.

74a) So namentlich von Bartolus; vergl. Faber errores pragmat. XXXII. 6, 7. Fachineus controversiae iuris IV. 71. p. m. 314. Vinnius selectae quaestiones II. 23.

voluntarius heres verwandelt, wie durch seine Einsetzung unter einer Potestativbedingung, selbst dann nicht, wenn der Erblasser die Substitution mit den Worten angeordnet hätte: *si filius meus hereditatem meam noluerit*; sondern der Substitut gilt für den Fall als berufen, daß der suus sich abstiniren sollte. Eben deshalb aber, weil der Testator für diesen Fall eine besondere Verfügung getroffen, kann die Erbportion nicht als erlebigt gelten, sondern die *utiles actiones* gehen auf den Substituten über, der dagegen auch die Erbschaftsschulden und alle Lasten zu tragen hat⁷⁵). Stirbt alsdann der abstinirende suus in unmündigem Alter, so wird der Substitut, dem die väterliche Erbschaft schon durch Vulgarsubstitution zugefallen war, nun nach der *constitutio Divi Marci* auch als Pupillarsubstitut zu der Erbschaft des Pupillen gerufen⁷⁶); ein Zusammentreffen, das außer diesem Falle überall nicht gedacht werden kann. Hatte der Substitut, der nur in *casum vulgarem* ausdrücklich berufen war, die ihm in Folge des Abstinirens des suus zugefallene väterliche Erbschaft abgelehnt, so wird nun diese ganze Substitution als erlebigt zu betrachten, und ihm nicht mehr zu gestatten sein, bei dem Tode des Pupillen sich darauf zu berufen, daß jene Substitution auch als pupillarische zu deuten sei. Umgekehrt wird jener Substitut, nachdem er den Erbtheil des abstinirenden suus angenommen, die auf Grund der stillschweigenden Pupillarsubstitution ihm später zufallende Erbschaft des Pupillen nicht von der Hand weisen können⁷⁷). Dagegen wird zwar dem ausdrücklich nur in *casum pupillarem* Berufenen in Folge der erwähnten *constitutio Divi Marci* gestattet werden müssen, wenn der suus sich abstinirt, dessen Erbtheil als Vulgarsubstitut in Anspruch zu nehmen⁷⁸); macht er aber von diesem Rechte keinen Gebrauch, so kann er darum, wenn demnächst der Fall der Pupillarsubstitution eintritt, von dieser nicht ausgeschlossen werden, denn widrigenfalls würde die Succession in das Vermögen des Pupillen mit Ausschluß des vielleicht überschuldeten und deshalb durch Abstention zurückgewiesenen Vermögens des Vaters, welche schon oben dem Substituten vindicirt ist, überall unmöglich sein. Gleiches wie in diesem Falle wird endlich auch alsdann behauptet werden müssen, wenn der Erblasser ausdrücklich gesondert in *casum vulgarem*, und in *casum pupillarem* substituirt hatte.

2) Hatte der suus Miterben, so accrescirt, wenn er sich abstinirt, diesen, da Ersterer ja dem strengen Rechte nach immer noch Erbe ist, sein Erbtheil nicht; eben so wenig wird aber derselbe herrenlos, vielmehr fällt er den Miterben, wenn sie erst nach der erklärten Abstention angetreten, respective sich immiscirt hatten, *ipso iure* mit allen Lasten zu.

75) L. 44. D. de re iudic. (42. 1.) Vergl. auch L. 7. §. 10. D. de minoribus (4. 4.), in welcher Stelle jedoch der Ausdruck „abstiniren“ nicht im technischen Sinne zu nehmen ist. Vgl. Otto Papinianus ed. II. p. 470, 471.

76) L. 4. D. de vulg. et pup. subst. (28. 6.)

77) Arg. L. 10. §. 2. 3. D. de v. et p. subst.

78) *Udo. Mein. ist Faber-error. pragmatic. XXXII. 10. Vgl. aber Vinnius sel. quaest. II. 24.*

Hatten die Miterben dagegen ihre Erbtheile zur Zeit der Abstinention bereits unwiderruflich erworben, so haben sie die Wahl, ob sie den Theil des Abstinirenden cum suo onere anzuehmen, oder zugleich diesen ausschlagen und ihre ursprüngliche Portion aufgeben wollen⁷⁹⁾. Ähnliche Grundsätze gelten auch in dem Falle, wo der sich nachher abstinirende suus impubes einen Theil der Erbschaft an den Universalfideicommissar restituirt hat, für diesen letzten⁸⁰⁾. Ihre Begründung finden diese Sätze in der namentlich im neueren Rechte hervortretenden Ansicht, daß die zusammen zur Erbschaft Berufenen den einander Substituirten zu vergleichen seien⁸¹⁾.

3) Wenn der suus des libertus, der nach allgemeinen Grundsätzen den Patron von der Erbschaft seines Vaters ausschließt⁸²⁾, sich von der letzteren abstinirt, so soll das nudum nomen heredis, das ihm bleibt, dem (prätorischen) Erbrechte des Patrons nicht entgegenstehen⁸³⁾. Verwandt mit diesem Falle sind noch zwei andere. Zunächst succedirt die Mutter, deren aus dem tertullianischen SC. stammendes Erbrecht dem der Kinder des Erblassers weicht⁸⁴⁾, diesem Letzteren, wenn dessen suus sich von der Erbschaft abstinirt⁸⁵⁾. Sodann erhält der Prätor das in der von ihm angeordneten Form errichtete Testament aufrecht, obgleich dasselbe der Strenge nach wegen Präterition eines suus nichtig ist, wenn dieser suus sich von der ihm solcher Weise zugefallenen Intestaterbschaft abstinirt hat⁸⁶⁾. Bemerkenswerth aber ist es, daß in allen diesen drei Fällen die den abstinirenden suus als nicht vorhanden betrachtende Succession keineswegs als sich von selbst verstehend, sondern nicht ohne Bedenken auf Grund der Billigkeit zugelassen wird.

4) Ein Rescript von Diocletian und Maximian erwähnt, daß wenn der suus sich abstinire, der Bruder des Erblassers als consanguineus succediren könne⁸⁷⁾. Sowohl diese Stelle selbst, als die der In- und Subscription nach mit ihr zusammengehörende zweite⁸⁸⁾, spricht aber neben der Abstinention von Repudiation, wie solche, wo der suus als necessarius succedirt, überall nicht vorkommen kann; es ist also wahrscheinlich, daß in dem den Kaisern zur Entscheidung vorgelegten habenden Falle der Erblasser den suus unter einer Potestativbedingung

79) L. 38. L. 55. L. 56. L. 61. D. de a. v. o. h. Vgl. den Artikel Anwachungsrecht Bb. 1. S. 273, 274.

80) L. 79. D. ad SC. Trebellian. (36. 1.)

81) L. 61. §. 1. D. de legat. II. (31.) Artikel Anwachungsrecht Bb. 1. S. 302.

82) §. 1. Inst. de succ. libert. (3. 7.)

83) L. 6. §. 2. 3. D. de bon. libert. (38. 2.)

84) L. 2. §. 6. D. ad SC. Tertullian. (38. 17.)

85) L. 2. §. 8. eod.

86) L. 17. D. de iniusto rupto. (28. 3.) Vgl. Averanius interpretat. iuris. I. 10.

87) C. 6. C. de legit. her. (6. 58.): Defunctis, suis exstantibus heredibus et abstinentibus vel repudiantibus hereditatem, frater iure consanguinitatis succedere potest.

88) C. 5. C. de repud. vel abstin. hered. (6. 31.) Vgl. Cujacius recitat. solenn. in Cod. VI. 58. In Opp. IX. 858.

berufen, unter welcher Voraussetzung allerdings der Bruder des Testators, nachdem der suus repudiirt hatte (was etwas ungenau auch wohl abstiniren genannt werden konnte), als heres (worauf der Ausdruck: iure consanguinitatis zu deuten scheint⁸⁹) zu succediren befugt war.

Für alle übrigen Fälle pflegt gewöhnlich behauptet zu werden, daß zwar die civilrechtliche Succession ferner stehender Erben wegen der fortdauernden Erbesqualität des suus ausgeschlossen bleibe, daß aber die Entfernteren nach der Reihenfolge des successorium edictum zur bonorum possessio gelassen seien⁹⁰). Diese Ansicht ist indeß sicher irrig. Dem Prator gelten die Nachlassgüter, von denen der Successor sich abstinirt hat, sei dieß nun durch in integrum restitutio (des extraneus), oder durch eigentliche Abstention (des suus), überall nicht als durch das successorische Edict weiter zu deferrende, sondern als erlebte, zu denen der Fiscus gerufen wird⁹¹). Zwar behaupten die Anhänger der gedachten Meinung, dieser letztere Satz gelte nur von der durch bonorum possessio erworbenen und dann wieder zurückgewiesenen Erbschaft; während wo, wie bei dem suus, die Erbschaftserwerbung nach Civilrecht erfolgt sei, die in den früheren Ordnungen nicht agnosirte bonorum possessio immer weiter deferirt werde. Theils aber ist die vom Prator gewährte bonorum possessio immer sine re, wenn der in den früheren ordines berechnigte heres die Erbschaft bereits wirklich erworben hatte⁹²), theils würde jene Ansicht zu der weder behaupteten noch in den Quellen irgend begründeten Consequenz führen, daß, wenn der suus impubes, obgleich er die Erbschaft schon ipso iure erworben, noch außerdem bonorum possessio agnosirt habe, die entfernteren Erbberechtigten von der Succession ausgeschlossen blieben; daß sie dagegen in Folge der Abstention des suus zur pratorischen Erbfolge gelangten, wenn Letzterer sich mit seinem civilen Erbrechte begnügt habe. Außer diesen allgemeinen Gründen fehlt es aber auch nicht an ausdrücklichen Quellenzeugnissen, daß die Erbschaft, von welcher der suus sich abstinirt hat, den nach ihm Berufenen nicht zufällt. Zu wiederholten Malen näm-

89) Wissenbach commentat. cathedral. in h. l. p. 697, 698.

90) Die meisten Juristen übergehen diese vorzugsweise wichtige Frage mit vollkommenem Stillschweigen. Vergl. indeß Cujacius observat. XII. 20. Vinnius selectae quaest. II. 23. in f. Schweppe, das röm. Privatrecht 4. Ausg. §. 875. Bd. V. S. 248. Anm. 2. Warnkoenig commentarii iuris rom. T. III. §. 1085. Na. 8. 9. v. Wening-Ingenheim, Civilrecht, 5. Ausg. v. Friß Bd. V. §. 265 a. E.

91) L. 2. D. de success. ed. (38. 9.) Daß die so eben sub 3 und 4 aufgeführten Fälle Billigkeitsausnahmen gegen das Princip der L. 2. seien, daß also diese neben den Fällen der integri restitutio die der eigentlichen Abstention umfassen, erkennen schon die Basiliken-Scholasten Anonymus und Enantiophanes (Sch. z—b. ad. XLV. 2. Basilic. cap. 26. Fabrot. VI. 85.) an. Selbst der, so eben als Dissident aufgeführte, Cujacius spricht in der Erläuterung der L. 2. cit. (comment. in lib. VI. respons. Papiniani. Opp. IV. 1006, 1007.) die gleiche Meinung aus. Vgl. auch Consius lib. sing. de hereditatib. et bon. poss. in f. Opp. Neap. 1725. p. 3. Faber error. pragmat. XXIX. 7. p. m. 203.

92) Caius III. 37.

lich wird als unmittelbare Folge der Abstention die von den Erbschaftsgläubigern vorzunehmende *honorum venditio* erwähnt⁹³). Nun ist aber diese letztere eine *Universalsuccession*, und zwar eine *pratorische*⁹⁴); es muß also schlechthin für unmöglich erklärt werden, daß ein nachgelassenes Vermögen, in welches der Präter bereits eine *honorum possessio* gegeben, durch eine zweite *honorum possessio* auf einen Andern übertragen werde. Außerdem wird uns ausdrücklich bezeugt, daß wenn sich nach erfolgter *honorum venditio* und dadurch bewirkter Befriedigung der Gläubiger noch Ueberschuß der Erbmasse ergibt, dieser nicht den entfernteren Erben zufallen, sondern dem *suus* restituirt werden solle⁹⁵). Allerdings sprechen die diesen Grundsatz bekundenden Stellen nur von einem *suus impubes*; ein Grund aber, warum nur diesem und nicht auch dem *adultus* der übrige *Activbestand* des Nachlasses herausgegeben werden solle, läßt sich nicht wohl absehen⁹⁶). Sedenfalls würde nur mit Faber angenommen werden können, daß die Creditoren diesen Ueberschuß *lucriten*, in keiner Art aber, daß er den entfernteren Erben zufiele.

Bei einer solchen Solvenz der Erbschaften, von welcher der *suus* sich abstinirt hatte, entsteht aber, im Falle dieser durch Testament zu ihr berufen, oder mit einem *codicillus ab intestato* beschwert war, die fernere Frage, ob er durch seine Abstention, welche den Gläubigern die Last aufbürdet, ihre Befriedigung selbst zu bewirken, zugleich auch die ihm auferlegten Vermächtnisse ungiltig machen, und den Ueberschuß der *Activa* ohne alle Last besitzen könne? Diese Frage ist nun entchieden zu verneinen. Schon die oben⁹⁷) erwähnte Bemerkung des *Ulpian*⁹⁸), daß der seinem Bruder *pupillarisch* substituirt *suus* die *Pupillarsubstitution* nicht ausschlagen könne, um alsdann den Nachlaß seines Bruders auf Grund der gesetzlichen Erbfolge in Anspruch zu nehmen, zeigt, daß die abstinirenden *sui* nicht *ab intestato* zu *succediren* befugt sind. Es muß aber behauptet werden, daß der *suus*, wenn er nach der Abstention *ab intestato* erben will, nicht nur dem *Edicte: si quis omissa causa testamenti ab intestato hereditatem possideat* unterliegt, und daher den *Legataren* die Vermächtnisse bezahlen muß, sondern daß er zu einer solchen *Intestatsuccession* überall nicht gelangen kann. Theils nämlich ist, wie bereits gezeigt worden, die testamentarische Erbschaft durch die Abstention des *suus* überall nicht wie durch die *Repudiation*

93) §. 2. *Inst. de hered. qualit. et diff.* (2. 19.) L. 79. *D. ad SC. Trebellian.* (36. 1.) Vgl. L. 71. §. 9. *D. de a. v. o. h.* L. 18. *D. de tut. et ration. distr.* (27. 3.) L. 46. §. 1. *D. de adm. et peric.* (26. 7.) C. 6. C. *de repud. vel abst. hered.* (6. 31.)

94) *Caius* III. 78—81. *Cicero pro Quintio*. 19. (60.) *pr. Inst. de succession. subl.* (3. 12.) *Theophilus* *ibid.* Rein, *röm. Privatrecht* S. 498.

95) L. 79. *D. ad SC. Trebellian.* L. 6. *pr. D. de rebus auctoritate iudicis.* (42. 5.)

96) *Urb. Rein* ist *Faber error. pragmat.* XXXI. 10. p. m. 344.

97) *Ann.* 67.

98) L. 42. *pr. in f. de a. v. o. h.*

des extraneus erbleigt, so daß sie den Intestaterben weiter deferirt werden könnte; theils würde der Prätor sich offenbar selbst widersprechen, wenn er durch seinen Schutz denselben zu gleicher Zeit als der Erbschaft völlig fremd geblieben (abstinirt) betrachten und ihm zu deren vollen Besitz und Genuß (durch *honorum possessio ab intestato*) verhelfen wollte; theils endlich würde, da der abstinirende *suus* durch jede *Immixtion* in alle Rechte und Pflichten des Erben wieder eintritt, und da die *Agnition* der *honorum possessio* immer eine *pro herede gestio* (*Immixtion*) in sich schließt, jener *suus* nothwendig in demselben Augenblicke, in dem er sich die Erbschaft *ab intestato* zueignen wollte, aufhören als Abstinirender betrachtet zu werden⁹⁹⁾. Dennoch scheint eine Stelle¹⁰⁰⁾ dem Abstinirenden die *honorum possessio intestati* zu gewähren, und ihn nur der Prästation der Legate nach dem eben erwähnten Edicte zu unterwerfen. Da dieses Edict jedoch nicht nur gegen den wahren Erben, sondern gegen Jeden wirksam ist, der *pro herede* besitzt¹⁰¹⁾, so scheint in jener Stelle von einem das Testament ignorirenden, und daher mit Unrecht die *honorum possessio* und *liberi agnoscentium* *suus* die Rede zu sein¹⁰²⁾. Jedenfalls aber wird der *suus* von dem ihm zufallenden Ueberschusse der *Activa* den Legataren ganz in der gleichen Weise gerecht werden müssen, wie der unter *Repudiation* der testamentarischen *Succeßion ab intestato* *Succedirende* nach dem mehrerwähnten Edicte.

Dadurch, daß der *suus* sich gegen die Gläubiger darauf berufen, daß er sich von der Erbschaft abstinirt habe, ist er von der letzteren noch nicht für immer ausgeschlossen; vielmehr tritt er durch formlose Erklärung oder *Immixtion* sofort wieder in das ursprüngliche Verhältniß ein¹⁰³⁾. Am häufigsten mochte ein solches Rückgängigmachen der Abstention vorkommen, wenn der Tutor seinen Pupillen abstinirt hatte, und dieser nach erlangter Mündigkeit die Erbschaft nicht so verschuldet erachtete, als der Vormund es gethan. Fragten ihn alsdann die Gläubiger *in iure*, ob er von diesem seinen Rechte Gebrauch machen wolle, so konnte er sich vor der Antwort eine *Deliberationsfrist* erbitten¹⁰⁴⁾. Der *suus* aber ist schon nach *Pandectenrechte* nur so lange befugt, zur Erbschaft wieder zurückzukommen, als dieselbe von den Gläubigern noch nicht verkauft ist¹⁰⁵⁾. Nach Justinians neuester Bestimmung¹⁰⁶⁾

99) Faber error pragmat. XXXII. 5.

100) L. 1. §. 7. D. si quis omissa causa. (29. 4.)

101) L. 1. §. 9. eod.

102) Vgl. auch L. 8. §. 9. D. de inoff. test. (5. 2.)

103) L. 12. pr. D. de interrogat. in j. (11. 1.) L. 20. §. 4. D. de a. v. o. h. C. 1. 2. C. de rep. vel. abstin. hered. (6. 31.)

104) L. 8. D. de iure deliber. (28. 8.)

105) Arg. L. 24. §. 2. D. de minorib. (4. 4.) C. 6. C. de rep. vel. abst. her. (6. 31.) Der Grund, warum es in dem Falle der L. 46. §. 1. D. de admin. et peric. (26. 7.) einer kaiserlichen Erlaubniß bedurfte, damit der Abstinirende wieder zu der Erbschaft gelassen werde, scheint darin zu liegen, daß die Stadt, deren Schuldner der Erblasser war, schon eine förmliche Administration des Nachlasses eingeleitet hatte.

106) C. 6. C. cit.

wird aber der *majorenne suus* auch unter dieser Voraussetzung nur binnen drei Jahren nach der Abstention zugelassen; der *minorenne suus* dagegen und derjenige, der sich innerhalb des *Quadrienniums* nach erreichter *Majorennität* abstinirt, hat das Recht, die Erbschaft sich wieder anzueignen drei Jahre lang nach Ablauf der Frist der *restitutio minorum*. Waren die Nachlassgegenstände während der Dauer der *Minderjährigkeit* des *suus* von den Gläubigern verkauft, so steht dem Letzteren jetzt ausnahmsweise sowohl gegen die Abstention als gegen den Verkauf die in *integrum restitutio* der *Minorennen* zu. Daß der Erbe, der sich erst abstinirt und dann die Erbschaft dennoch angenommen hatte, gegen diese Annahme wieder in *integrum restituit* werden könne, sagen die Quellen nicht ausdrücklich; doch scheint die Uebertragung der für die *Restitutio* gegen die Anretung einer Erbschaft geltenden Grundsätze keinem Bedenken zu unterliegen¹⁰⁷⁾.

Karl Witte.

Beneficium cedendarum actionum (Rechtswohlthat der Klagenabtretung) heißt bei den neueren Rechtsgelehrten die Rechtswohlthat, welche dem, welcher aus einer *cumulativen Intercession* zahlen muß, zusteht, um den Gegner, an den er zahlen muß, zur Abtretung der Klagen sowohl gegen den Hauptschuldner¹⁾, als auch gegen etwaige *Mitintercedenten*, z. B. die *Mitbürger* oder *Mitmandatoren* zu zwingen. Diese Rechtswohlthat kommt nicht allein dem *Bürgen*²⁾, sondern auch dem *Auftraggeber* im *Creditauftrage* (*mandatum de credendo*)³⁾ zweifelsohne zu statten, und gründet sich auf die Regel, daß, wer nach der Strenge des Rechtes eine Schuld bezahlen muß, welche gar nicht oder nur zum Theil als die seine zu betrachten ist, auf *Cession* der Forderung gegen den wirklichen Schuldner oder den *Mitschuldner* Anspruch habe⁴⁾. Der Name *beneficium cedendarum actionum* ist un*römisch*; vielmehr sprechen die *römischen Juristen* in dieser Beziehung nur von einer *doli exceptio*⁵⁾. Sie wird in der Form der *Einrede* gegen die Klage des Gläubigers geltend gemacht, und kann sogar gegen die *iudicati actio* vorgebracht werden⁶⁾. Deshalb rechnen manche neuere Rechtsgelehrten sie zur Classe der *privilegirten Einreden*. Damit die Wirkungen der Rechtswohlthat recht klar hervortreten, wird es wohl nöthig sein, auf die Regeln zurückzugehen,

107) L. 7. §. 9. 10. D. de minoribus. (4. 4.)

1) L. 13. u. 17. D. de fideiusoribus. (46. 1.) C. 14. C. de fideiusoribus. (8. 41.) L. 27. §. 5. D. mandati. (17. 1.) L. 28. D. ibid. L. 95. §. 10. D. de solutionibus. (46. 3.)

2) L. 17. D. 46. 1. L. 39. D. ibid.

3) L. 41. §. 1. D. 46. 1. L. 27. §. 5. D. 17. 1. L. 95. §. 10. D. 46. 3.

4) Vergl. Mühlenthal, die Lehre von der Cession der Forderungsrechte (3. Ausg.) S. 412—418.

5) L. 65. D. de evictionibus. (21. 2.) L. 25. D. de administratione et periculo tutorum. (26. 7.) C. un. C. etiam ob chirographariam. (8. 27.)

6) L. 41. §. 1. D. 46. 1.

welche dann zu beobachten sind, wenn der beklagte Intercedent von der Einrede keinen Gebrauch macht. In diesem Falle hat derselbe nach strengem Rechte gegen die Mitintercedenten ⁷⁾ gar keine Klage und gegen den Hauptschuldner gerade nur die, welche aus dem durch die Intercession begründeten Verhältnisse entstanden ist, nämlich die mandati oder negotiorum gestororum actio ⁸⁾. Macht hingegen der Intercedent von der Rechtswohlthat Gebrauch, so erhält er zur eigenen Schadloshaltung alle diejenigen Klagen, welche der Hauptgläubiger, der durch ihn entschädigt wird, gegen den Hauptschuldner und die Mitintercedenten haben würde, wenn die Zahlung nicht erfolgt wäre ⁹⁾. Die Regeln, nach welchen die Cession verwirklicht wird, sind folgende: a) die Cession der Klagen muß vollständig geschehen ¹⁰⁾. Also müssen auch die mit der Hauptklage verbundenen Privilegien ¹¹⁾ und die mit der persönlichen Klage verbundenen Faustpfand- und hypothekarischen Rechte an den Cessionar, welcher ganz an die Stelle des Hauptschuldners rückt, übertragen werden ¹²⁾. b) Die Cession muß zur rechten Zeit geschehen, d. h. entweder vor der Leistung der Zahlung, oder gleich nach der Leistung derselben, wenn sie nur schon vorher bedungen war ¹³⁾. Denn sonst wird angenommen, es sei gar keine Klage mehr vorhanden, weil die Forderung durch die Zahlung gerilgt ist ¹⁴⁾, und erloschene Klagen können bekanntlich nicht mehr cedirt werden ¹⁵⁾. Die Form der Cession ist nirgends besonders bezeichnet. Es ist mithin wohl anzunehmen, daß es die gewöhnliche sei, d. h. daß sie durch die Bestellung des in rem suam procurator verwirklicht werde. Was das Verhältniß des Cessionars zum Cedens betrifft, so geht aus den Neuerungen der römischen Juristen hervor, daß man sich dasselbe gewissermaßen als emtio venditio nominis zu denken habe ¹⁶⁾. Als Verkäufer erscheint der Cedent; als Käufer der Cessionar; als Kaufpreis die geleistete Zahlung. Streutig ist es, ob der Cessionar, im Falle Mitintercedenten vorhanden sind, von diesen vermöge unserer Rechtswohlthat das Ganze, was er gezahlt hat, oder nur denjenigen Theil derselben einlagen dürfe, welcher nach Abzug des eigenen Antheiles an der Schuld, für welche er intercedirt hat, übrig bleibt ¹⁷⁾. Darf man diese Streit-

7) C. 11. C. 8. 41. L. 39. D. 46. 1.

8) C. 14. C. 8. 41.

9) L. 95. §. 11. D. 46. 3. L. 41. §. 1. D. 46. 1. L. 76. D. 46. 3. L. 65. D. 21. 2. L. 25. D. 26. 7. L. 13. D. 46. 1. C. 14. C. 8. 41. C. 21. C. ibid.

10) C. 21. C. 8. 41. C. 2. C. ibid. L. 59. D. 46. 1.

11) L. 45. §. 9. D. de iure fisci. (49. 14.) C. 7. C. de privilegio fisci. (7. 73.)

12) C. 14. u. 21. C. 8. 41. C. 2. C. ibid. L. 59. D. 46. 1.

13) L. 76. D. 46. 3. C. 14. C. 8. 41. L. 36. D. 46. 1.

14) L. 76. D. 46. 3.

15) L. 95. §. 11. D. 46. 3.

16) L. 17. D. 46. 1. L. 36. D. ibid. C. 14. C. 8. 41. C. 5. C. de solutionibus. (8. 43.)

17) Vergl. Mühlensbruch a. a. D. S. 413.

frage nach den Grundsätzen, welche von den Mitbürgen gelten, entscheiden, so würde die abgetretene Klage gegen die Intercedenten nur in so weit zu gestatten sein, als nach Abzug des eigenen Antheiles verbleibt. Denn für den eigenen Antheil wird der Bürge im Verhältnisse zu seinen Mitbürgen als Selbstschuldner betrachtet¹⁸). In folgenden Fällen fällt das beneficium cedendarum actionum weg: 1) wenn die Person, an welche die Cession erfolgen soll, nicht cessionsfähig ist. Dies tritt z. B. dann ein, wenn der Cessionar noch in der väterlichen Gewalt des debitor cessus steht¹⁹). 2) Wenn derjenige, welcher die fremde Schuld bezahlt hat, durch keine juristischen Gründe zur Bezahlung derselben verpflichtet war²⁰). 3) Wenn der, welcher die Zahlung zu leisten hat, dieser Rechtswohlthat entsagt hat²¹). Doch liegt in der ausdrücklichen Verzichtleistung auf das beneficium divisionis noch keineswegs eine Entsagung des beneficium cedendarum actionum, da jene Verzichtleistung nur auf das Recht des Schuldners, eine Theilung der Klage zu beanspruchen, bezogen wird.

Feimach.

Beneficium cessionis bonorum (Rechtswohlthat der Güterabtretung)¹) heißt die Rechtswohlthat, vermöge deren ein insolventer Schuldner seine Gütermasse seinen Gläubigern überläßt, um sich von dem Schuldfängnisse und der mit dem gewöhnlichen Concursverfahren (bonorum venditio) verbundenen Ehrlosigkeit zu befreien. Diese Rechtswohlthat ist durch eine lex Julia²), welche Einige dem Julius Cäsar, Andere dem Augustus zuschreiben³), zunächst nur für Italien eingeführt und erst späterhin durch kaiserliche Constitutionen auf die Provinzen des römischen Reiches ausgedehnt worden⁴). Die Voraussetzungen, unter welchen diese Rechtswohlthat gewährt wird, sind folgende: 1) der Schuldner muß zur Bezahlung der Schuld entweder verurtheilt worden sein, oder die Wahrheit der Schuld vor Ge-

18) §. 4. Inst. de fideiussoribus. (3. 21.) L. 10. pr. D. 46. 1. L. 51. §. 1. L. 52. §. 1. D. ibid. C. 3. C. 8. 41. C. 10. §. 1. C. 28. C. ibid. Vergl. Mühlenbruch a. a. D. S. 413. Note 377.

19) L. 7. D. de solutionibus et liberationibus. (44. 7.)

20) L. 65. D. 21. 2. C. 5. C. 8. 43.

21) Vergl. Mühlenbruch a. a. D. S. 41.

1) Die vorzüglichsten Schriften, welche die bonorum cessio betreffen, sind: Dabelow, ausführliche Entwicklung der Lehre vom Concourse der Gläubiger S. 105—149. C. G. Ulbricht de cessione bonorum secundum ius Romanum et Saxonicum. Lipsiae 1826. 4. Zimmermann, Civilprozeß §. 78. S. 247—251, und die kurzen, aber sehr guten Bemerkungen von Bethmann-Hollweg, Handbuch des Civilprozeßes, Th. 1. S. 345 flg.

2) Calus inst. III. §. 78. C. 4. C. qui bonis cedere possunt. (7. 71.) In der letzten Stelle hat das Gesetz den Beinamen de bonis cedendis, wenn man es nicht vorzieht, die Worte de bonis cedendis auf das nächstfolgende Wort beneficium zu beziehen.

3) Dabelow a. a. D. S. 113—115.

4) C. 4. C. 7. 71. Vergl. Spanheim orbis Romanus diss. II. cap. 25. p. 389—398.

richt bekannt haben ⁵⁾. 2) Der Schuldner muß beweisen, daß seine Insolvenz durch einen unverschuldeten Unglücksfall veranlaßt worden, z. B. durch räuberischen Anfall, Schiffbruch oder Feuersbrunst ⁶⁾. In den Justinianischen Rechtsquellen findet sich keine Spur dieses Erfodernisses vor; es läßt sich aber in der That die Rechtswohlthat nicht anders denken, und zum Ueberflusse wird dasselbe auch dadurch angedeutet, daß der Kaiser deshalb angegangen zu werden pflegte und den Gläubigern dann die Wahl ließ zwischen Annahme der Cession und fünfjähriger Gestundung ⁷⁾. c) Der Schuldner muß schwören, daß er vermögenslos sei ⁸⁾; oder, wie sich Bethmann-Hollweg ⁹⁾ ausdrückt, daß er Alles, was zu seinem Vermögen gehört, an seine Gläubiger herausgegeben habe. Dieser Eid ist ein Manifestationseid. Er fällt indeß nach heutigem Rechte weg, da die Novelle, auf die er sich gründet, nicht glossirt ist. Die bonorum cessio wird in den römischen Rechtsquellen als eine Rechtswohlthat dargestellt ¹⁰⁾ und in den letzten Zeiten des römisch-Justinianischen Rechtes gewöhnlich vom Kaiser als eine besondere Vergünstigung erbeten ¹¹⁾, in welchem Falle derselbe den Gläubigern des Bittstellers gewöhnlich die Wahl ließ, ob sie die Güterabtretung annehmen, oder eine fünfjährige Gestundung dem Gemeinschuldner ertheilen wollten. Daraus ergibt sich zugleich, daß Niemand zur Abtretung seiner Güter gezwungen werden kann, was zum Ueberflusse auch noch durch eine besondere Novelle Justinians bestätigt worden ist ¹²⁾. Den Anspruch auf diese Rechtswohlthat haben im Allgemeinen alle Schuldner, freilich unter der Voraussetzung des Vorhandenseins der oben genannten Erfodernisse; selbst Haus söhne können dieselbe in Bezug auf ihr profectitium und castrense peculium, ja sogar in Bezug auf das sogenannte peculium adventitium beanspruchen ¹³⁾, wenn schon im älteren Rechte dieselbe nur freien, selbstständigen Menschen (homines sui iuris) ertheilt zu werden pflegte. Die Form, in welcher sie den Schuldnern gewährt wird, ist die des Vertrages zwischen den Concursgläubigern und dem Gemeinschuldner. Darauf deutet eines Theils der Ausdruck bonis cedere, bonorum cessio, anderen Theils der Umstand, daß auch von Seiten der Gläubiger eine Annahme der Cession erfolgen muß (bonorum cessionem accipere) ¹⁴⁾. Diese hat-

5) L. 8. D. de cessione bonorum. (42. 3.)

6) C. 1. C. Th. qui bonis ex lege Julia cedere possunt. (4. 20.)

7) C. 8. C. 7. 71.

8) Nov. 135. c. 1.

9) X. a. D. S. 345.

10) C. 4. C. 7. 71. legis Juliae de bonis cedendis beneficium. C. 8. C. ibid. ad miserabile cessionis bonorum homines veniant auxilium. C. 7. C. ibid. ad cessionis flebile veniens adiutorium. Daher der Titel des Theodosischen Codex lib. 4. tit. 20. Qui bonis ex lege Julia cedere possunt. und des Justinianischen Codex 7. 71. qui bonis cedere possunt.

11) C. 8. C. 7. 71.

12) Nov. 135. c. 1.

13) C. 7. C. 7. 71.

14) C. 8. C. 7. 71.

ten nämlich nach den Justinianischen Rechtsquellen die Wahl zwischen der Annahme der Cession und der Gewährung einer fünfjährigen Gestundung. Von Seiten des Gemeinschuldners wird die ausdrückliche Willenserklärung erfordert, daß er von dieser Rechtswohlthat Gebrauch mache¹⁵⁾. Dabei ist es gleichgültig, ob die Cession vor dem Prator (in iure) oder ohne denselben erklärt wird¹⁶⁾. Selbst wenn der Gemeinschuldner abwesend ist, kann er von der Rechtswohlthat Gebrauch machen, wenn er nur seine Willensmeinung durch Briefe oder Boten zu erkennen gibt¹⁷⁾. Im älteren Rechte waren bei der Erklärung des Gemeinschuldners mehrere, uns nicht weiter bekannte Förmlichkeiten hergebracht, welche im Justinianischen Rechte abgeschafft sind¹⁸⁾. Auch hängt der Gebrauch dieser Rechtswohlthat so sehr von der Willkür des Gemeinschuldners ab, daß er sogar dann, wenn er von derselben bereits Gebrauch gemacht hat, sie bis zur Verwirklichung der bonorum venditio unbehindert wieder aufgeben kann¹⁹⁾. Nithin darf er bis zum angegebenen Zeitpunkt, wenn er will, sich selbst vor Gericht vertreten (se defendere) oder durch volle Auszahlung der Schuld von der bonorum venditio befreien. — Die Wirkungen der Rechtswohlthat betreffend, so ist wohl zwischen allgemeinen und besonderen zu unterscheiden. Jene erstrecken sich auf den Concurß im Allgemeinen, diese auf die Person des Gemeinschuldners allein. Was die allgemeinen Wirkungen anbetrifft, so findet auch dann, wenn die Rechtswohlthat geltend gemacht wird, das gewöhnliche Concurßverfahren statt. Im älteren Rechte bestand es in der bonorum venditio²⁰⁾, im Justinianischen in der bonorum distractio²¹⁾. Auch befreit die Rechtswohlthat den Gemeinschuldner keineswegs von der Verpflichtung zur Nachzahlung²²⁾; freilich mit der Beschränkung, daß ein zweites Concurßverfahren gegen denselben erst dann eingeleitet werden kann, wenn er etwas Bedeutendes erworben hat²³⁾. Die Beurtheilung dessen, ob so viel vorhanden sei, daß ein neuer Concurß eröffnet werden könne, fällt dem Magistrat anheim²⁴⁾. Dieser soll aber die Eröffnung verweigern, wenn der Gemeinschuldner später nur so viel erworben hat, als zur Bestreitung seines täglichen Unterhaltes gehört²⁵⁾. Zur Be-

15) C. 6. pr. u. §. 1. C. 7. 71.

16) L. 9. D. de cessione bonorum. (42. 3.)

17) L. 9. D. 42. 3.

18) C. 6. C. 7. 71. scrupulositate priorum legum explosa.

19) C. 2. C. 7. 71. L. 3. D. 42. 3. L. 5. D. ibid.

20) Caius inst. III. §. 78. L. 3. 5. 6. u. 7. D. 42. 3. C. 4. C. 7. 71.

21) C. 2. C. 7. 71. pr. Inst. de successioneibus sublatis. (3. 13.) C.

10. C. de bonis auctoritate iudicis possidendis. (7. 72.)

22) C. 1. C. 7. 71. C. 3. C. 7. 72. L. 4. pr. u. 6. u. 7. D. 42. 3.

23) L. 6. u. 7. D. 42. 3. C. 3. C. 7. 72. C. 7. C. ibid. §. 40. J. de actionibus. (4. 6.) Für diesen Fall bedurfte es im späteren Rechte nicht einmal einer zweiten Güterabtretung im folgenden Concurße. Nov. 135. c. 1.

24) L. 6. u. 7. D. 42. 3. C. 3. C. 7. 72.

25) L. 6. D. 42. 3.

friedigung der Concursgläubiger wird nur das gegenwärtige Vermögen des Schuldners verwendet, und selbst von diesem alles dasjenige ausgeschieden, was er von fremden Gütern zu verwalten hatte²⁶). Doch müssen sie die ihnen überlassenen Güter im gewöhnlichen Wege des Concurses zu Gelde machen; als Eigenthum können sie dieselben nicht behalten, außer wenn sie ihnen an Zahlungsstatt ausdrücklich überlassen worden sind²⁷). Was die besonderen Wirkungen unserer Rechtswohlthat anbetrifft, so lassen sich dieselben auf folgende Punkte zurückführen: a) der Gemeinschuldner wird dadurch frei von der Personalhaft²⁸), während gegen die anderen leicht mit Gefängniß verfahren wird²⁹). Dabei ist indeß für die späteren Kaiserzeiten nicht sowohl an Privatgefängnisse, sondern vielmehr an öffentliche zu denken³⁰). b) Der Gemeinschuldner, welcher von dieser Rechtswohlthat Gebrauch macht, erleidet keine Ehrenschmälerung³¹), während in anderen Fällen mit der bonorum venditio auch Infamie verbunden ist³²). c) Der Gemeinschuldner kann sich gegen alle Forderungen früherer Gläubiger, selbst dann, wenn sie sich im Concurs gar nicht gemeldet haben, mit der Einrede der Güterabtretung (exceptio si bonis cesserit) schützen³³). d) Der Gemeinschuldner kann, wenn ein zweiter Concurs eröffnet wird, von der Rechtswohlthat der Competenz Gebrauch machen³⁴). Dabei ist es streitig, ob der Gemeinschuldner die Rechtswohlthat der Competenz auch gegen die Forderungen, welche erst nach der Güterabtretung entstanden sind, geltend machen könne³⁵). Thibaut behauptet, daß er es könne, indem er sich auf mehrere allgemein sprechende Pandectenstellen beruft³⁶). Doch hat schon Puchta³⁷) bemerkt, daß diese Stellen auch eine beschränkende Erklärung zulassen; zugleich hat sich derselbe zur Unterstützung der gegentheiligen Meinung auf ein argumentum a contrario berufen, welches er aus C. 3. C. de bonis auctor. iud. possid. (7. 72.) entlehnt. Diese Stelle ist indeß ein Rescript und

26) C. 3. C. 7. 72.

27) C. 4. C. 7. 71. C. 6. C. 7. 72.

28) C. 1. C. 7. 71. In eo enim tantummodo hoc beneficium eis predest, ne detrahantur in carcerem. C. 8. C. ibid.

29) Vergl. Rudorff im rheinischen Museum für Philologie Th. II. S. 164 flg.

30) Theod. Cod. de privati carceris custodia. (9. 11.) Justin. Cod. de privatis carceribus inhibendis. (9. 5.) C. 23. C. de episcopali audientia. (1. 4.)

31) C. 8. C. 7. 71. C. 11. C. ex quibus causis infamia inrogatur. (2. 12.)

32) Cic. pro Quinctio c. 15. Caius instit. II. §. 154. Tertull. Apolog. c. 4. Vergl. Marezoll von der bürgerlichen Ehre S. 197—200.

33) L. 4. §. 1. D. 42. 3. C. 3. C. 7. 72. §. 4. Inst. de replicationibus. (4. 14.) L. 17. pr. D. de receptis, qui. (4. 8.)

34) L. 4. pr. D. 42. 3. §. 40. Inst. de actionibus. (4. 6.)

35) Die Literatur dieser Controverse siehe bei Thibaut, civilistische Abhandlungen S. 349—351.

36) L. 4. pr. u. §. 1. D. 42. 3. L. 6. D. ibid.

37) Lehrbuch der Pandecten S. 239.

schon deshalb nicht voll beweisend, weil diese Art kaiserlicher Verordnungen sich unmittelbar an die in den Suppliken vorliegenden Thatumstände anschließt³⁸⁾. Auch darüber herrscht Streit unter den Juristen, ob dem, welcher von der Rechtswohlthat der Güterabtretung Gebrauch gemacht hat, die Vertretung des Concurfes gegen die Concursschuldner und Concursgläubiger gestattet werden könne. Die Zeugnisse der römischen Rechtsquellen scheinen für das Nein zu sprechen. Denn eines Theils wird ganz deutlich gesagt, daß dem Concursschuldner nach der Cession keine Klage in Betreff seiner Gütermasse zu gestatten sei³⁹⁾; anderen Theils erblicken die römischen Juristen in der freiwilligen Vertretung der Concursmasse von Seiten des Cridars gegen die Concursgläubiger einen Verzicht auf die einmal gebrauchte Rechtswohlthat⁴⁰⁾, was vielleicht mit der von Sabinus und Cassius aufgestellten und von Ulpian gebilligten Meinung zusammenhängt, daß der Gemeinschuldner nach der Güterabtretung gar nicht verklagt werden könne⁴¹⁾.

Heimbach.

Beneficium competentiae (Rechtswohlthat der Competenz) heißt bei den neueren Rechtsgelehrten die Einrede des Schuldners gegen die Klage des Gläubigers, daß er im vorliegenden Prozesse auf nicht mehr verurtheilt werde, als der Bestand seines Vermögens zur Zeit der Condemnation beträgt¹⁾. Der Ausdruck *beneficium competentiae* findet sich nirgends in den römischen Rechtsquellen; vielmehr gebrauchen die römischen Juristen, um diese Rechtswohlthat zu bezeichnen, die Ausdrücke: *condemnatio*, *condemnari in id, quod facere potest*. *Facere* heißt in dieser Verbindung soviel als *solvere*²⁾. Ueber den Inhalt der Rechtswohlthat herrscht unter den neueren Juristen Streit. Die ältere, auch von Thibaut³⁾ und neuerdings von Mühlentbruch⁴⁾ in Schutz genommene Meinung bestimmt denselben dahin, daß vermöge derselben der Schuldner nicht Alles herauszugeben brauche, was er besitze, sondern so viel davon zurückbehalten dürfe, als zu seiner Ernährung unumgänglich nöthig ist. Diese Meinung stützt sich vorzüglich auf das Zeugniß Ulpian's, welches noch dazu unter dem ganz allgemeinen Titel *de diversis regulis iuris antiqui* einge-

38) Vergl. Thibaut a. a. D. S. 353.

39) L. 17. pr. D. 4. 8.

40) L. 3. u. 5. D. 42. 3.

41) L. 4. §. 1. D. 42. 3. L. 17. pr. D. 4. 8.

1) Literatur: Schömann, Handbuch des Civilrechtes, Bb. 2. S. 63—70. Thibaut, civilistische Abhandlungen Nr. 16. S. 345—358. Holtius in der bibliothèque du Jurisconsulte (Liège 1826) tom. I. p. 390—405. Schröter in der (tübinger) kritischen Zeitschrift Bb. 4. S. 76—80.

2) L. 82. D. ad legem Falcidiam (35. 2.) *si debitor vel solvendo non sit vel centum facere possit*. L. 10. D. de re iudicata. (42. 1.) *Qui — mutuum pecuniam accepit — quamvis facere non possit, debet condemnari*.

3) X. a. D. S. 347—351.

4) Doctrina Pandectarum §. 154.

tragen worden ist⁵⁾. Es steht indeß wohl nicht zu bezweifeln, daß, wenn auch die Worte Ulpian's ganz allgemein gefaßt zu sein scheinen, dieselben doch so ausgelegt werden können, als ob die Rücksicht auf die künftige Ernährung des Schuldners nur in den meisten Fällen zu nehmen sei, wo das beneficium competentiae gestattet wird. Hierzu tritt noch der Umstand, daß die Berücksichtigung des künftigen Unterhaltes des Schuldners als eine besondere, von dem beneficium competentiae getrennte Rechtswohlthat von den römischen Juristen dargestellt wird⁶⁾. Auch läßt sich aus der eben vorgetragenen Meinung der Umstand nicht gehörig erklären, daß bei der Berechnung des Vermögensbestandes in manchen Fällen die anderen Schulden des Beklagten im Voraus nicht verabzugt werden⁷⁾. Endlich soll die Verurtheilung auch auf so viel erstreckt werden, dessen sich der Beklagte arglistiger Weise entäußert hat (quodve dolo molo fecerit, quominus possit)⁸⁾, eine Vorschrift, welche völlig unerklärlich sein würde, wenn die Kompetenzwohlthat die Berücksichtigung des künftigen Unterhaltes in sich faßte. Auch fehlt es nicht an Zeugnissen, welche die oben gebilligte Meinung unterstützen⁹⁾. Nach dem des Theophilus in der Paraphrase der Justinianischen Institutionen lib. IV. tit. 6. §. 37. ed. Reitz tom. II. p. 834. besteht das Wesen der Kompetenzwohlthat darin, daß, wenn die Klage auf 100 Goldstücke lautet, und ich nur fünfzig im Vermögen habe, die Verurtheilung nur auf diese fünfzig lauten kann. In anderen Stellen der Justinianischen Pandecten¹⁰⁾ und Institutionen¹¹⁾ wird der Ausdruck in id, quod facere potest, condemnari für synonym erklärt mit den Worten quatenus eius facultates patiuntur, condemnari und ut non ultra facultates damnetur, — Ausdrücke, welche die Berücksichtigung des künftigen Lebensunterhaltes des Schuldners völlig auszuschließen scheinen. Der Ursprung dieser Rechtswohlthat und ihr Zusammenhang mit anderen Rechtsinstituten der Römer ist uns unbe-

5) L. 173. pr. D. de regulis iuris. (50. 17.) In condemnatione personarum, quae in id, quod facere possunt, condemnantur, non totum, quod habet, extorquendum est, sed et ipsarum ratio habenda est, ne egeant.

6) L. 19. §. 1. D. de re iudicata. (42. 1.) Is quoque, qui ex causa donationis convenitur, in quantum facere potest, condemnatur, et quidem is solus, deducto aere alieno. Et inter eos, quibus ex simili causa pecunia debetur, occupantis potior erit causa. Immo nec totum, quod habet, extorquendum ei puto, sed et ipsi ratio habenda est, ne egeat. Vergl. Hugo; Pandecten (7. Ausg.) S. 245.

7) L. 19. pr. u. §. 1. D. 42. 1. L. 16. D. ibid. L. 49. D. ibid.

8) L. 63. pr. u. §. 7. D. pro socio. (17. 2.) L. 18. §. 1. D. solute matrimonio. (24. 3.)

9) Diese Meinung ist zuerst von Schömann, Handbuch des Civilrechts Bb. 2. S. 63 flg. aufgestellt und später von Holtius in der bibliothèque de Jurisconsulte tom. I. p. 390—405. und Zimmern, römischer Prozeß §. 141. Note 2. S. 425 u. 426. mit Gründen unterstützt worden.

10) L. 21. D. 42. 1.

11) §. 37. Inst. de actionibus. (4. 6.)

kannt. Die Sache ist bereits dem *Labeo*¹²⁾ und dem *Dfilius*¹³⁾ bekannt gewesen und zeitig in das prätorische *Edict*¹⁴⁾ übertragen worden. *Schröter*¹⁵⁾ hat die Vermuthung ausgesprochen, diese Rechtswohlthat sei der *lex Julia de cessione honorum* vorangegangen, um gewissen Personen die aus der *honorum venditio* entstehende Infamie zu ersparen, und als das *beneficium cessionis* durch das genannte Gesetz generalisirt worden sei, habe man jenen Personen wenigstens den Abzug des Unterhaltes zugestanden. Doch hat sich gegen diese Vermuthung sowohl *Holtius*¹⁶⁾, als *Zimmeru*¹⁷⁾ erklärt. Der Vermögensbestand des Schuldners, welchem die Rechtswohlthat zufließt, wird vom Richter, bei welchem die Klage angebracht wird, nach dem Zeitpunkte, an welchem die Verurtheilung erfolgt, berechnet¹⁸⁾. Die Schulden des zu Verurtheilenden an Andere kommen in der Regel nicht in Anschlag¹⁹⁾. Wahrscheinlich deshalb, weil auch hier, wie bei der *peculio actio* der Grundsatz gilt: *occupantis melior est conditio*²⁰⁾. Die Art und Weise, wie die Rechtswohlthat verwirklicht wird, fällt mit der Form der Verurtheilung zusammen. Denn in dieser kann nur gerade diejenige Summe ausgedrückt werden, welche nach dem Urtheile des Richters den Vermögensbetrag des Schuldners ausmacht²¹⁾. Daher in den Justinianischen Rechtsquellen der häufige Gegensatz von *in solidum condemnari* und *in id, quod facere possit, condemnari*²²⁾. Ist die Verurtheilung erfolgt, so tritt die prozeßualische Consumtion der Klage ein, und der Schuldner wird *ipso iure* frei von der Verpflichtung, den Mehrbetrag der Klage zu entrichten²³⁾. Doch muß derselbe vor der Condemnation versprechen, daß er den Rest nachzahlen werde, wenn er in bessere Vermögensumstände komme²⁴⁾. Dazu reicht freilich schon ein bloßes Versprechen (*nuda promissio*) aus; der Stellung von Bürgen oder der hypothekarischen Sicherheit bedarf es nicht²⁵⁾. — Aus

12) L. 18. pr. D. 24. 3.

13) L. 18. §. 1. D. 24. 3.

14) L. 2. pr. D. quod cum eo, qui in aliena potestate est. (14. 5.) L. 22. §. 1. D. 42. 1.

15) In der (tübinger) kritischen Zeitschrift Bb. 4. S. 76—80.

16) In der kritischen Zeitschrift Bb. 4. S. 504.

17) *N. a. D.* S. 426. Note 7.

18) L. 63. §. 6. D. 17. 2. L. 15. pr. D. 24. 3. L. 53. D. ibidem. Darauf deutet auch die Stellung der L. 16—20. D. 42. 1., welche von unserer Rechtswohlthat handeln unter den Titel *de re iudicata*.

19) L. 16. D. 42. 1. L. 19. pr. u. §. 1. D. ibid. L. 49. D. ibid.

20) L. 19. pr. D. 42. 1.

21) *Theoph. paraphr.* IV. 6. §. 37. ed. Reitz tom. II. p. 834 sq. Darauf deuten auch die Ausdrücke *in id, quod facere potest, condemnari* und *quatenus facere possit, condemnari*.

22) L. 41. pr. §. 1. u. 2. D. 41. 2. §. 37. *Inst.* 4. 6. C. un. §. 7. C. de rei uxoriae actione tollenda. (5. 13.)

23) Daher der Ausdruck *actio in id, quod facere potest; danda est* (L. 30. D. 42. 1.) und die Worte des prätorischen *Edictes actionem, causa cognita, dabo in id, quod facere potest.* (L. 2. pr. D. 14. 5.)

24) L. 63. §. 4. D. 17. 2. C. un. §. 7. C. 5. 13.

25) L. 63. §. 4. D. 17. 2.

dem Gesagten erscheint sich so viel als gewiß zu ergeben, daß es eine bei den römischen Rechtsgelehrten sehr gewöhnliche Vorstellung war, sich die Klage, in der dem Beklagten die Rechtswohlthat der Competenz zusteht, gleich von Anfang an als auf die Summe der Condemnation beschränkt zu denken²⁶⁾. Damit hängt es denn wohl zusammen, wenn an mehreren Stellen²⁷⁾ die Zulässigkeit der Rechtswohlthat bei der *iudicati actio* bezeugt wird. Die Form, in welcher hier dieselbe gewährt wird, ist die *doli exceptio*²⁸⁾. Ueberhaupt kann es wohl als allgemeine Regel gelten, daß sie in der Form der Exception geltend gemacht wird²⁹⁾. Daraus ist die Ansicht neuerer Rechtsgelehrten entstanden, daß sie zu den sogenannten privilegirten Einreden zu rechnen sei. Mit dem Gesagten hängt es wohl zusammen, wenn demjenigen, welcher, ohngeachtet ihm unsere Rechtswohlthat zusteht, die Zahlung der ganzen Schuld leistet, die *condictio indebiti* zum Zwecke der Rückforderung des Zuvielgezahlten abgesprochen wird³⁰⁾. Die Gründe, aus welchen diese Rechtswohlthat gestattet wird, sind höchst persönlich. Daher kommt es eines Theils, daß die Rechtswohlthat weder den Erben, noch den Bürgen des Hauptschuldners zu Gute kommt³¹⁾, wenn gleich der Defensor dieselbe beanspruchen darf³²⁾; anderen Theils erklärt sich daraus der Umstand, daß die Personen, welchen sie zusteht, derselben keineswegs gültiger Weise entsagen können³³⁾. Man sah es nämlich als eine Verletzung der guten Sitten an, wenn diese, gewissen Personen geschuldete Ehrenbezeugung von Seiten des Klägers unbeachtet gelassen würde³⁴⁾. Eine Ausnahme von dieser Regel findet wohl dann statt, wenn die Rechtswohlthat durch einen speciellen Vertrag zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner begründet wird³⁵⁾. Denn hier kommen wohl alle Regeln zur Anwendung, welche von den Verträgen überhaupt gelten. Unter den einzelnen Personen, welchen die Kompetenzwohlthat zukommt, geht der, welcher zuerst kommt, den übrigen vor, d. h. die anderen mögen warten, bis der Schuldner wieder zu Vermögen kommt, damit ihre Klage nicht umsonst consumirt werde³⁶⁾. Doch gehen privilegirte Gläubiger auch hier unbedingt den übrigen vor³⁷⁾.

26) L. 30. D. 42. 1. L. 2. pr. D. 14. 5. L. 25. D. 42. 1. L. 41. §. 2. D. *ibid.*

27) L. 41. §. 2. D. 42. 1. L. 33. pr. D. de donationibus. (39. 5.) L. 17. §. 2. D. 24. 3. L. 5. pr. D. 14. 5.

28) L. 17. §. 2. D. 24. 3.

29) L. 17. §. 1. D. 24. 3. L. 7. pr. D. de exceptionibus. (44. 1.) L. 41. pr. D. de re iudicata. (42. 1.)

30) L. 8. u. 9. D. de condicione indebiti. (12. 8.)

31) L. 63. §. 1. u. 2. D. pro socio. (17. 2.) L. 12. D. 24. 3. L. 13. u. 14. pr. D. 24. 3. L. 15. §. 1. u. 2. D. *ibid.* L. 7. pr. D. de exceptionibus. (44. 1.) L. 24. pr. u. §. 1. D. 42. 1. L. 25. D. *ibid.*

32) L. 23. D. 42. 1. L. 63. §. 1. D. 17. 2. L. 14. pr. D. 24. 3.

33) L. 14. §. 1. D. 24. 3. L. 17. pr. D. *ibid.*

34) L. 14. §. 1. D. 24. 3. L. 15. §. 2. u. L. 16. D. *ibid.*

35) L. 49. D. de pactis. (2. 14.)

36) L. 19. pr. u. §. 1. D. 42. 1. L. 3. D. 14. 5.

37) D. 3. D. 14. 5.

Die Fälle, in welchen gewissen Personen die Kompetenzwohlthat ertheilt wird, sind durch den Ausdruck der Gesetze festgestellt. Es dürfen aber diese Zeugnisse der römischen Rechtsquellen nicht extensiv erklärt werden, da die Rechtswohlthat nicht die Regel, sondern vielmehr die Ausnahme bildet. Folgende Personen genießen zweifelsohne die Kompetenzwohlthat: a) Soldaten steht dieselbe gegen alle Forderungen zu. Ob dies Privilegium auch Veteranen, die eine ehrenvolle Mission erhalten haben, zu Gute komme, dürfte zu bezweifeln sein³⁸). Für eine derartige Ausdehnung scheinen die in den angeführten Stellen gebrauchten Perfecten zu sprechen. b) Diejenigen, welche während der väterlichen Gewalt Schulden contrahirt haben, können gegen Forderungen, welche daraus entstehen³⁹), die Kompetenzwohlthat beanspruchen, wenn sie nicht sehr lange, nachdem die väterliche Gewalt beim Leben des Vaters oder, nachdem sie durch dessen Tod aufgehoben worden ist, sofern sie wenig oder nichts von ihm geerbt haben, jener Forderungen halber verklagt werden⁴⁰). Hier wird die Rechtswohlthat nach vorgängiger causae cognitio ertheilt⁴¹). Dabei hat der Richter in Erwägung zu ziehen, daß der Zeitraum, welcher nach der Auflösung der väterlichen Gewalt abgelaufen ist, nicht zu groß sei⁴²); auch ist es seiner Beurtheilung anheim gestellt, ob es nicht besser sei, im Fall der Sohn Etwas vom Vater geerbt hat, die Klage des Gläubigers auf die Größe des Erbtheiles zuzulassen, oder gegen dieselbe die Competenzrede zu gestatten⁴³). Gegen Forderungen aus Delicten, oder wenn beim Abschluß des Contractes der Haussohn sich arglistiger Weise für einen freien, selbstständigen Mann ausgegeben hat, findet die Berufung auf die Kompetenzwohlthat nicht statt⁴⁴). c) Wer früherhin im Concurse von der Rechtswohlthat der Güterabtretung Gebrauch gemacht hat, kann hinsichtlich des Vermögens, welches er nach der Cession erworben hat, die Kompetenzwohlthat beanspruchen, wenn er von seinen Concursgläubigern späterhin wegen der Nachzahlung des Geschuldeten belangt wird⁴⁵). Gleichgiltig ist es dabei, ob den Gläubigern durch die Abtretung der Güter Etwas zugekommen ist oder nicht⁴⁶). Eine solche Nachklage wird indeß nur dann gestattet, wenn der Cedent etwas Bedeutendes erworben hat⁴⁷), und die Beurtheilung dieses Thatumstandes ist dem Ermessen des Prätors anheim gestellt⁴⁸). Jedenfalls muß aber dem Ge-

38) L. 6. pr. D. 42. 1. L. 18. D. ibid.

39) Gegen später entstandene Obligationen findet die Berufung auf die Rechtswohlthat nicht statt. L. 3. D. 14. 5.

40) L. 2. 4. u. 5. D. 14. 5. L. 49. D. 42. 1.

41) L. 2. pr. u. §. 1. D. 14. 5.

42) L. 4. §. 4. D. 14. 5.

43) L. 4. pr. D. 14. 5.

44) L. 4. §. 1. u. 2. D. 14. 5.

45) L. 4. u. 6. D. de cessione bonorum. (42. 3.) §. 40. J. de actionibus. (4. 6.) C. 3. C. de bonis auctoritate iudicis. (7. 72.)

46) L. 4. §. 1. D. 42. 3.

47) L. 6. u. 7. D. 42. 3.

48) L. 7. D. 42. 3. C. 3. C. 7. 72.

meinschuldner Alles gelassen werden, was ihm aus Mitleiden, z. B. des Unterhaltes halber vermacht worden ist⁴⁹⁾. d) Dem Schenker steht die Kompetenzwohlthat zu, wenn er aus der Schenkung belangt wird⁵⁰⁾. In diesem Falle wird bei der Vermögensberechnung des Schenkers auch Alles, was derselbe Anderen schuldig ist, im Voraus verabzugt⁵¹⁾. Auch muß dem Schuldner aus dem Bestande seiner Güter wenigstens soviel verbleiben, als zu seiner Ernährung nothwendig ist⁵²⁾. Neuere Rechtsgelehrten bezeichnen diesen letzten Theil der Rechtswohlthat mit dem Namen *beneficium, ne egeat*. e) Die, welche in Gesellschaftsverhältnissen zu einander stehen, haben die Kompetenzwohlthat gegen die aus dem Gesellschaftscontracte entstehende Klage (*pro socio actio*), ohne Unterschied, ob die Societät nur Einen Gegenstand betrifft oder eine allgemeinere ist⁵³⁾. f) Der Ehemann, sein Vater und seine Kinder genießen die Kompetenzwohlthat gegen die *dotis actio*⁵⁴⁾. g) Der Schwiegervater kann sich auf diese Rechtswohlthat berufen, wenn er wegen des versprochenen Heurathsgutes während der Dauer der Ehe belangt wird⁵⁵⁾. Nach der Auflösung der Ehe wird ihm die Rechtswohlthat nicht mehr gestattet⁵⁶⁾. h) Die Eltern können diese Rechtswohlthat gegen ihre Kinder⁵⁷⁾, i) die Patrone, deren Kinder und Eltern gegen die Freigelassenen⁵⁸⁾, k) die Ehegatten gegen einander⁵⁹⁾ geltend machen. Im zuletzt genannten Falle ist ihre Anwendung nur auf die Dauer der Ehe beschränkt. Dem Ehemanne ist sie zweifelsohne zuerst gegen die Dotalklage der Ehefrau gestattet und erst späterhin durch eine Constitution des Antoninus Pius auch bei anderen Contractsklagen der Ehefrau zugesichert worden. Auf die Ehefrau ist die Rechtswohlthat aus Rücksicht auf die Grundsätze der Billigkeit erst späterhin von den römischen Rechtsgelehrten übertragen worden. Nur

49) L. 7. D. 42. 3.

50) L. 54. D. 24. 3. L. 19. §. 1. D. 42. 1. L. 30. L. 49. L. 50. D. *ibid.* §. 38. Inst. 4. 6.

51) L. 54. D. 24. 3. L. 19. §. 1. D. 42. 1. L. 49. D. *ibid.* Es gilt hier die Regel: *bona intelliguntur, deducto aere alieno*.

52) L. 19. §. 1. D. 42. 1. L. 30. D. *ibid.*

53) §. 38. Inst. 4. 6. L. 63. pr. D. 17. 2. Dagegen spricht freilich Ulpian in L. 16. D. 42. 1. Er zählt da die Personen auf, welchen die Kompetenzwohlthat zusteht; *qui pro socio, sagt er, conveniuntur. Socium autem omnium bonorum accipiendum est*. Wenn dieß so viel heißen soll, als die Rechtswohlthat findet nur bei der *societas omnium bonorum* statt, so sagt derselbe Jurist in L. 63. pr. D. 17. 2. mit ausdrücklichen Worten das Gegentheil.

54) Vom Ehemanne sprechen L. 12. D. 24. 3. L. 17. §. 2. D. *ibid.* L. 21. D. 42. 1. L. 23. D. *ibid.* L. 24. §. 1. D. *ibid.* Von dem Vater des Ehemannes sprechen L. 15. §. 2. D. 24. 3. L. 21. D. *ibid.* Von den Kindern des Ehemannes spricht L. 18. pr. D. 24. 3.

55) L. 21. D. 42. 1. L. 22. pr. D. *ibid.* L. 17. pr. D. 24. 3. L. 48. D. *de iure dotium.* (23. 3.)

56) L. 22. pr. D. 42. 1. L. 48. D. 23. 3.

57) L. 17. D. 42. 1. L. 19. pr. D. *ibid.*

58) L. 18. D. 42. 1. L. 19. pr. L. 49. D. *ibid.* L. 30. D. *ibid.*

59) L. 20. D. 42. 1.

bei der rerum amotarum actio findet die Berufung auf die Rechtswohlthat nicht statt⁶⁰). — Zweifelhafte dürften nach den Zeugnissen der Rechtsquellen folgende Fälle der Kompetenzwohlthat sein: a) Geschwister können dieselbe unter einander nach der heutigen Praxis beanspruchen. Es beruht diese Annahme auf dem in L. 63. pr. D. pro socio (17. 2.) für die Kompetenzwohlthat der Gesellschafter angegebenen Grunde, daß das Verhältniß derselben dem der Geschwister unter einander sehr ähnlich sei. b) Diejenigen, welche nach Nov. 135. zum Eide gelassen werden, um ihre Vermögenslosigkeit zu bekräftigen, sollen die Kompetenzwohlthat genießen⁶¹). In diesem Gesetze ist indeß keine besondere Rechtswohlthat der Ejuration eingeführt, sondern nur der Grundsatz festgestellt worden, daß Niemand vom Magistrate zur Güterabtretung gezwungen werden könne; mit dem Zusätze, daß die, welche diese Rechtswohlthat gebrauchen, vorher ihre Insolvenz eidlich bekräftigen⁶²). In der heutigen Praxis dürfte indeß dieser Kompetenzfall schon deshalb keine Berücksichtigung verdienen, weil das Gesetz, auf welches er sich stützt, nicht glossirt ist. c) Derjenige, welcher von fremder Wohlthat lebt, soll nach der Praxis beim Concurse seines Ernährers fordern können, daß ihm nicht der Unterhalt entzogen werde. Man schreibt dem Letzteren in dieser Beziehung ein beneficium competentiae ex iure tertii zu. Allein wenn es schon an und für sich unrichtig ist, die Kompetenzwohlthat zu gestatten, wenn der Alimentator unbedingt zur Verabreichung der Alimente verpflichtet ist, so muß es noch viel unrichtiger sein, von einer dem Ersteren zustehenden Kompetenzwohlthat dann zu reden, wenn der Letztere freien Einfluß auf die Alimente und deren Art hat⁶³). d) Den Beamten soll nach der heutigen Praxis, wenn ihre Besoldung auf dem Wege der Execution in Anspruch genommen wird, von derselben so viel gelassen werden, daß sie nicht darben. Ein Gleiches gilt nach dem canonischen Rechte auch für die geistlichen Benefiziaten, welchen nach der Usualerklärung von c. 3. X. de solutionibus (3. 23.), wenn sie Schulden halber ausgeklagt werden, von den Einkünften des Benefizes so viel gelassen werden muß, daß sie nicht darben, weil sie ja sonst außer Stand gesetzt würden, ihr Amt länger zu verwalten⁶⁴).

In folgenden Fällen ist die Berufung auf die Rechtswohlthat der Kompetenz für immer ausgeschlossen: 1) bei allen Klagen, welche aus einem Delicte entstehen⁶⁵); 2) bei allen Klagen, welche aus erlaubten Geschäften entstehen, deren Abschluß aber der Privilegirte arglistiger Weise veranlaßt hat⁶⁶); 3) wenn der Privilegirte in der Einlassung

60) L. 52. D. 42. 1.

61) Vergl. Mühlenbruch doctr. Pand. tom. I. §. 154.

62) Vergl. Puchta a. a. D. §. 241.

63) Siehe Puchta a. a. D. §. 240.

64) J. H. Boehmer ius ecclesiasticum Protestantium tom. II. lib. 3. tit. 23. §. 20 sq. und Eichhorn, Grundsätze des Kirchenrechtes Th. 1. S. 537—539.

65) L. 4. §. 1. D. 14. 5. L. 52. D. 42. 1.

66) L. 4. §. 1. D. 14. 5. L. 6. D. ibid. L. 22. §. 1. D. 42. 1.

auf die Klage die Existenz der Bedingung, unter welcher ihm allein das Privilegium zustehet, in Abrede stellt und nachher durch den Beweis der Klage vom Gegentheil überführt wird, z. B. wenn der Gesellschafter verklagt wird und den Abschluß des Gesellschaftscontractes in Abrede stellt⁶⁷⁾.

Heimbach.

Beneficium dationis in solutum (Rechtswohlthat der Hingabe an Zahlungsstatt¹⁾) heißt die Rechtswohlthat, vermöge welcher der Schuldner, der die geschuldete Geldsumme aufzubringen nicht im Stande ist, seinen Gläubiger zwingen kann, anstatt der geschuldeten Geldsumme Sachen, die ihm, dem Schuldner, angehören, nach einer bestimmten Taxe anzunehmen²⁾. Gewöhnlich kommt diese Rechtswohlthat dem Schuldner nicht zu statten, weil das Object der Obligation selbst geleistet werden muß³⁾. Daher die Regel: *aliud pro alio invito creditore solvi non potest*⁴⁾. Eine Anwendung dieser Regel ist es, daß, im Fall etwas Anderes als eine Geldsumme das Object der Obligation ist, der Gläubiger gewöhnlich nicht mit Geld abgefunden werden kann⁵⁾. Die Idee, welche die römischen Juristen in den Fällen der *in solutum datio* zu Grunde legen, ist die, daß zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner eine Art von Kauf abgeschlossen werde⁶⁾. Die Sache, welche dem Gläubiger taxirt übergeben wird, gilt als Object des Contractes; die alte Schuld wird als Kaufpreis angesehen; als Verkäufer gilt der Schuldner, als Käufer der Gläubiger. Aus dieser Idee ergeben sich folgende für die *in solutum datio* wichtige Folgerungen: a) an Zahlungsstatt können alle Sachen hingegeben werden, welche veräußlich sind, selbst außenstehende Forderungen⁷⁾. b) Die aus der *in solutum datio* entspringenden Klagen sind für den Gläubiger die *actio emti utilis*, für den Schuldner die *venditi utilis*⁸⁾. c) Aus der *in solutum datio* entspringen für den Schuldner dieselben Verbindlichkeiten, wie wenn er die Sache verkauft hätte; daher die Ver-

67) L. 22. §. 1. D. 42. 1.

1) Vergl. Pothier *Pandectae Iustinianae* lib. 46. tit. 3. pars II. art. V. §. 1. tom. III. p. 275—277. Brissonius *de solutionibus* lib. 1. p. 144—148, besonders Marezoll über die *datio in solutum* in *Löhr's Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung*, Bb. IV. Heft 2. S. 230 bis 246.

2) *In solutum dare* findet sich nicht selten in den römischen Rechtsquellen vor. L. 46. §. 2. D. de *solutionibus*. (46. 3.) Analog ist auch *in solutum suscipere* in C. 16. C. de *solutionibus*. (8. 43.) Häufiger kommt indeß in den römischen Rechtsquellen der Ausdruck *pro soluto dare* vor.

3) Vergl. Brissonius l. c. lib. 1. p. 144.

4) L. 2. §. 1. D. de *rebus creditis*. (12. 1.) C. 16. C. de *solutionibus*. (8. 43.)

5) L. 71. §. 3. D. de *legatis* I. (30.)

6) C. 4. C. de *evictionibus*. (8. 45.) *Nam huiusmodi contractus vicem venditionis obtinet.* L. 24. pr. D. de *pignoratitia actione*. (13. 7.)

7) C. 6. C. de *obligationibus et actionibus*. (4. 10.)

8) Arg. L. 24. pr. D. 18. 7.

bindlichkeit desselben, für die Eviction der Sache einzustehen⁹⁾. — Damit aber durch die in solutum datio die alte Schuld aufgehoben werde, ist nothwendig: a) daß die an Zahlungsstatt hingeebene Sache definitiv dem Gläubiger verbleibe¹⁰⁾; b) daß sie gerade dieselbe sei, welche der Gläubiger und Schuldner von Anfang an gemeint haben¹¹⁾; c) daß die Sache gerade so viel werth sei, als die Quantität der Schuld beträgt¹²⁾. Ist aus Irrthum eine Sache von höherem Werthe hingeegeben worden, so findet die *condictio indebiti* statt, wenn nur die übrigen Voraussetzungen der Klage vorhanden sind. Ist hingegen die Sache arglistiger Weise über ihren Werth hinaus tapirt worden, so bleibt die alte Schuld fortbestehen, wenn das, was am wahren Werthe der Sache fehlt, nicht ersetzt wird¹³⁾. Die Art und Weise, wie die alte Schuld erlischt, ist in den Justinianischen Rechtsquellen nicht weiter bezeichnet¹⁴⁾. Indes erfahren wir aus *Cajus*¹⁵⁾, daß darüber schon unter den alten Juristenschulen Streit war. Die Sabinianer, zu denen sich dieser Jurist selbst rechnet, behaupteten, die alte Obligation bestehe *ipso iure* auch nach der *datio in solutum* fort, aber dem Schuldner stehe die *doli exceptio* zur Seite, im Fall der alte Gläubiger, der durch das Hingeben an Zahlungsstatt befriedigt worden, das ihm aus der alten Obligation zustehende Klagerecht geltend machen wolle. Die Proculianer dagegen nehmen an, daß die alte Schuld durch die Hingabe an Zahlungsstatt *ipso iure* erlösche. Aus dem Gesagten ergibt sich zugleich auch das noch als gewiß, daß die einmal geschehene Hingabe an Zahlungsstatt unwiderruflich ist¹⁶⁾. Auch erhellt dieß zum Ueberflusse noch aus der Ansicht der römischen Juristen, daß sie zu den Verträgen zu zählen sei¹⁷⁾. — Der Fall, in welchem die Rechtswohlthat dem Schuldner gegen den Willen des Gläubigers zu statten kommt, beruht auf gesetzlicher Verfügung, und läßt sich als Ausnahme von der Regel nicht auf ähnliche Fälle analogisch anwenden. Bei allen chirographarischen Schulden, deren Gegenstand eine Summe baares Geld ist¹⁸⁾, kann nach Justinianischem Rechte der Schuldner diese Rechtswohlthat beanspruchen, wenn er in der Lage ist, daß er nur durch dieselbe der drohenden Nothwendigkeit der *honorum cessio* entgehen kann. Zwar erfordern manche Rechtsgelehrten noch, daß der Schuldner seine Sachen bereits vergeblich feil geboten habe; allein die Erwähnung

9) C. 4. C. 8. 45.

10) C. 4. C. 8. 45. C. 4. C. qui bonis cedere possunt. (7. 71.) L. 46. pr. D. 46. 3.

11) L. 50. D. 46. 3.

12) L. 26. §. 4. D. de condictione indebiti. (12. 6.)

13) L. 46. §. 2. D. 46. 3.

14) C. 17. C. 8. 43., pr. Inst. quibus modis tollitur obligatio. (3. 30.)

15) Inst. III. §. 168.

16) C. 10. C. 8. 43. C. 24. C. ibid. C. 13. C. de pignoribus et hypothecis. (8. 14.)

17) C. 4. C. 8. 45.

18) Nov. 4. cap. 3. §. 1. Vergl. *Marezoll a. a. O. Th. 4. S. 231—234.*

des vergeblichen Feilbietens in der Novelle, welche diese Rechtswohlthat eingeführt hat¹⁹⁾, hängt so genau mit der ebendasselbst erwähnten Nothwendigkeit der Cession zusammen, daß die letztere nicht ohne das erstere gedacht werden kann. Auch Kirchen und milden Stiftungen kommt diese Rechtswohlthat zu statten²⁰⁾. Die Art und Weise, in welcher die Hingabe an Zahlungsstatt im angegebenen Falle verwirklicht wird, ist folgende²¹⁾. Zuerst muß der Schuldner, wenn er bewegliche Sachen besitzt, diese dem Gläubiger anstatt des geschuldeten Geldes überlassen. Das Wahlrecht unter den Einzelsachen steht dem Gläubiger zu. Sind keine beweglichen Sachen vorhanden, so kommt die Reihe an die unbeweglichen. Allein auch diese können dem Gläubiger nicht sofort aufgedrungen werden, sondern der Schuldner muß sie erst ausbieten und denjenigen Käufer annehmen, welchen der Gläubiger ihm verschafft; wobei es sich freilich von selbst versteht, daß er nur annehmbliche Gebote zu berücksichtigen braucht. Jedoch muß der Schuldner dabei vor dem Abschlusse des Contractes, nach richterlichem Ermessen, so weit es thunlich ist, dafür Caution leisten, daß er mit dem aus dem Grundstücke zu lösenden Gelde denselben befriedigen wolle²²⁾. Ist auch kein Käufer zu finden, welcher auf die Grundstücke ein annehmbliches Gebot thut, so soll mit diesen die *datio in solutum* und zwar auf folgende Art verwirklicht werden. Es werden sämtliche Grundstücke genau vom competenten Richter taxirt, und hierauf dem Gläubiger nach dessen eigener Auswahl so viele von ihnen, als nach der Taxation zur Deckung der Schuldforderung nöthig sind, überlassen²³⁾. Bei diesem Verfahren genießen indes milde Stiftungen nach einer späteren Novelle Justinians²⁴⁾ einen doppelten Vortheil. Denn im Fall diese Schuldnerinnen sind, hat der Gläubiger nicht die Befugniß, die Verabfolgung der besten Grundstücke zu verlangen, sondern er muß es sich gefallen lassen, daß ihm Ländereien von mittler Güte, theils gute, theils schlechte gegeben werden. Und wenn in der Regel die Grundstücke dem Gläubiger blos nach dem Taxwerthe angerechnet werden, so genießen milde Stiftungen darin einen Vorzug, daß ihre Grundstücke ihren Gläubigern um ein Beihntheil höher, als der Taxwerth beträgt, angerechnet werden²⁵⁾.

19) Nov. 4. c. 3. §. 1. Si enim non sit idoneus pecuniarum debitor nec ullus emtor sit, nihil aliud facturus erat, quam propriis bonis cedere.

20) Nov. 120. c. 6.

21) Vergl. Marezoll a. a. D. Th. 4. S. 237—240.

22) Nov. 4. c. 3. Zwar hat Cuiacius in der expositio Nov. 4. die betreffenden Worte der Novelle auf eine dem Käufer zu leistende Caution wegen Eviction bezogen; allein Julian ist dagegen in der epitome Nov. const. 3. cap. 11. Vergl. Marezoll a. a. D. Th. 4. S. 238.

23) In Nov. 4. c. 3. ist zwar nicht ausdrücklich bemerkt, daß der Gläubiger die Auswahl unter den Grundstücken habe. Allein es ergibt sich das indirect aus Nov. 120. c. 6, wo als Ausnahme von der gewöhnlichen Regel der *in solutum datio* bemerkt wird, daß der Gläubiger einer frommen Stiftung diese Wahl nicht habe.

24) Nov. 120. c. 6.

25) Nov. 120. c. 6.

Uebrigens muß der Schuldner dem Creditor jedenfalls wegen Eviction Caution leisten, und zwar so sichere, als er eben seinen Umständen nach zu leisten vermag²⁶). — Ueber den geschichtlichen Ursprung der Rechtswohlthat ist man im Dunkeln. Daß Kaiser Justinian nicht der Erste gewesen ist, welcher sie angewendet hat, darüber ist man einverstanden. Eine lex Julia des Cäsar bereits verfügte, um den durch die Bürgerkriege gesunkenem Credit der Hauptstadt aufzuhelfen, daß die Schuldner befugt seien, ihre Gläubiger mit ihren Grundstücken abzufinden, und zwar nach der Schätzung, welche ihnen vor dem Ausbruche des bürgerlichen Krieges zukam²⁷).
 Heimbach.

Beneficium deliberandi. Während derjenige, der in den Nachlaß eines Erblassers als *honorum possessor succedens* wollte, in jeder Ordnung des successorischen Edictes, um nicht durch Zeitablauf präcludirt zu werden, je nachdem er zu den *parentes et liberi* des Erblassers gehörte oder nicht, binnen einem Jahre, oder binnen 100 Tagen von der Berufung an *honorum possessio agnoscere* mußte¹), kannte das Civilrecht eine solche Präclusivfrist für die vom *heres* vorzunehmende Antretung der Erbschaft, wenn nicht etwa der Testator selbst eine solche durch Aufserlegung eine *perfecta cretio* bestimmt hatte²), überall nicht. Um indefs die Ungewißheit zu beendigen, die aus der bis zur wirklichen Antretung oder *pro herede gestio* dem Erben ohne Zeitbeschränkung bleibenden Willkür, die Erbschaft anzutreten oder auszuschlagen, hervorgehen mußte, gestattete der Prätor den Interessenten, namentlich den Erbschaftsgläubigern, Vermächtnißnehmern, Miterben, Substituten und Intestaterben, unter den Letzteren namentlich auch den zur *querela inofficiosi testamenti* Berechtigten³), den jetzt zunächst berufenen Erben in *iure* zu fragen, ob er Erbe sei oder nicht⁴). Antwortete er alsdann bejahend, so lag eben in dieser Antwort eine Antretung, die gewiß nicht nur dem Fragenden, sondern jedem Dritten gegenüber vollkommen wirksam war⁵). Antwortete er verneinend, und hatte er sich

26) Nov. 4. c. 3.

27) Suet. in Caes. oap. 42. Caesar bellum civile lib. III. cap. 1. Dio Cassius histor. lib. XLI. p. 286 sq. Siehe Dabelow, ausführliche Entwicklung der Lehre vom Concurse der Gläubiger S. 113—115.

1) §. 8, 9. (Schradet §. 4.) Inst. de bon. poss. (3. 9.)

2) Caius II. 164—178. Ulpiani Fragm. XXII. 25—34.

3) C. 36. §. 2. C. de inoff. testam. (3. 28.)

4) L. 2. 3. D. de interrogationib. in iure. (11. 1.) Bis Gewißheit darüber vorhanden war, daß keiner der berufenen Erben die Erbschaft antreten wollte, konnten die Erbschaftsgläubiger in der Regel nicht zum Behuf des Verkaufes in bona mittirt werden; daraus erklärt es sich, warum Ulpian und Paulus in ihren Commentaren über das Edict bei Gelegenheit der *missio* vom *ius deliberandi* handelten. Vergl. die Inscriptionen, und L. 8. D. quib. ex caus. in poss. (42. 4.) L. 1. D. de curat. bon. dando. (42. 7.)

5) Das Princip der *interrogatorias actiones* ist allerdings, daß sie nur dem Fragenden gegen den Gefragten zustehen, L. 11. §. 9. D. de interr. in iur. fac. (11. 1); hier ist aber durch die Frage vor Gericht eine Erklärung

noch nicht auf die Erbschaft eingelassen, so lag in dieser Antwort wieder eine, auch für den Dritten wirksame, und in der Regel unwiderrechtliche Repudiation der Erbschaft. War er dagegen schon in irgend einer Weise Erbe geworden, leugnete er also der Wahrheit zuwider seine Erbesqualität, so kann ihn der Fragende nunmehr in poenam mendacii so in Anspruch nehmen, als ob der Befragte alleiniger Erbe sei, ohne daß dieser nunmehr mit dem Nachweise, daß er nur pro parte Erbe sei, gehört würde; diese Wirkung aber tritt nur dem Fragenden, nicht dem Dritten gegenüber ein. Gleiches gilt von der Verpflichtung dessen, der sich einen kleineren Erbtheil, als ihm wirklich zugefallen war, beigemessen, in solidum zu haften⁶⁾, und von der desjenigen, der sich wahrheitswidrig für den Erben oder für einen Erben zu größerem Antheil ausgegeben, den fragenden Gläubigern u. s. w. in dem Umfange gerecht zu werden, in dem er sich für den Erben erklärt hatte⁷⁾. Erscheint der von den Erbschaftsgläubigern (oder Vermächtnißnehmern) über seine Erbesqualität zu Befragende überall nicht vor Gericht, oder weigert er sich der geforderten Antwort, so wird er den Fragenden gegenüber als alleiniger Erbe betrachtet und haftet in solidum⁸⁾. Dagegen gedenken die Quellen nicht ausdrücklich des Falles, wenn der Fragende nicht bei der Antretung des Befragten interessirt war (um ihn mit Erbschaftsklagen zu belangen), sondern bei dessen Ausschlagen (um nach ihm als Substitut, als Intestaterbe, oder auch durch Anwartschaft als Miterbe zu succediren). Hier konnte die Strafe der contumacia offenbar nicht darin bestehen, daß der Befragte dem Fragenden gegenüber als heres ex asse betrachtet ward (denn gerade das Gegentheil hatte ja dieser durch seine Frage bezweckt), sondern nur darin, daß umgekehrt das Stillschweigen des Ersteren als Repudiation galt. Diese Wirkung mußte aber wieder, sollte sie überall eintreten, nicht nur unter jenen Beiden, sondern auch Dritten gegenüber ihre Kraft äußern; denn widrigenfalls würde der zuerst Berufene, trotz seiner contumacia, immer noch haben Erbe werden und dadurch das Eintreten jenes Substituten oder Intestaterben verhindern können⁹⁾. Treten beide Fälle combinirt ein, wird also der Berufene zugleich von solchen, die bei seinem Antreten, und von solchen, die bei seinem Ausschlagen interessirt sind, um seine Erbesqualität befragt, so gilt seine contuma-

hervorgerufen, die selbstständig, ohne alle Rücksicht auf die Principien über interrogaciones in iure, als hereditatis aditio, oder mindestens als pro herede gestio anzusehen ist. Daher ist denn L. 22. eod., wie auch ihr Inhalt ergibt, von einem emancipatus zu verstehen, der nicht durch bloße Erklärung, daß er Erbe sein wolle, sondern nur durch Aognition der honorum possessio succediren konnte.

6) L. 11. §. 3. eod.

7) L. 11. §. 1, 2. eod.

8) L. 11. §. 4, 5, 7. eod.

9) Arg. L. 69. D. de a. v. o. h. (29. 2.) Vgl. L. 23. §. 1. D. de her. inst. (28. 5.) und Unterholzner, ausführliche Entwicklung der Verjährungslehre, §. 165. Bb. II. S. 49, 50.

cia als Repudiation; er haftet aber den Fragenden der ersten Art quasi ex contractu wegen der Erbschaftsschulden.

Ohngeachtet der allgemeinen Pflicht, auf die interrogatio in iure zu antworten, soll der Berufene extraneus heres¹⁰⁾ aber mit seiner Antwort nicht übereilt werden; der Prator gibt ihm eine Frist, sich zu besinnen, über den Bestand des Nachlasses, den Umfang der Schulden u. s. w. Erkundigungen einzuziehen, während welcher Frist sein Schweigen ihm nicht zur contumacia angerechnet werden soll¹¹⁾. Daher ist denn das spatium deliberandi nicht eine Beschränkung der civilrechtlichen Freiheit des Erben, seine Antretung oder Repudiation beliebig hinauszuschieben, sondern der interrogatio in iure gegenüber ein wahres beneficium¹²⁾.

Die Bestimmung des Umfanges der Frist liegt in der Willkür des Prators, doch wird als Minimum eine hunderttägige, also eine ebenso lange erwähnt, als dem nicht bevorrechteten honorum possessor schon von selbst zur Ueberlegung gewährt ist¹³⁾. Weist der Berufene nach, daß die zuerst eingeräumte Frist zu den erforderlichen Nachforschungen nicht genügend gewesen sei, so konnte nach älterem Rechte der Prator ausnahmsweise allenfals eine neue Frist bewilligen¹⁴⁾. Nach Justinian's neuer Verordnung¹⁵⁾ ist indeß eine wiederholte Bewilligung der Besinnungsfrist völlig unzulässig, und soll der Richter überall nie eine längere, als eine neunmonatliche, der Kaiser selbst aber nur eine einjährige Frist gestatten.

Die Wirkungen der impetriten Deliberationsfrist sind:

1) Daß während der Dauer dieser Frist kein Interessent den Berufenen nöthigen kann, sich über seine Erbesequalität zu erklären. Dagegen können die Gläubiger der Erbschaft, wenn der Nachlaß inzwischen unverwaltet ist, causa cognita, während der Deliberationszeit in die

10) Der saas hat keine eigentliche Besinnungsfrist, denn er ist ipso iure Erbe; doch kann auch er in iure gefragt werden, ob er von dem beneficium abstinendi (s. diesen Art.) Gebrauch machen will, und sich vor der Antwort ein tempus deliberandi erbitten. Uneigentlich wird aber in den Quellen sowohl die vom Testator gewährte Frist der Erection, als die vom Prator dem honorum possessor gestattete Zeit von 100 Tagen resp. einem Jahre eine Deliberationsfrist genannt. Ulpiani Fragm. XXII. 27. Caius II. 164. L. 2. §. 2. D. de bon. poss. s. t. (37. 11.) Vgl. Heise, Grundriß, V. §. 164. Anmerk. 7.

11) L. 5. L. 6. pr. D. de interr. in iur. fac. (11. 1.) C. 9. C. de iure deliberandi. (6. 30.) Vgl. mit L. 1. §. 1. D. eod. (28. 8.)

12) Dieser Zusammenhang des ius deliberandi mit den interrogaciones in iure findet sich unter Anderen angedeutet in Thibaut, Versuche 2. Ausg. II. 159, und Rud. Wvys, Diss. de beneficio inventarii, Heidelb. 1814. p. 3. Genauer nachgewiesen ist er in der, vermuthlich bald im Druck erscheinenden, hällischen Preisschrift des Hrn. Cand. iur. Grosch.

13) L. 2. D. de iur. delib.

14) L. 3. L. 4. D. eod.

15) C. 22. §. 13. C. eod. Duaren ad h. t. cap. 1. in Opp. Francof. 1592. f. p. 424. will dringender Gründe wegen auch jetzt noch eine wiederholte Bewilligung gestatten.

bona immittirt und zur Verwaltung ein Curator bestellt werden¹⁶⁾; jedoch nur custodiae causae, d. h. in der Art, daß sie nur im Interesse der Administration Erbschaftsgelder verausgaben (z. B. zur Alimentation der zum Nachlaß gehörigen Slaven und Thiere) und Erbschaftsachen veräußern dürfen (z. B. dem Verderben unterworfenen, oder kostspielige Erhaltung fodernde), und immer nur bis zur definitiven Entscheidung des berufenen Erben, oder dem Ende der Deliberationsfrist¹⁷⁾. Ist jedoch der Erbe, Namens dessen die Deliberation nachgesucht ist, ein Pupill, so sollen die inzwischen immittirten Creditoren auch zu solchen Veräußerungen nur nach jedesmaliger causae cognitio vom Prætor befugt werden können¹⁸⁾.

2) Auf Grund der erwirkten Deliberation ist der Berufene, wie auf die Autorität des Aristo angenommen wurde, befugt, Einsicht der über den Bestand des Nachlasses Aufschluß gebenden Urkunden auch von dritten Inhabern zu fodern¹⁹⁾, ohne daß ihm solche Handlungen als pro herede gestio angerechnet werden könnten²⁰⁾.

3) Haben die Gläubiger nicht missio in bona impetirt²¹⁾, so ist der berufene Erbe während der Deliberationsfrist deren natürlicher Verwalter, jedoch ist er dabei zu vorgängiger Anfertigung eines Inventars gehalten²²⁾, und es steht ihm jedenfalls nur ganz beschränkte Veräußerungsbefugniß, lediglich im Interesse der Administration selbst zu²³⁾. Was der Deliberirende in solcher Weise zu besserer Verwaltung und Bewahrung des Nachlasses thut, soll ihn ebenfalls nicht, als ob es eine pro herede gestio wäre, an die Erbschaft binden²⁴⁾.

4) Ist der Deliberirende des Erblassers Descendent, so kann er sogar während der Deliberationszeit Alimente aus dem Nachlasse fodern²⁵⁾. Dabei wird das Wort Descendent (filius) in besonders weitem Sinne genommen, und sogar der in der Slaverei erzeugte, mit manumittirte Sohn darunter verstanden²⁶⁾.

16) L. 3. D. de curatorib. fur. et al. dand. (27. 10.) L. 22. §. 1. D. de rebus auctor. iud. (42. 5.)

17) L. 8. L. 9. D. quib. ex caus. (42. 4.)

18) L. 7. D. de iur. delib. Ganz anders versteht diese Stelle Donnell. comment. iur. civ. VII. 3. §. 3. ed. Bucher. IV. 45. Näher kommt der im Texte gegebenen Erklärung Duaren l. c. c. 2. p. 425.

19) L. 5. pr. D. de iur. delib. L. 28. D. de a. v. o. h. (29. 2.) Vgl. Weber zu Höpfner Commentar §. 548. Anm. 1.

20) L. 29. eod.

21) Das Verhältniß zwischen dem Ansprüche der Creditoren auf einstweilige Administration und dem des deliberirenden Erben ist demjenigen analog, das in Folge des carbonianischen Edictes zwischen dem die Abstammung des impubes vom Erblasser bestreitenden Erben und dem Vormunde dieses impubes besteht. L. 5. L. 6. D. de Carbon. ed. (37. 10.) Vergl. auch L. 12. L. 13. D. qui satisd. cog. (2. 8.)

22) C. 22. §. 14. C. de iur. deliber.

23) L. 5. §. 1. L. 6. D. de iur. delib.

24) L. 5. §. 1. cit. vocib. „potest sine praeiudicio.“

25) L. 9. eod.

26) Daß L. 11. eod., welche mit L. 77. §. 13. L. 88. §. 12. D. de

5) Nach Justinians neuer Verordnung²⁷⁾ transmittirt der berufene Erbe die ihm zugefallene Erbschaft immer auf seine Erben, wenn er nach erbetener Deliberationsfrist innerhalb derselben stirbt, so daß die Erbeserben sich während des Restes dieser Frist noch für die Antretung entscheiden können. In dieser einzigen Beziehung wird für diejenigen, die kein *spatium deliberandi* erbeten, das erste Jahr, vom Tage der ihnen bekannt gewordenen Delation an gerechnet, der Deliberationsfrist gleichgestellt. Mit Unrecht nennen also, da keine der übrigen unter 1 bis 4 aufgeführten Wirkungen für den zu seiner Berufung Schweigenden innerhalb jenes Jahres eintritt, Manche dasselbe eine gesetzliche Deliberationsfrist²⁸⁾. Dagegen werden sämtliche Wirkungen der Deliberation, also auch die Transmission eintreten müssen, wenn der Berufene die Erstere erst so spät erbeten, daß deren Ende über das Jahr der L. 19. hinausreicht²⁹⁾.

Die am Ende der Deliberationsfrist je nach der Erklärung oder dem Stillschweigen des Berufenen eintretenden Wirkungen ergeben sich aus dem oben über *interrogatio in iure* Gesagten von selbst; denn die Deliberationszeit setzt die Pflicht zur Antwort nur für die Dauer der Frist hinaus³⁰⁾.

Justinian hat in diesen Bestimmungen nur wenig wesentliche Aenderungen gemacht. Zunächst bestimmte er, abgesehen von allen Interrogationen der Gläubiger oder sonstigen Interessenten, für die *hereditas* eine ähnliche Präklusivfrist, wie sie längst für die *bonorum possessio* gegolten; nämlich eine einjährige, nach deren Ablauf, wer nicht etwa durch *impetrites beneficium deliberandi* sich die Frist hatte erstrecken lassen, zur Antretung der Erbschaft nicht mehr zugelassen wurde³¹⁾.

Sodann verordnete er in derselben Constitution, in der er den Fristen der zu bewilligenden Deliberation die oben erwähnten Schranken setzte³²⁾, der Erbe, welcher, statt mit dem nun eingeführten be-

legatis II. (31.) zu vergleichen ist, und gewöhnlich für eine *lex fugitiva* ausgegeben wird (Cujacius observat. III. 37.) anzugeben bestimmt ist, was für Descendenten in dieser Lehre unter dem *filius* zu verstehen seien, also in genauer Beziehung zu dem Titel stehen, indem ihr der Platz angewiesen, hat schon Duaren ad h. t. c. 2. Opp. p. 425. bemerkt.

27) C. 19. C. de iur. delib. (6. 30.)

28) Höpfner, Commentar §. 548. Mühlenthal, Lehrb. des Pandectenrechtes §. 695. Anm. 8. Vergl. Unterholzner a. a. D. S. 54, 55. Puchta, Lehrbuch der Pandecten §. 491. Anm. n. §. 495. Anm. Nr. 4. Namentlich kann der Berufene auch innerhalb dieses Jahres gefragt werden, ob er Erbe sein wolle, und bedarf dann der Deliberation, Thibaut a. a. D. S. 178, 184.

29) Entgegengesetzter Meinung sind Duaren l. c. in f. p. 426. und Koch Diss. de herede deliberante Giess. 1763.

30) L. 69. D. de a. v. o. h. (29. 2.) vgl. mit L. 23. §. 1. D. de heredit. instit. (28. 5.) Vgl. Unterholzner a. a. D. Wyss l. c. p. 5, 6.

31) C. 19. C. de iur. delib. Mühlenthal, Lehrbuch des Pandectenrechtes §. 695. Anm. 8.

32) C. 22. §. 14. C. eod.

nesicium inventarii anzutreten, sich ein tempus deliberandi erbitte, solle, wenn er, wie ihm dieß obliege, bei Beginn dieser Frist den Nachlaß inventarisiert habe³³⁾, durch seine bereinstige Antrittung ganz nach altem Rechte den Erbschaftsgläubigern auch ultra substantiam verhaftet sein; habe er dagegen jene Anfertigung des Inventars versäumt, so solle er noch überdieß die Befugniß, eine falcidische Quart abzuziehen, verlieren. Wenn der Kaiser bei dieser Gelegenheit den die Erbschaft nicht Ausschlagenden zu zweien Malen demjenigen gleichstellt der die Erbschaft angetreten, oder sich pro herede gerirt hat, so haben manche unserer Juristen daraus folgern wollen, das Schweigen des Berufenen habe überhaupt, namentlich auch wenn es ohne nachgesuchte Deliberationsfrist durch das Jahr der L. 19 fortgesetzt sei, jetzt die Wirkung, nicht von der Erbschaft auszuschließen, sondern denjenigen, dem sie beferirt worden, unwiderruflich an dieselbe zu binden³⁴⁾. Offenbar aber bezieht sich Justinian in jenen Worten nur auf den alten, aus den Principien über interrogationes in iure hervorgehenden Satz, daß der die Frage des Gläubigers oder Vermächtnißnehmers nicht beantwortende Erbe in Folge seiner contumacia jenem in solidum verhaftet sei.

Weitere Aenderungen und namentlich eine Aufhebung der einjährigen Präklusivfrist der L. 19 haben Andere in der ferneren Aeußerung der gleichen Constitution³⁵⁾ finden wollen, daß die zur Anfertigung des Inventars bestimmte Zeit von drei Monaten oder einem Jahre ipso iure die Stelle der Deliberation vertreten solle³⁶⁾; es lehrt aber der Zusammenhang deutlich, daß der Kaiser nur sagen wollte, während der Errichtung des Inventars solle der Erbe vor den Ansprüchen der Gläubiger und Legatäre ebenso sicher sein, wie der Deliberirende während der Ueberlegungsfrist³⁷⁾.

Karl Witte.

Beneficium divisionis (Rechtswohlthat der Theilung)¹⁾ heißt bei den neueren Rechtsgelehrten die dem Mitbürger,

33) Daß das Inventar binnen der ersten 30 Tage von dem Tage, wo der Berufene die Delation erfahren, angefangen werden müsse, wie Marezzoli im Archiv für civil. Praxis VIII. 274. annimmt, ist meines Erachtens kein Grund anzunehmen. Natürlich gewährt aber ein solches, später und nur zum Behufe der Deliberation angelegtes, Inventar die Rechtswohlthat des Inventars nicht.

34) v. Wenig-Jungenheim, Lehrbuch des gemeinen Civilrechtes, 5. Aufl. §. 503. Note h. Marezzoli a. a. O. S. 271—278 nimmt an, wer in den ersten drei Monaten kein Inventar errichtet und nicht repudiirt habe, sei schon dadurch Erbe sine beneficio. Eine Deliberationsfrist über diese Zeit hinaus könne er nur auf Grund der Inventarserrichtung erlangen; nach deren Ablauf werde er aber durch sein Stillschweigen gleichfalls Erbe ohne die Rechtswohlthat des Inventars. Vgl. de Vangerow comm. ad L. ult. §. 1. C. de iure deliber. Marb. 1830.

35) L. 22. §. 11. cit.

36) Marezzoli a. a. O. S. 274, 275.

37) Vergl. die ungelöfste Nov. 158.

1) Literatur: Pothier Pandectae Justinianae XLVI. 1. art. 3. tom. III. p. 250—252. Wenig-Jungenheim über die Umwandlung einer obli-

welcher zur Zahlung der ganzen Hauptschuld verpflichtet ist, zuste-
hende Einrede gegen die Klage des Hauptgläubigers, um densel-
ben zu zwingen, daß er seine Klage theile und nur den Kopf-
theil von jedem der Mitbürgen verlange. Diese Rechtswohlthat ist zu
Gunsten der Mitbürgen, welche sich mit der Formel: *fide tua iubes?*
fide mea iubeo zur Bezahlung der Hauptschuld verbindlich gemacht
haben, durch die *epistola* des Kaisers Hadrian eingeführt worden²⁾. Die
Erfodernisse, unter welchen sie von den Mitbürgen beansprucht werden
kann, sind folgende: 1) Es müssen wahre Mitbürgen vorhanden
sein. Dazu gehört, daß sie sich bei demselben Gläubiger für denselben
Schuldner³⁾ wegen derselben Hauptschuld⁴⁾ verbürgt haben. 2) Die
Mitbürgen müssen sich auf das Ganze, nicht blos auf einen bestimmten
Theil der Hauptschuld verbürgt haben. 3) Die Mitbürgen müssen
rechtsgiltig verpflichtet sein. Ist also eine Frau, die nach dem *SC.*
Velleianum nicht intercediren kann, als Mitbürgin angenommen wor-
den, so wird es so angesehen, als ob sie gar nicht Bürgin geworden
wäre, und die Rechtswohlthat der Theilung wird mithin verweigert⁶⁾.
Dasselbe gilt in dem Falle, wenn ein Minderjähriger sich verbürgt hat,
ohne durch den Gläubiger arglistiger Weise zur Uebernahme der Ver-
bindlichkeit veranlaßt worden zu sein⁷⁾. Ist der eine von den Mit-
bürgen pure, der andere entweder von einem Termine an oder unter
einer Suspensivbedingung angenommen worden, so kann derselbe vor
Eintritt des Termines und der Bedingung nur auf seinen Kopftheil
vorerst belangt werden⁸⁾. 4) Der Mitbürge muß zahlungsfähig sein⁹⁾.
Bei der Beurtheilung der Zahlungsfähigkeit des Mitbürgen kommt nicht
allein das Vermögen desselben in Anschlag, sondern auch das des Nach-
bürgen¹⁰⁾. Sollte der Gläubiger darüber in Zweifel sein, ob die Bür-

gatio in solidum in eine obligatio pro parte durch den Gebrauch des *auxilii*
divisionis in Linde's Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, Th. 4. S. 382—
414. v. Schröder zu der Lehre von den Correalobligationen in Linde's Zeits-
schrift Bd. 6. S. 435—438. — Die römischen Rechtsquellen gebrauchen nicht
den Ausdruck *beneficium divisionis*, sondern nennen diese Rechtswohlthat ent-
weder *auxilium divisionis* (L. 10. §. 1. D. 46. 1.), oder *beneficium divi-*
dendae actionis. Vgl. L. 12. D. *rem pupilli salvam fore*. (46. 6.)

2) *Caus inst.* 1. §. 121. L. 26. D. *de fideiussoribus et mandatori-*
bus. (46. 1.) §. 4. *Inst. de fideiussoribus*. (3. 21.) Auch im prätorischen
Gebiete findet sich diese Rechtswohlthat erwähnt. *Pauli sent. recept.* lib. 1.
tit. 20.

3) L. 51. §. 2. D. 46. 1. C. 3. C. *de fideiussoribus et mandatori-*
bus. (8. 41.)

4) L. 27. §. 4. D. 46. 1. L. 43. D. *ibid.*

5) L. 28. D. 46. 1. L. 49. §. 1. D. *ibid.* L. 51. D. *ibid.* C. 3. C.
8. 41.

6) L. 48. pr. D. 46. 1.

7) L. 48. §. 1. D. 46. 1.

8) L. 27. pr. D. 46. 1.

9) L. 28. D. 46. 1. L. 26. D. *ibid.* L. 51. §. 4. D. *ibid.* L. 52.
§. 1. D. *ibid.* C. 3. C. 8. 41. C. 16. C. *ibid.* Vgl. *Pauli sent. rec.*
lib. 1. tit. 20.

10) L. 27. §. 2. D. 46. 1.

gen zahlungsfähig sind, so kann derjenige, welchen er verklagt, von der Rechtswohlthat der Theilung Gebrauch machen, wenn er sich zur Caution bereit erklärt, den Antheil seiner Mitbürgen zu bezahlen, im Falle dieselben bei der Ausklagung insolvent erscheinen; vorausgesetzt indeß, daß die Caution durch Bürgen geleistet wird, und daß die übrigen Mitbürgen gegenwärtig sind¹¹⁾. Was den Zeitpunkt anbetrifft, nach welchem man die Zahlungsfähigkeit der Mitbürgen zu beurtheilen hat, so ist dieß der der Litiscontestation im vorliegenden Prozesse¹²⁾. Tritt also die Insolvenz des Mitbürgen erst nach dem angegebenen Zeitpunkte ein, so braucht der, welcher von der Einrede der Theilung Gebrauch gemacht hat, den Antheil des Mitbürgen nicht zu übernehmen¹³⁾. 5) Wer von der Rechtswohlthat der Theilung Gebrauch machen will, darf nicht in Abrede gestellt haben, daß er wirklich Bürge sei¹⁴⁾. Denn wenn er die Bürgschaft leugnet und nachher von der Unwahrheit seiner Behauptung überführt wird, so findet keine Berufung auf die Rechtswohlthat statt. Die Theilung der Obligation unter die Mitbürgen, welche zur Zeit noch zahlungsfähig sind, wird nicht ipso iure, sondern auf dem Wege der Exception herbeigeführt¹⁵⁾. Daher kommt es, daß der Gläubiger unter den einzelnen Mitbürgen nach Gutdünken wählen kann¹⁶⁾, und daß die Verpflichtung der Mitbürgen, den Antheil ihrer Collegen zu bezahlen, nicht allein dann, wenn die Letzteren vor der Litescontestation insolvent werden¹⁷⁾, sondern auch dann, wenn nur ein Zweifel an ihrer Zahlungsfähigkeit entsteht¹⁸⁾, als fortdauernd betrachtet wird. Die Form, in welcher die Rechtswohlthat der Theilung gewährt wird, ist die Einrede: si non et illi solvendo sunt¹⁹⁾. Sie hat das Eigenthümliche, daß sie auch nach der Litiscontestation vorgebracht werden kann, wenn sie nur vor der Abfassung des Endurtheiles nachgeholt wird²⁰⁾. Ist sie gar nicht vorgebracht worden, so kann das Zuvielgezahlte nicht zurück verlangt werden²¹⁾. Ueber die Wirkung der Einrede ist unter den neueren Rechtsgelehrten Streit²²⁾. Nach der richtigeren Meinung,

11) L. 10. pr. D. 46. 1.

12) Theoph. paraphr. inst. III. 20. §. 4. ed. Reitz tom. II. p. 663. L. 51. §. 4. D. 46. 1. L. 52. §. 1. D. ibid. C. 16. C. 8. 41. Vergl. Neustetel und Zimmermann, römischrechtliche Untersuchungen S. 271.

13) L. 51. §. 4. D. 46. 1. C. 16. C. 8. 41.

14) L. 10. §. 1. D. 46. 1.

15) L. 26. D. 46. 1. L. 51. §. 1. D. ibid. L. 28. D. ibid. L. 10. §. 1. D. ibid. L. 12. D. 46. 6.

16) C. 16. C. 8. 41. L. 10. pr. D. 46. 1.

17) L. 26. D. 46. 1. Theoph. paraphr. inst. III. 20. §. 4. ed. Reitz tom. II. p. 663.

18) L. 27. pr. D. 46. 1.

19) L. 28. D. 46. 1.

20) C. 10. §. 1. C. 8. 41.

21) L. 49. §. 1. D. 46. 1.

22) Die Literatur der Controverse ist am besten zusammengestellt von Wening-Ingenheim, in Linde's Zeitschrift für Prozeß und Civtrecht Bd. 4. S. 382—384.

welche Wenig-Jungenheim²³⁾ und Schröter²⁴⁾ mit triftigen Gründen unterstützt haben, bewirkt diese Einrede eine dauernde Befreiung von der Verpflichtung, für die Mitbürger zu zahlen. Diese Ansicht wird nicht allein durch unzweideutige Zeugnisse der römischen Rechtsquellen unterstützt²⁵⁾, sondern auch durch den Zusammenhang mit anderen Vorschriften des älteren Rechtes bewiesen. Die römischen Rechtsgelehrten betrachten nämlich die Anwendung unserer Rechtswohlthat als eine Umwandlung der solidarischen Obligation des Mitbürger in eine obligatio pro parte²⁶⁾ und vergleichen damit in dieser Beziehung die aus der lex Furia de sponsu stammende Rechtswohlthat²⁷⁾. Gerade von dieser Umwandlung aber bezeugen andere Stellen unserer Rechtsquellen, daß sie nicht temporär war²⁸⁾. Endlich wird diese Meinung auch durch die allgemeinen Regeln des römischen Prozesses außer allen Zweifel gesetzt. Es ist nämlich gewiß, daß Einreden, zu denen doch das auxilium divisionis unfehlbar gehört, wenn sie einmal vorgeschützt und bewiesen worden sind, die Klage für alle Zeiten ausschließen²⁹⁾. Freilich läßt sich dagegen einwenden, daß nach dem neuesten Rechte Justinians der Gläubiger sein Recht gegen die übrigen Bürger weder durch die litiscontestatio mit dem Einen, noch durch dessen Verurtheilung, sondern nur durch wirkliche Befriedigung von Seiten desselben verlieren soll³⁰⁾. Allein eines Theils ist es gewiß, daß in der neuen Verordnung das Verhältniß des Bürger, welcher von der Rechtswohlthat der Theilung Gebrauch gemacht hat, zum Mitbürger gar nicht berührt wird; anderen Theils zeigt der Umstand, daß das alte Recht der Fidejussoren in Justinians Sammlungen als geltendes Recht aufgenommen worden ist, in Verbindung mit dem Grundsatz, daß das spätere allgemeine Gesetz die ältere, specielle Bestimmung nicht aufhebt, die Wichtigkeit dieses Einwandes³¹⁾. — Was den Beweis der Einrede anbetrifft, so finden sich in den Justinianischen Rechtsquellen keine speciellen Vorschriften vor. Da indeß nach den allgemeinen Regeln vom Beweise die Beweislast auf denjenigen fällt, welcher die Einrede vorgeschützt hat³²⁾, und der Inhalt der Einrede von den classischen

23) N. a. D. Bb. 4. C. 383—414.

24) Zur Lehre von den Correalobligationen a. a. D. Bb. 6. C. 436 bis 438.

25) §. 4. Inst. III. 20. Theoph. paraphr. inst. tom. II. p. 663. L. 26. D. 46. 1. L. 51. §. 4. L. 52. §. 1. D. ibid. C. 16. C. 8. 41.

26) Cui inst. III. §. 121. Pauli sent. rec. lib. 1. tit. 20. C. 3. C. 8. 41.

27) Cui inst. III. §. 121. IV. §. 22.

28) L. 51. §. 4. D. 46. 1. L. 52. §. 1. D. ibid. C. 16. C. 8. 41.

29) Cui inst. IV. §. 123 u. 125. §. 10. Insti de exceptionibus. (4. 13.) Theoph. paraph. inst. IV. 13. §. 10 u. 11. ed. Reitz tom. II. p. 881—884.

30) C. 28. C. 8. 41.

31) Vergl. Schröter in Finde's Zeitschrift a. a. D. Th. 6. C. 437.

32) L. 19. pr. D. de probationibus et praesumptionibus. (22. 3.) L. 1. D. de exceptionibus et praescriptionibus. (44. 1.)

Zuletzt mit den Worten: *si non et illi solvendo sint* bezeichnet wird³³⁾, so scheint die Behauptung der Wahrheit am nächsten zu kommen, daß der Beklagte nicht allein die Existenz von Mitbürgen, sondern auch ihre Zahlungsfähigkeit zu erweisen habe. Freilich kann er sich auch von dem letzten Theile dieses Beweises dadurch befreien, daß er dem Kläger in gehöriger Maße Caution für die Nachzahlung stellt, im Fall derselbe von den Mitbürgen nicht befriedigt werden sollte³⁴⁾. In der Regel kann jeder Mitbürge von der Rechtswohlthat Gebrauch machen. Ausgenommen sind diejenigen Bürgen, welche für die Verwaltung des Mündelvermögens durch den Vormund sich verbindlich gemacht³⁵⁾, und die, welche auf die Rechtswohlthat in rechtsgiltiger Form Verzicht geleistet haben³⁶⁾. Manche neuere Rechtsgelehrte rechnen zu den Ausnahmen auch den Fall, wenn die anderen Mitbürgen abwesend sind³⁶⁾. — Aber nicht auf die Bürgschaft allein beschränkt sich die Rechtswohlthat der Theilung, sondern sie bezieht sich auch auf andere Arten der Intercession. Auf die, welche in der Form des Creditauftrages (*mandatum de credendo*) für Andere intercediren, ist sie schon durch die *epistola Divi Hadriani* ausgedehnt worden³⁸⁾; auf mehrere Constituenten derselben Summe im *constitutum debiti alieni* hat sie Justinian erstreckt³⁹⁾; auf mehrere solidarisch haftende Magistrate⁴⁰⁾ und Vormünder⁴¹⁾ war sie schon früher bezogen worden. In Hinsicht auf die Vormünder ließ man die Analogie der Bürgen gelten (*exemplo fideiussorum*, wie Ulpian sagt); jedoch mit der Abweichung, daß dem, welcher allein das Ganze berichtet, der Regreß gegen die übrigen gewährt wurde⁴²⁾. Ein Gleiches gilt von den mehreren, solidarisch haftenden Magistraten⁴³⁾. Freilich wird der Regreß Beiden, dem Vormunde und dem Magistrate, dann verweigert, wenn sie die widerrechtliche Handlung, welche sie zu vertreten haben, in bösslicher Absicht begingen⁴⁴⁾.

Ganz verschieden von der Rechtswohlthat der Theilung ist das von den neueren Rechtsgelehrten sogenannte *beneficium divisionis ex iure novo*. Die Quelle desselben ist die Justinianische Novelle 99. c. 1.

33) L. 28. D. 46. 1.

34) L. 10. pr. D. 46. 1.

35) L. 12. D. 46. 6. Freilich scheint L. 7. D. de fideiuss. et nominat. (27. 7.) zu widersprechen.

36) L. 49. §. 1. D. 46. 1.

37) Arg. L. 10. pr. D. 46. 1. Vergl. Schröter a. a. D. Th. 6. S. 437.

38) C. 3. C. de constituta pecunia. (4. 18.) L. 7. D. 27. 7.

39) C. 3. C. 4. 18.

40) L. 7. D. de magistratibus conveniendis. (27. 8.)

41) L. 1. §. 11—13. D. de tutelae et rationibus distrahendis. (27. 3.)

42) L. 1. §. 13. D. 27. 3. L. 30. D. de negotiis gestis. (3. 5.) C. 2.

C. de contrario iudicio tutelae. (5. 58.)

43) L. 30. D. 3. 5.

44) L. 1. §. 14. D. 27. 3. L. 30. D. 3. 5. Vergl. Mühlenthal, die Lehre von der Cession der Foderungsrechte (3. Ausg.) S. 412.

Um den Mißverständnissen, welche manche Ausleger der Justinianischen Rechtsquellen bei der Erklärung dieser Stelle betroffen haben, vorzubeugen, wird es nothwendig sein, die Disposition des Gesetzes in ihrem Zusammenhange mit allen früheren Gesetzen Justinians über denselben Gegenstand zu betrachten⁴⁵). In der Vorrede der 99. Novelle erklärt der Kaiser, daß er unlängst ein Gesetz über das Wahlrecht in Betreff der Mandatoren, der Bürgen und der Constituenten erlassen habe, welches viele gemeinnützige Bestimmungen enthalte. Doch scheine dasselbe eines ziemlich erheblichen Nachtrages und Zusazes zu bedürfen. Das Gesetz nun, welches der Kaiser meint, kann, wie auch alle Juristen einstimmig annehmen, nur die 4. Novelle sein, in welcher derselbe das Wahlrecht des Gläubigers, nach Gefallen zuerst die Mandatoren, Bürgen und Constituenten, oder den Hauptschuldner zu belangen, aufgehoben und allen Intercedenten die Rechtswohlthat der Vorausklage (*beneficium excussionis*) verliehen hat. Aus dieser Bemerkung ergibt sich so viel als unzweifelhaft, daß die folgende Disposition der 99. Novelle nicht als ein Nachtrag zur Lehre von der Rechtswohlthat der Theilung unter mehreren Intercedenten betrachtet werden kann, sondern einzig und allein auf jene Disposition Justinians in Betreff des *beneficium excussionis* bezogen werden muß⁴⁶). Im ersten Capitel der 99. Novelle ist folgende Disposition enthalten: Wenn Jemand mehrere Personen unter gegenseitiger Verbürgung zu Schuldnern erhält und diese mit ihm dahin übereinkommen, daß ein Jeder von ihnen für das Ganze hafte, so soll zwar diese Uebereinkunft beachtet werden; jedoch soll nicht gleich von Anfang herein von Einem das Ganze eingefordert werden, sondern vorläufig nur der Theil der Schuld, welcher auf ihn kommt. Der Gläubiger soll sich zugleich mit an die Uebrigen wenden, wenn sie zahlungsfähig und anwesend sind. Ist es an dem, so sollen sie, jeder zu seinem Antheile, die Hauptschuld, für welche sie sich gegenseitig verbürgt haben⁴⁷), bezahlen, damit nicht, was gemeinschaftliche

45) Die vorzüglichsten Schriftsteller über das *beneficium divisionis ex iure novo* sind: Donellus in comment. ad lib. II. III. IV. VI. u. VIII. Codicis Justiniani (Francof. 1599. Fol.) p. 686 sq. Asverus specimen inaugurale ad Nov. 99. Jenae 1822. 8. Ribbentropp, zur Lehre von der Correalobligation, Göttingen 1831. S. 116 flg. Schröder a. a. D. Th. 6. S. 435 flg. Burcharth, die Novelle 99. Cap. 1. betrifft nicht Correalobligationen, im Archiv für civilistische Praxis Bd. 19. S. 49—71.

46) Dieß erkannte am deutlichsten Donellus l. c. p. 686. Siehe die Literatur bei Glück, Erläuterung der Pandecten Th. 4. S. 526. Note 85 u. 86. Gleichwohl denkt noch Sell in Einde's Zeitschrift Th. 3. S. 251. an ein *beneficium divisionis*.

47) Die Hauptschuld bezeichnet die Novelle mit den Worten: τὸ ἀλλεγγύως δανεισθέν, ἐξ οὗπερ ὄλως ἑνοχοὶ γυγόνασαι. Der darin bezeichnete Obligationsgrund muß ein gewöhnliches Darlehn sein, da δανειζομαι in der Novellensprache stets auf diese Obligation bezogen wird. Vgl. Nov. 7. c. 6. prooem. und §. 1. Nov. 32. prooem. Nov. 46. c. 1. Nov. 73. c. 2. Von dem Falle des Darlehns unter gegenseitiger Verbürgung verstand auch Athanasius epitome tit. 15. const. 2. in Anecdota tom. I. p. 154. und das Novellenercerpt aus Cod. Bodl. 3399. ebenas. S. 264 unsere Stelle.

Schuld ist, einem Einzigen zur Last falle. Wenn die Uebrigen, Alle oder nur Einige, zahlungsunfähig erscheinen oder abwesend sind, dann soll Jeder auch für das haften, was von den Anderen nicht zu erlangen war. Wöhnen aber Beide oder Alle an demselben Orte, so soll der Richter in der Sache sie Alle sogleich vorladen und in Rücksicht Aller den Fall untersuchen, auch für Alle einen Spruch thun. So nämlich würden alle Mitschuldner gleich behandelt und die Beschaffenheit ihres Vermögens erforscht werden. — Aus dem Gesagten scheint sich so viel als gewiß zu ergeben, daß unsere Novelle⁴⁸⁾ den Fall berücksichtigt, daß zwei oder mehrere Personen von Einem sich ein Capital zusammen erborgen, und sich für einander gegenseitig mit der Clausel verbürgen, daß Jeder von ihnen für das Ganze haften solle. Diese Interpretation wird auch durch das Zeugniß des Athanasius und eines andern Novellenepitomators unterstützt. Abweichend ist die Erklärung, welche Julianus von unserer Stelle gibt. Er denkt im Allgemeinen an zwei rei promittendi, welche sich gegenseitig für einander mit dem Zufage verbürgt haben, daß ein Jeder von ihnen für das Ganze haften solle. Zur Unterstützung dieser Erklärungsweise könnte man das Zeugniß Papinian's benutzen, welcher im 11. Buche seiner Responsa bemerkt, daß zwei rei promittendi sich nicht ohne Erfolg für einander gegenseitig verbürgen⁴⁹⁾. Dagegen spricht aber Folgendes. Der Sinn der Novelle kann doch wohl nur aus den Worten derselben entwickelt werden, und diese sprechen deutlich von der Aufnahme eines Darlehns unter gegenseitiger Verbürgung. Auch bleibt es immerhin unbegreiflich, wie bei der Entstehung der passiven Correalobligation der Vertrag hinzugefügt werden könne, daß ein Jeder auf das Ganze gehalten sein solle, da er ja bei Correalobligationen als überflüssig erscheinen muß⁵⁰⁾. Endlich erscheint es seltsam, daß Justinian einem solchen Vertrage noch im neuesten Gesetze besondere Wirkungen gestatte, da sich die Wirkungen, welche er ihm beilegt, doch schon aus dem Correalverhältnisse erklären würden. Erst jetzt wird es möglich sein, eine Uebersicht über die Erklärungen unserer neuen Juristen zu geben und dieselben ihrem Inhalte nach zu prüfen. Die meisten behaupten, daß die Rechtswohlthat der Theilung den correi debendi durch unser Gesetz ohne Unterschied ertheilt worden sei, wenn nur die Correalobligation nicht aus Verbrechen

48) Das Wort ἀλληλεγγύως deutet auf eine gegenseitige Bürgschaft der Erbörger. Diese Bedeutung ergibt sich theils aus der Zusammensetzung des Wortes, und bestätigt sich durch Harmenopol. prochiron III. 6. §. 17. Theophanes chronograph. Niceph. ann. 8. p. 411. und durch die Analogie des späteren Tributes, ἀλληλεγγύων genannt, bei Zonar Ann. tom. III. p. 179. Vergl. Asverus l. c. cap. 2. §. 10 sq. Burcharidi a. a. D. Th. 19. C. 66. Von der gegenseitigen Verbürgung spricht ausdrücklich Juliani epitome Nov. const. 92. cap. 348.

49) L. 11. pr. D. de duobus reis. (45. 2.)

50) L. 2. D. 45. 2. L. 3. §. 1. D. ibid. L. 7. D. ibid. L. 11. D. ibid. §. 1. Inst. de duobus reis stipulandi et promittendi. (3. 17.)

herrührt⁵¹⁾, und diese Meinung ist in die Schriften der bewährtesten Practiker übertragen worden. In derselben dürfte indeß nicht allein die Verwechslung der Correalschulden mit den passiven solidarischen Obligationen zu rügen sein, sondern auch das berücksichtigt werden müssen, daß unsere Novelle nirgends von einer Rechtswohlthat der Theilung redet⁵²⁾. Vielmehr erscheint die Disposition derselben als Nachtrag zur 4. Novelle, welche das beneficium excussionis für die Intercedenten eingeführt und dabei den Fall nicht berücksichtigt hat, daß zwei Personen ein Capital zusammen aufnehmen und sich gegenseitig als Selbstschuldner des Ganzen für einander verbürgen. Gerade dieser Fall aber ist es, für welchen die 99. Novelle unter den nämlichen Voraussetzungen, welche die 4. Novelle zu den Grundlagen des beneficium excussionis gemacht hat, nämlich der der Anwesenheit und Zahlungsfähigkeit des Nebenschuldners, specielle Vorschriften gibt; Vorschriften, die nur eine Anwendung der allgemeinen Regeln, welche vom beneficium excussionis gelten, auf diesen speciellen Fall sind, und deshalb, weil sie in ihren Wirkungen Kechnlichkeit mit denen des beneficium divisionis unter den Mitbürgen haben, nicht gerade auf dieses bezogen werden müssen. Diese Bemerkung steht aber auch der Meinung derer entgegen, welche in der 99. Novelle eine Ausdehnung des beneficium divisionis auf solche correi erblicken, welche sich gegenseitig für einander correaliter obligirt⁵³⁾ oder verbürgt haben⁵⁴⁾; Meinungen, für welche um so mehr ein strenger Beweis verlangt werden müßte, da die duo rei promittendi nach den Justinianischen Pandecten vom beneficium divisionis keinen Gebrauch machen können; selbst dann nicht, wenn sie sich gegenseitig für einander verbürgt haben⁵⁵⁾. Ribbentropp schreibt unserer Novelle noch überdies die Verfügung zu, daß die Absicht, eine Correalsobligation zu begründen, stets ausdrücklich solle erklärt werden müssen⁵⁶⁾, während Burchardi zu beweisen sucht, daß sich die Bestimmungen unserer Novelle nirgends auf Correalschuldner beziehen.

Getmbach.

Beneficium eurationis heißt nach der Meinung mancher neueren Rechtsgelehrten die durch Justinians 135. Novelle eingeführte Rechtswohlthat, welche den Gemeinschuldner berechtigt, im Falle er von seinen Gläubigern gedrängt wird, zu schwören, daß er weder Geld, noch anderes Vermögen besitze, womit er seine Gläubiger befriedigen könne, und auf diese Weise sich dem Andringen der Letzteren und den Un-

51) So Anton Faber, Cocceji, Pufendorf, Walch, Overbeck, Höpfner. Vgl. Glück a. a. D. Th. 4. S. 527. Note 87.

52) So Donellus, Asverus, Burchardi. Den Beweis für diese Ansicht liefert Burchardi a. a. D. Th. 19. S. 55, 56.

53) Vgl. Ribbentropp, zur Lehre von den Correalsobligationen S. 116. Note 18. Schröder a. a. D. Bd. 6. S. 438—446.

54) Vergl. die Citate bei Glück a. a. D. Th. 4. S. 526. Note 84.

55) L. 11. pr. D. 45. 3.

56) X. a. D. S. 116.

annehmlichkeiten des Schulbverfahrens zu entziehen¹⁾. Man bringt damit die Verordnung desselben Kaisers in Verbindung, daß es den Gläubigern ungeachtet dieses Manifestationseides erlaubt sein solle, Erbschaften, Schenkungen und anderen Erwerb, auf welchen der Gemein-schuldner ein gegründetes Recht hat, in Anspruch zu nehmen und im Namen desselben davon Gebrauch zu machen, um so wo möglich zu ihrer Befriedigung zu gelangen²⁾. Endlich glaubt man, daß Justinian nicht einmal die Absicht gehabt habe, eine neue Rechtswohlthat dieser Art einzuführen, sondern nur die, ein veraltetes Rechtsinstitut, freilich unter anderen Voraussetzungen, zu erneuern. Es finden sich nämlich in nicht-juristischen Schriften der Alten Spuren davon vor, daß ein gewisser Popilius unter Sulla's Dictatur durch ein Gesetz zum Vortheil der Schuldner, wenn sie eidlich erhärten, daß sie vermögenslos seien (bonam copiam eiurare), die Personalexecution aufgehoben habe³⁾. Daher auch in einem alten Gesetze das bonam copiam iurare mit den Fällen der formellen und materiellen Insolvenz zusammengestellt worden ist⁴⁾. Gegen den letzteren Theil dieser Ansicht ist indeß einzuwenden, daß die Hauptstelle, welche uns von dieser Rechtswohlthat Nachricht gibt — ich meine die des Varro — kritisch verdächtig und von den Kennern des Alterthums, z. B. von Augustinus und Vertanus Maurus nicht auf das Sullanische Zeitalter, sondern auf die lex Poetellia Papiria, welche die Schuldknechtschaft abschaffte, bezogen worden ist. Hierzu tritt noch der Umstand, daß in den übrigen Stellen, in welchen von dem bonam copiam iurare die Rede ist, gar keine Hindeutung auf eine bestimmte Rechtswohlthat sich vorfindet. Gegen den ersten Theil der obigen Behauptung spricht aber der ganze Zusammenhang der 135. Novelle mit den früheren Gesetzen, welche in den Pandecten und dem Justinianischen Coder aufbehalten sind. Vor allen Dingen scheint schon hier bemerkt werden zu müssen, daß die Novelle nur auf Veranlassung eines einzelnen Falles erlassen worden ist⁵⁾. Der Fall war folgender: Ein gewisser Jofarius aus Mysien, welcher durch Unglücksfälle verarmt und dem Fiskus und Privatgläubigern verschuldet war, beschwerte sich beim Kaiser über doppeltes, vom Statthalter erlittenes Unrecht: a) über persönliche Mißhandlungen, um ihn zur Güterabtretung zu zwingen; b) über Verweigerung der Klagen zur Verfolgung seiner Vermögensansprüche gegen Dritte⁶⁾. Der Kaiser verfügte nun hierauf gegen den Statthalter, daß Niemand zur Güter-

1) Vergl. Dabelow, ausführliche Entwickelung der Lehre vom Concourse der Gläubiger S. 135—149; dagegen Bethmann-Hollweg, Handbuch des Civilprozesses Th. 1. S. 345 flg.

2) Nov. 135. c. 1.

3) Varro de lingua lat. VI. p. 58. ed. Gothofredi. Cic. ad. Div. lib. 9. cap. 16. tab. Heracl. pars II. lin. 39—41. Festus sub voce eiuratio. Vgl. Zimmern, römischer Prozeß S. 246. Note 10.

4) Tab. Heracl. pars II. lin. 39—41.

5) Vgl. Bethmann-Hollweg a. a. O. Th. 1. S. 346.

6) Nov. 135. praef.

abtretung gezwungen werden und, wenn er von dieser Rechtswohlthat Gebrauch macht, keine körperliche Züchtigung und Infamie erleiden solle; gegen den Bittsteller, daß er eidlich erhärten solle, Alles herausgegeben zu haben, und daß die Gläubiger zufolge der einmal geschehenen Cession auch die erst später dem Schuldner zufallenden Erbschaften, Schenkungen u. s. w. einfordern dürfen, ohne daß es einer Annahme und neuen Cession von seiner Seite bedarf. Aus diesem Zusammenhange aller Vorschriften des Gesetzes dürfte sich so viel als gewiß ergeben, daß durch dasselbe nicht eine neue Rechtswohlthat eingeführt, sondern nur das Recht der *sessio bonorum* erweitert und genauer bestimmt worden sei. Für die heutige Praxis hat die ganze Nov. 135 keinen Werth, da sie nicht glossirt ist.

Seimbach.

Beneficium excussionis, auch **discussionis** oder **ordinis** genannt (Rechtswohlthat der Vorausklage), heißt in der Lehre von der Intercession bei den neueren Rechtsgelehrten die Befugniß desjenigen, welcher für eine fremde Schuld intercedirt hat, den Gläubiger, wenn dieser ihn verklagt, zu zwingen, daß er zuerst den Hauptschuldner ausklage, bevor er ihn, den Intercedenten, zur Zahlung anhalte¹⁾. Den röm. Rechtsquellen sind die genannten Kunstausdrücke fremd. Im vorjustinianischen Rechte war es eine allgemeine Regel, daß Bürgen und Mandatoren, welche für eine fremde Schuld angenommen werden, auch ohne vorhergehende Klage des Gläubigers gegen den Hauptschuldner zur Zahlung angehalten werden können²⁾. Denn es stand in der Willkür des Hauptgläubigers, ob er die Intercedenten oder den Hauptschuldner zuerst ausklagen wollte. Dieß Wahlrecht des Hauptgläubigers ist so sehr in der Natur der Sache gegründet, daß, im Fall er zur Sicherheit einer und derselben Schuld Intercedenten angenommen hat, und Pfandrechte sich hat bestellen lassen, es ganz seinem Gutdünken überlassen bleibt, die Intercedenten vorher zu belangen, ehe er von seinem Pfandrechte Gebrauch macht, oder umgekehrt³⁾. Ausnahmen in Bezug auf den ersten Theil der hier mitgetheilten Rechtsregeln finden sich im vorjustinianischen Rechte sanctionirt: a) in Bezug auf die *fideiussores indemnitatis*, d. h. auf solche Bürgen, welche sich ausdrücklich nur für dasjenige verbürgt haben, was der Hauptgläubiger vom Hauptschuldner nicht wird erlangen können⁴⁾. Man nennt sie *Schadlosbürgen*. Von diesen gilt der Grundsatz, daß sie nicht eher verklagt

1) Pothier *Pandectae Justinianae* lib. XLVI. tit. 1. sectio V. art. 1. tom. III. p. 248, 249. *Leyseri meditationes ad Pandectas* vol. VII. spec. 225. Sell, kann der Bürge die *exceptio excussionis* vorschützen, wenn über das Vermögen des Hauptschuldners *Concurs* ausgebrochen ist? in *Vinde's Zeitschrift für Civiltrecht und Prozeß*, Th. 3. S. 243—257.

2) Von den Bürgen (*fideiussores*) sprechen C. 5. C. de *fideiussoribus et mandatoribus*. (8. 41.) C. 19. C. *ibid*. L. 62. D. de *fideiussoribus et mandatoribus*. (46. 1.) Vom *mandator* sprechen L. 56. pr. D. *mandati*. (17. 1.) C. 19. C. 8. 41.

3) L. 51. §. 3. D. 46. 1. L. 62. D. *ibid*. L. 56. pr. D. 17. 1. C. 17. C. 8. 41. Daraus erklärt sich auch C. 21. C. *ibid*.

4) C. 17. C. 8. 41.

werden können, als wenn der Hauptschuldner vorher ausgeklagt und die Execution in seine Güter vollstreckt worden ist⁵⁾. Man denkt sich nämlich die Obligation derselben als von der Suspensivbedingung abhängig, daß der Hauptschuldner im Voraus ausgeklagt werde⁶⁾. Mit hin tritt die Wirksamkeit der Obligation des Intercedenten nicht eher ein, als bis die Erfüllung der Suspensivbedingung gewiß ist. b) In Bezug auf die Bürgen, welche wegen der Verwaltung der Stadtgüter durch den Magistrat angenommen worden sind⁷⁾. c) Wenn es ausdrücklich zwischen dem Intercedenten und dem Hauptgläubiger verabredet worden ist, daß der Letztere zuerst den Hauptschuldner ausklage, bevor er den Intercedenten beunruhigt⁸⁾. Ein solcher Vertrag wird indeß nicht vermuthet, sondern muß von dem, welcher sich auf denselben beruft, erwiesen werden⁹⁾. Dieß war der Rechtszustand vor und unter Justinian, welcher in Nov. 4. c. 1. zu Gunsten aller Intercessoren abgeändert worden ist. In der Vorrede der Novelle erklärt der Kaiser, er wolle ein altes Gesetz, welches indeß durch Nichtgebrauch abgekomen sei, erneuern, freilich mit einigen Zusätzen, welche nothwendig geworden seien¹⁰⁾. Sodann verfügt er im 1. Capitel der Novelle, daß, wenn ein Gläubiger zu größerer Sicherung seiner Forderung einen Fidejussor, einen Mandator, einen Constituenten¹¹⁾ erhalten habe, der Erstere nicht sogleich die Intercessoren in Anspruch nehmen, sondern zuerst den Hauptschuldner verklagen solle. Und wenn er von diesem befriedigt werde, so solle er die Intercessoren ganz und gar nicht beunruhigen; sei der Hauptschuldner aber nicht im Stande, seinen Gläubiger ganz oder theilweise zu befriedigen, dann solle es dem Letzteren erlaubt sein, die Intercessoren des Hauptschuldners in Anspruch zu nehmen und von ihnen Befriedigung wegen des Rückstandes zu suchen. Diese Regeln sollen aber überhaupt dann gelten, wenn der Hauptschuld-

5) C. 1. C. de conveniendis fisci debitoribus. (10. 2.)

6) L. 116. D. de verborum obligationibus. (45. 1.)

7) L. 3. §. 4. D. de administratione rerum ad civitates pertinentium. (50. 8.)

8) C. 5. C. 8. 41. C. 19. C. ibid.

9) C. 5. C. 8. 41.

10) Daß hier eine Stelle der Papinianischen Schriften angebeutet werde, ergibt sich aus Nov. 4. cap. 1., wo die neue Verfügung mit dem alten Gesetze verglichen wird. Οὐδὲ γὰρ ἦν, sagt er, τις ὄντωνθα τῷ παλαιῷ νόμῳ διρωσιμένη πρὸς θεραπειαν μέθοδος, καὶ τοὶ Παπινιανὸς ὁ μέγας ἦν ὁ ταῦτα πρῶτος ἐξηγησάμενος. Die Stelle Papinians hat sich nirgends, weder in den Justinianischen Pandecten, noch in den Fragmenten des vorjustinianischen Rechtes erhalten. Daß in L. 47. pr. D. de iure fisci (49. 14.) Spuren des alten Gesetzes sich finden, kann ich nicht zugeben. Eher könnte man C. 1. C. de conveniendis fisci debitoribus (10. 2.) dafür anführen. Vgl. Neufstetel und Zimmern, römisch-rechtliche Untersuchungen S. 277.

11) Der griechische Novellentext hat hier und im Folgenden die Bezeichnung ἀντιπρωτηρίας gebraucht. Die Vulgate gibt diesen Kunstausdruck durch sponzor wieder. Daß aber nur der Constituent gemeint sein könne, ergibt der Sprachgebrauch der Justinianischen Novellen und gleichzeitiger juristischer Schriftsteller. Vgl. Reitz glossarium Theophilinum p. 1252. B.

ner und der Intercessor gegenwärtig sind. Ist nur der Intercessor gegenwärtig, der Hauptschuldner aber abwesend, so sei es doch auffallend hart, den Gläubiger mit seiner Klage an einen anderen Ort hinzuweisen, da es ja viel näher liege, daß derselbe den gegenwärtigen Intercessor statt des abwesenden Hauptschuldners in Anspruch nehme. Da nun gerade das ältere Gesetz, dessen Erneuerung hier bezweckt werde, für diesen Fall keinen Ausweg enthalte, so halte er, der Kaiser, es für Pflicht, auch für diesen Fall, so weit es thunlich sei, ein Auskunftsmittel zu erfinden. Zu diesem Zwecke soll der Hauptgläubiger den Intercessor dem Richter anzeigen und dieser dem Intercessor auf sein Verlangen eine Zeitfrist bestimmen, binnen welcher der Letztere den Hauptschuldner auffuchen und vor Gericht stellen könne, damit dieser die Klage des Gläubigers beantworte. Ist aber die vom Richter bestimmte Frist vorübergegangen, ohne daß der Hauptschuldner vor das Gericht gestellt worden, dann sollen die Intercessoren gezwungen werden, sich auf die Klage des Gläubigers sofort einzulassen und die Hauptschuld, für welche sie intercedirt haben, zu bezahlen; freilich gegen Cession der Klagen, welche der Gläubiger zur eignen Deckung gegen den Hauptschuldner gehabt haben würde. — Betrachtet man diese Verordnung Justinians unbefangen, so kann es kaum zweifelhaft sein, daß der Kaiser den Intercessoren die Rechtswohlthat der Vorausklage nur unter zwei Voraussetzungen gestattet habe: nämlich der der Anwesenheit und Zahlungsfähigkeit des Hauptschuldners. Gerade so und nicht anders hat auch der alte Novellenerklärer Athanasius diese Verordnung verstanden¹²⁾, und es dürfte dadurch die Streitfrage sich erlegen, ob der Bürge die Rechtswohlthat der Vorausklage auch dann vorzuschützen könne, wenn über das Vermögen des Hauptschuldners Concurus ausgebrochen ist¹³⁾. Vielmehr würde die Entscheidung dieser Streitfrage einzig und allein von der Beantwortung der Vorfrage abhängen, von welchem Zeitpunkte an die Vermögenlosigkeit des Creditors zu datiren sei, d. h. ob von Eröffnung des Concurus oder erst von der Rechtskraft des Locationsurtheiles. Nach der Ansicht der röm. Juristen dürfte aber die erstere Meinung vorzuziehen sein, da derjenige, welcher nur einen Theil, nicht das Ganze der Schuld zahlen kann, ausdrücklich für zahlungsunfähig erklärt wird¹⁴⁾, und der Gegenstand der Zahlung überhaupt nach den Rechtsregeln als untheilbar angesehen wird. Fragt man, auf welche Arten der Intercession sich die Rechtswohlthat der Vorausklage erstrecke, so nennt die Novelle freilich nur die Bürgschaft, den Creditauftrag (*mandatum de*

12) Athanasii epitome Novellarum tit. 15 const. 1. in *Ἀνεκδότα* ed. Heimbach tom. I. p. 153. εἰ μὴ ἀπορήσῃ ἢ ἀπολειφθῇ ὁ πρωτότοκος, μὴ κινεῖται ὁ δανειστής κατὰ τῶν ἐγγυητῶν αὐτοῦ ἢ μανδατορῶν ἢ ἀντιφωνητῶν ἢ βεβαιωτῶν. Nisi reus principalis ad egestatem productus sit aut absit, creditor adversus fideiussores eius aut mandatores aut eos, qui pro eo constituerunt, aut affirmatores ne experitor.

13) Vergl. die Literatur dieser Controverse bei Sell a. a. D. Th. 3. S. 243—245.

14) L. 114. D. de V. S. (50. 16.)

credendo) und das constitutum debiti. Doch hat man schon zeitig kein Bedenken getragen, die dispositiven Worte des Gesetzes auch auf andere Arten der Intercession zu beziehen. Wenigstens nennt schon Athanasius neben denen, welche auf die angegebene Weise intercedirt haben, noch die *βεβαιωται*, d. h. affirmatores. Die Form, in welcher die Rechtswohlthat geltend gemacht wird, ist nach den übereinstimmenden Ansichten der neueren Rechtsgelehrten die der Exception, welche deshalb den Intercedenten gegen die Klage des Gläubigers gestattet wird. Dafür spricht die Analogie des beneficium divisionis und cendarum actionum, welche ebenfalls auf dem Wege der Exception nach den ausdrücklichen Zeugnissen der römischen Juristen geltend gemacht werden. Endlich kann zur Unterstützung dieser Meinung noch der Umstand benützt werden, daß nach dem eignen Zeugnisse Justinians¹⁵⁾ die dispositiven Worte der Novelle den Fall betreffen, wenn der Intercedent vom Gläubiger wirklich verklagt wird. In folgenden Fällen erscheint die Rechtswohlthat der Vorausklage nicht anwendbar: 1) wenn der Intercessor derselben ausdrücklich entsagt¹⁶⁾. Zwar erstreckt sich die Befugniß, der Rechtswohlthat zu entsagen, nach dem Ausdrucke des Gesetzes nur auf Verzichte zu Gunsten der Hauptgläubiger, welche argentarii sind; allein diese Beschränkung ist wohl nur zufällig, da der Kaiser überhaupt in der ganzen 136. Novelle von der gedachten Junft spricht, und der für die Zulässigkeit solcher Verzichte angegebene Grund auch auf andere Intercessoren anwendbar ist¹⁷⁾. 2) Wenn der Intercessor ein argentarius ist. Schon im Hauptgesetze, welches die Rechtswohlthat der Vorausklage eingeführt hat, findet sich eine hierher gehörige Andeutung¹⁸⁾, aber in einem Zusammenhange, welcher eine Erklärung dieser Art nicht zu unterstützen scheint. Gleichwohl finden wir in einem späteren Gesetze Justinians¹⁹⁾ ganz deutlich gesagt, daß auch nach dem zuerst genannten Gesetze die argentarii von der Rechtswohlthat der Vorausklage keinen Gebrauch machen konnten. 3) Wenn der Beklagte bei der Einlassung auf die Klage die Intercession gezeugnet hat und nachher im Beweise der Unwahrheit überführt wird²⁰⁾. Man stützt diesen Satz auf die Analogie des beneficium divisionis²¹⁾ und competentiae²²⁾, welche bekanntlich wegfallen, wenn der Beklagte in

15) Nov. 4. c. 1. και ὅς τῷ πράγματι καθήμενος δικαστῆς διδότω.

16) Nov. 136. c. 1.

17) τὰ ταῦτα προσιέμεθα σύμφωνα, οὐ δοκοῦντα παρὰ τὸν νόμον εἶναι, διότι ἔξοστιν ἐκάστῳ τῶν δεδομένων αὐτῷ παρὰ τοῦ νόμου καταφρονεῖν.

18) Nov. 4. c. 3. §. 1. δηλαδὴ τῶν ἀργοροπρατικῶν ἀντιφωνήσεων διὰ τὸ χρήσιμον τῶν συναλλαγμάτων ἐπὶ τῆς νῦν μενουσῶν τάξεως.

19) Nov. 136. pr. ἐξηρησθαι ταύτης τῆς νομοθεσίας τὸ κατ' αὐτοὺς σύστημα καὶ πάσχειν τὰ πάντων δεινότερα, εἰ μέλλοιεν αὐτοὶ μὲν μὴ δύνασθαι χορηγεῖν τῇ τῆς διατάξεως βοηθείᾳ, ἀλλ' εὐθὺς ἀπαιτεῖσθαι.

20) Vergl. Glück, Erläuterung der Pandecten Th. 6. C. 184. und Gottschalk selecta disceptationum forensium capita cap. 26.

21) L. 10. §. 1. D. 46. 1.

22) L. 67. §. 3. D. pro socio. (17. 2.)

der Einlassung auf die Klage diejenige Eigenschaft in Abrede stellt, deren Vorhandensein ihn zur Berufung auf die Rechtswohlthaten berechtigten würde.

Einen Nachtrag zu Nov. 4. c. 1. enthält die spätere Nov. 99. c. 1. Gleich im Eingange dieses Gesetzes²³⁾ wird der dispositive Theil desselben als ein Anhang zu dem neuen Gesetze, welches von der Rechtswohlthat der Vorausklage handelt, bezeichnet, und nach der richtigeren Erklärung (siehe den Artikel beneficium divisionis) dürfte die neue Verfügung den Fall betreffen, wenn Mehrere zugleich von einem und demselben Gläubiger ein Darlehn empfangen und sich für die Rückzahlung desselben gegenseitig mit der Clausel verbürgen, daß ein Jeder von ihnen auf das Ganze gehalten sein solle. Dieser Fall war in dem früheren Gesetze nicht berücksichtigt worden. Nach dem neuen Gesetze soll aber der Gläubiger hier nicht gleich vom Anfange herein von einem Einzigen der Correalschuldner das Ganze fodern, sondern vorläufig nur den Theil der Schuld, welcher auf ihn kommt. Zugleich soll er sich mit an die übrigen Theilhaber der passiven Obligation wenden, wenn sie zahlungsfähig und anwesend sind. Sind diese beiden Erfordernisse vorhanden, so soll ein Jeder der Theilhaber nur seinen Antheil an der Schuld zu zahlen haben; fehlt es aber an diesen Erfordernissen, so soll dann ein Jeder für das Ganze haften, was von dem Anderen nicht zu erlangen war. Im Fall aber alle oder mehrere Theilnehmer der Obligation an demselben Orte wohnen, soll der, welcher Richter in der Sache ist, sie alle zugleich vorladen, unter Berücksichtigung aller den Fall untersuchen und für alle zugleich einen Spruch thun. — Aus dieser Darstellung ergibt sich so viel als gewiß, daß die Voraussetzungen, unter welchen die in dieser Novelle eingeführte Rechtswohlthat den gegenseitigen Bürgen gewährt wird, ganz dieselben sind, unter welchen nach Nov. 4. c. 1. den Bürgen in Betreff des Hauptschuldners die Rechtswohlthat der Vorausklage zusteht. Die Wirkung der neuen Rechtswohlthat erscheint indeß im Erfolge von der des beneficium divisionis nicht wesentlich verschieden, und dieß hat die meisten neueren Rechtsgelehrten²⁴⁾ bewogen, anzunehmen, daß Nov. 99. c. 1. nur von diesem allein, nicht aber von der Rechtswohlthat der Theilung spreche.

Ganz verschieden von der bis jetzt erörterten Bedeutung des beneficium excussionis erscheint die Beziehung, in welcher man von dieser Rechtswohlthat in der Lehre vom Pfandrechte spricht. Hier nämlich bezeichnet man mit dem angegebenen Namen die Einrede des Besitzers der verpfändeten Sache, vermöge welcher er von dem, der ihn mit der Pfandklage der Ausantwortung des Pfandes halber belangt hat, verlangt, daß er zuvörderst auf andere Weise Befriedigung suche, ehe er

23) Nov. 99. praef.

24) Den Irrthum rügte zuerst Donellus in comment. ad lib. II, III, IV, VI et VIII Codicis Justiniani p. 686 sq. Den Beweis des Irrthums führt am besten Burcharidi im Archive für civilistische Praxis Bd. 19. S. 55 u. 56.

gerade die von ihm, dem Beklagten, besessene Sache abfordere²⁵). Dieser Zweck kann auf zweifache Weise erreicht werden: entweder dadurch, daß der Gläubiger zuerst an eine andere Person, oder an eine andere Sache verwiesen wird. Im ersten Falle nennen die neueren Rechtsgelehrten die dem Beklagten zustehende Einrede beneficium excussionis personale, im zweiten reale. Beide Kunstausdrücke sind den römischen Rechtsquellen fremd. — Das beneficium excussionis personale steht dem Besitzer der verpfändeten Sache, welcher nicht zugleich der Schuldner ist, zu und enthält das Verlangen des Beklagten, daß erst der Hauptschuldner und seine Nachfolger in der persönlichen Obligation, oder nach deren Ausklagung der Bürge und die anderen Intercessoren sammt ihren Nachfolgern angegriffen werden, bevor die verpfändete Sache ihm, dem jetzigen Besitzer, abverlangt werde. Diese Bestimmung rührt von Justinian her, welcher in Nov. 4. c. 2. ganz allgemein verfügte, daß der Gläubiger sich an die Sachen des Hauptschuldners, welche von Dritten besessen würden, nicht eher halten könne, als wenn er die persönlichen Klagen, welche ihm zur eignen Befriedigung gegen den Hauptschuldner und die Intercessoren zustehen, angestellt habe. Zugleich verfügt der Kaiser, daß der Gläubiger in ähnlicher Weise sich an die Sachen der Intercessoren, welche ihm für die Abzahlung der Hauptschuld verpfändet sind, nicht anders halten könne, als wenn er zuvor die ihm vom Hauptschuldner verpfändeten Sachen in Anspruch genommen. Durch diese allgemeine Verordnung Justinians ist das Wahlrecht, welches im früheren Rechte dem Gläubiger zwischen den persönlichen und dinglichen Klagen unbehindert zustand²⁶), auf den einzigen Fall beschränkt worden, wenn die persönliche und die hypothekarische Klage gegen dieselbe Person erhoben werden können²⁷). Von practischem Interesse ist dabei die Frage, ob diese neue, vom Kaiser eingeführte Rechtswohlthat an dieselben Voraussetzungen, wie das den Intercessoren zustehende beneficium excussionis, gebunden sei oder nicht. Wäre das Erste der Fall, so würde die Einrede im Fall der Abwesenheit und Verarmung der Vordermänner, z. B. bei ausgebrochenem Concurse, von selbst wegfallen müssen²⁸). Für den Fall der Verarmung der Vordermänner fehlt es gänzlich an Beweisen für diese Meinung. Für

25) Gesterding, die Lehre vom Pfandrechte nach den Grundsätzen des römischen Rechtes (2. Ausg.) §. 50. S. 386—397. Glück, Erläuterung der Pandecten Th. 18. S. 356—383. Sintenis, Handbuch des gemeinen Pfandrechtes, S. 568—576.

26) L. 56. pr. D. mandati. (17. 1.) L. 19. D. qui potiores in pignore. (20. 4.) C. 14. u. 24. C. de pignoribus et hypothecis. (8. 14.) C. 14. C. de obligationibus et actionibus. (4. 10.) C. 2. C. de fideiussoribus. (8. 41.) C. 8. C. mandati vel contra. (4. 35.) Vergleiche die Gesessstellen in Note 3.

27) Diesen Fall berücksichtigt auch die Nov. 4. cap. 2.

28) Dieser Meinung ist Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gemeinen Civilrechtes (5. Ausg.) Bd. 1. S. 451 ff. Sell a. a. D. Th. 3. S. 257. Anderer Meinung ist Glück a. a. D. Th. 18. S. 383. und die von Sell a. a. D. S. 257. Note 1. citirten Autoren.

den Fall der Abwesenheit hat man nur die Aeußerung des Kaisers in Nov. 4. c. 2. geltend zu machen gesucht, daß auch in dem daselbst behandelten Falle der Unterschied zwischen Abwesenden und Anwesenden gelten solle, welcher im ersten Capitel des Gesetzes für den Fall, daß der Intercessor vor dem Hauptschuldner ausgeklagt werde, sanctionirt worden ist²⁹⁾. Allein das beruht lediglich auf einem Mißverständnisse. Nachdem nämlich der Kaiser vom beneficium excussionis personale, welches den Besitzern verpfändeter Sachen gestattet wird, gesprochen, fügt er hinzu, daß diese Vorschriften nicht allein für den Fall des Darlehns, sondern auch für den des Kaufes, zu dessen Sicherung ein *βεβαιωτής*, d. h. ein affirmator angenommen worden sei, gelten sollen. Und gerade an diese zuletzt genannte Bestimmung schließen sich die Worte, welche von dem Unterschiede der Anwesenheit und Abwesenheit reden, auf eine Weise an, daß ihre Beziehung auf das zunächst Vorhergehende über allen Zweifel erhoben wird. Sie enthalten mithin nicht eine Uebertragung des Unterschiedes, welcher in Ansehung der Anwesenheit und Abwesenheit gilt, auf das beneficium excussionis personale, welches den dritten Besitzern verpfändeter Sachen zugestanden wird, sondern eine Gleichstellung der *βεβαιωτά* mit den im ersten Capitel genannten Intercessoren, d. h. den Bürgen, den Mandatoren und den Constituenten einer fremden Schuld. Zur Bestätigung der hier aufgestellten Ansicht mag es dienen, daß der Kaiser gleich nachher vom Kaufe auf die übrigen Contracte, zu deren Sicherung Intercessoren angenommen werden, übergeht und auf dieselben die Bestimmungen, welche er früher nur für den Darlehnscontract eingeführt hatte, mit ausdrücklichen Worten überträgt. Die Form, in welcher diese Rechtswohlthat geltend gemacht wird, ist nach der übereinstimmenden Lehre der neueren Juristen die der Einrede. Haben wir gleich zur Unterstützung dieser Meinung kein ausdrückliches Zeugniß der römischen Rechtsquellen, so dürfen doch zu ihrer Begründung dieselben Thatsachen hinreichen, welche für die Einrede der Intercessoren oben beigebracht worden sind. Streitig ist es, ob die in unserer Novelle enthaltenen Rechtsätze durch die spätere Nov. 112. c. 1. beschränkt worden sind oder nicht³⁰⁾. Nach der gewöhnlichen Meinung soll nämlich das beneficium excussionis personale durch das neue Gesetz den Besitzern einer fremden, speciell verpfändeten Sache entzogen und auf den Fall der Generalhypothek beschränkt worden sein³¹⁾. Indes ist schon von Westphal³²⁾ und Glück³³⁾ ganz richtig bemerkt worden, daß

29) Nov. 4. c. 2. *τῇ αὐτῆς κ' ἀρτῶν διαίρεσως ὁμοῦ ἐπὶ τὰ τῶν παρόντων ἐπὶ τὰ τῶν ἀπόντων, ἣν ἐμπροσθεν ἐπὶ τὰ τῶν ἔγγυητῶν — ἐνομοθετήσαμεν.* Vgl. Cell a. a. D. Th. 3. S. 256, 257.

30) Vergl. die Literatur dieser Controverse bei Glück a. a. D. Th. 18. S. 369—376. und bei Cell a. a. D. Th. 3. S. 257. Sintenis a. a. D. S. 569.

31) So Baluin, Boet, Huber, Cramer, Keyser. Siehe Glück a. a. D. Th. 18. S. 372. Note 88.

32) Pfandrecht §. 278. Note 309.

33) X. a. D. Th. 18. S. 373—376.

die 112. Novelle vom *beneficium excussionis personale* gar nicht spricht, sondern, wie auch schon die Präfation derselben und die Schlussworte des ersten Capitels ergeben, nur den Zweck hat, die früheren, von der Litigiosität handelnden Verordnungen zu erklären und nur in dieser Beziehung den Begriff der Litigiosität festzustellen. — Die Einrede der Vorausklage fällt nach der Meinung der meisten neueren Rechtsgelehrten³⁴⁾ in folgenden Fällen weg: a) wenn ein bereits im Prozesse befangenes Pfand auf einen anderen Besitzer übergegangen ist. Man stützt diese Ausnahme auf Nov. 112. c. 1., welche indeß gar nichts der Art verordnet. Ueberdieß würde diese Ausnahme nur auf den Fall specieller Verpfändung bezogen werden können, da die Novelle nur von dieser spricht und es in Bezug auf generelle Hypotheken bei dem älteren Rechte bewenden läßt. b) Wenn der Gläubiger im Besitze des Pfandes bereits gewesen ist und nur diesen wieder erlangen will. c) Wenn das persönliche Klagrecht erloschen ist. d) Wenn die Belangung des nur persönlich verpflichteten Schuldners schwierig ist. Diese Ausnahme stützt man auf eine Gesetzesstelle³⁵⁾, welche indeß dem Zusammenhange des Ganzen nach nicht von unserer Rechtswohlthat spricht, sondern ganz deutlich von dem *beneficium excussionis* redet, was den Intercessoren zusteht. e) Wenn die Abwesenheit oder die Zahlungsunfähigkeit die persönliche Klage verhindert und erfolglos macht. Allein diese Ausnahme beruht auf einer Usualerklärung von Nov. 4. c. 2., welche bereits oben widerlegt worden ist. Andere Ausnahmen sind ungegründet und deßhalb schon von den besseren Rechtslehrern verworfen worden.

Das *beneficium excussionis reale* ist nach der gewöhnlichen Meinung die Rechtswohlthat, vermöge welcher der Besitzer eines generell verpfändeten Vermögens, im Fall mit der generellen Hypothek ein speciellcs Pfandrecht an Stücken desselben Vermögens verbunden ist, vom Pfandgläubiger, welcher das generelle Pfandrecht vor dem speciellen geltend macht, verlangt, daß derselbe sich zuvor an das Specialpfand halte und erst dann, wenn er aus dem Erlöse desselben nicht befriedigt worden, die generell verpfändeten Sachen in Anspruch nehme³⁶⁾. Schon *Azo*³⁷⁾ und *Donellus*³⁸⁾ lehrten, daß diese Rechtswohlthat einem jeden Besitzer der generell verpfändeten Sachen zustehe, wenn gleich die

34) Bergt. Gluck a. a. D. Th. 18. S. 377, 378. Sintenis a. a. D. S. 569.

35) Nov. 4. c. 1. *πικρόν ἐστὶ τὸν δανειστὴν πέμπειν ἀλλαγῆς.*

36) Die vorzüglichsten Schriften über diese Rechtswohlthat sind: *W e b e r*, vom *pignus tacitum subsidiarium*, in seinen Versuchen über das Civilrecht S. 119 flg. *G e s t e r d i n g*, die Lehre vom Pfandrechte S. 339—397. *G l u c k*, Erläuterung der Pandecten Th. 18. S. 237—251. u. S. 357—359. *E h i z b a u t*, über die unbestimmte Verbindung eines Generalpfandes mit einem Specialpfande im Archive für civilistische Praxis Bd. 17. Nr. 1. S. 1—30. *S i n t e n i s*, Handbuch des gemeinen Pfandrechtes S. 494—496.

37) *Summa Codicis* lib. 8. tit. 14.

38) *De pignoribus* cap. 12. Auch *E h i z b a u t* a. a. D. Th. 17. S. 25. hat diese Meinung angenommen.

römischen Rechtsquellen dieselbe nur dann ausdrücklich gestatten, wenn der vom Pfandgläubiger verklagte Besitzer der verpfändeten Sache entweder der Verpfänder selbst ist³⁹⁾, oder ein späteres Pfandrecht an der Sache erworben hat⁴⁰⁾. Eben so wenig ist die gewöhnliche Meinung in den Rechtsquellen gegründet, daß diese Rechtswohlthat bei jeder Cumulation einer generellen und speciellen Hypothek eintrete; ohne Unterschied, ob die letztere vor der ersteren genannt worden ist oder nicht⁴¹⁾. Vielmehr sprechen alle Stellen unserer Rechtsquellen, in welchen von dieser Rechtswohlthat die Rede ist⁴²⁾, wie auch Thibaut⁴³⁾ und S i n t e n i s⁴⁴⁾ bemerkt haben, nur von dem Falle, wenn das specielle Pfandrecht ausdrücklich vor der allgemeinen Hypothek genannt worden ist, und es ist mithin wohl richtiger für den umgekehrten Fall, welcher in keiner Stelle der Justinianischen Rechtsbücher berücksichtigt worden ist, anzunehmen, daß die Ordnung der Verhältnisse dem freien Verstande anheim gestellt und das Wahlrecht des Pfandgläubigers auf alle Gegenstände ohne Unterschied ausgedehnt werden müsse⁴⁵⁾. Für die angegebene Beschränkung spricht aber namentlich der Umstand, daß in einer der angeführten Stellen⁴⁶⁾ die Stellung der speciellen Hypothek vor der generellen auf stillschweigenden Vertrag gedeutet wird, welcher das Wahlrecht des Gläubigers, die übrigen Vermögensstücke anzugreifen, auf den Fall beschränkt, wenn die speciell verpfändete Sache nicht ausreicht. — Die Form, in welcher diese Rechtswohlthat geltend gemacht wird, ist nach der einstimmigen Lehre der neueren Rechtsgelehrten die der Exception. In den römischen Rechtsquellen findet sich indess kein Beleg zu dieser Behauptung. Manche neuere Rechtsgelehrte⁴⁷⁾ nehmen an, daß die Berufung auf unsere Rechtswohlthat dann unzulässig sei, wenn die Verfolgung des Specialpfandes durch die weite Entfernung des Besitzers im Vergleich mit der der generell verpfändeten Vermögensstücke erschwert wird. In den römischen Rechtsquellen findet sich indessen nichts vor, was diese Behauptung unterstützen könnte.

Heimbach.

Beneficium inventarii¹⁾ heißt bei den neueren Rechtsgelehrten die vom Kaiser Justinian zu Gunsten des designirten Erben eingeführte Rechtswohlthat, nach welcher es demselben erlaubt ist, innerhalb einer

39) C. 9. C. de distractione pignorum. (8. 28.)

40) C. 2. C. de pignoribus. (8. 14.)

41) So Weber, Gesterding, Glück.

42) L. 15. §. 1. D. de pignoribus. (20. 1.) L. 2. D. qui potiores in pignore. (20. 4.) C. 2. C. 8. 14. C. 9. C. 8. 28.

43) X. a. D. Th. 17. §. 25—29.

44) X. a. D. §. 495.

45) Vgl. Thibaut a. a. D. §. 26—30. S i n t e n i s a. a. D. §. 497.

46) C. 9. C. 8. 28.

47) J. B. S i n t e n i s a. a. D. §. 496. Thibaut weiß von dieser Beschränkung nichts.

1) Literatur: Lauterbach disp. de inventario haereditatis. J. N. Hertii diss. de effectibus non confecti inventarii in opusc. II. 3. p. 161. Marezoll, im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 8. §. 268, 269, vor-

vom Gesetze vorgeschriebenen Zeitfrist auf die in demselben angegebene Weise ein schriftliches Verzeichniß über den Bestand der ganzen, ihm defuncten Erbschaft zu errichten, um gewisse Vortheile gegen die Erbschaftsgläubiger und Vermächtnisnehmer zu erlangen. Inventarium heißt nämlich in der Sprache der römischen Rechtsquellen ein schriftliches Verzeichniß, welches über den Bestand eines ganzen Vermögens angefertigt wird²⁾. Was die Zeitfrist anbetriefft, binnen welcher das Inventar errichtet werden soll, so ist es eine klare Vorschrift Justinians, daß der designirte Erbe dasselbe binnen 30 Tagen, von der Eröffnung des Testaments oder von dem Zeitpunkte an gerechnet, wo er Wissenschaft von seinem Erbrechte erhalten hat, anfangen³⁾ und binnen anderen 60 vollenden solle⁴⁾. Ist aber der Erbe nicht an dem Orte anwesend, wo alle oder die meisten Erbschaftsachen liegen, so gewährt ihm das Gesetz zur Vollendung des Inventars ein Jahr, und der Anfang dieses Jahres wird vom Todestage des Erblassers an gerechnet⁵⁾. Was ferner die vom Gesetze vorgeschriebene Art und Weise der Inventur anbetriefft, so ist in der Regel der Erbe in eigener Person verpflichtet, die Urkunde aufzunehmen⁶⁾, und Procuratoren erscheinen als unzulässig. Nur wenn der Erbe vom Orte, wo alle oder der größte Theil der Erbschaftsachen liegen, abwesend ist, wird es in seine Willkür gestellt, ob er das Inventar in eigener Person errichten oder von dahin beorderten Procuratoren aufnehmen lassen will⁷⁾. Auch müssen öffentliche Tabularien zugezogen werden, was wohl nur von einer Mehrzahl für den concreten Fall verstanden werden kann, da doch alle Stellen, welche die Nothwendigkeit ihrer Zuziehung berühren, in der Mehrzahl derselben gebeten⁸⁾. Daß die Zuziehung von Vermächtnisnehmern und Zeugen unumgänglich nöthig sei, folgert man aus einer sehr zweideutigen Stelle, welche nach der richtigeren Auslegung wohl nicht von Zeugen verstan-

zöglich Buchholz über den Einfluß der Zeit auf Antretung, Transmission und Ausschlagung des Erben in Linde's Zeitschrift für Civiltrecht und Prozeß Bb. 10. S. 386—449.

2) L. 7. pr. D. de administratione et periculo tutorum. (26. 7.) L. 14. pr. D. de rebus auctoritate iudicis possidendis. (42. 5.) C. 4. u. 5. de in litem iureiurando. (5. 53.) Vergl. Brissonius de verborum significatione sub h. v. Daß ein ähnlicher Sprachgebrauch auch in C. 22. C. 6. 30. herrscht, ergibt sich schon aus oberflächlicher Ansicht dieses Gesetzes.

3) C. 22. §. 2. C. 6. 30. Omni tamen modo inventarium ab ipso conficiatur, ut intra triginta dies — exordium capiat inventarium.

4) L. 22. §. 2. Et hoc inventarium intra alios sexaginta dies modis omnibus impleatur.

5) L. 22. §. 3. Tunc eis unius anni spatium a morte testatoris numerandum datus ad huius modi inventarii confectionem.

6) L. 22. §. 2. Omni tamen modo inventarium ab ipso conficiatur.

7) L. 22. §. 3. Tamen placuit, eis dare facultatem inventarii conscribendi vel per se vel per instructos procuratores in loco, ubi res positae sunt, mittendos.

8) C. 22. §. 2. C. 6. 30. Nov. 1. cap. 2. Siehe Buchholz a. a. D. Th. 10. S. 402. Note 4. Thibaut und Walett erklären indeß, daß schon ein tabularius hinreichte.

den werden kann⁹⁾. Jedenfalls muß aber der designirte Erbe das Inventar unterschreiben (subscribere) und dabei zugleich andeuten, wie hoch sich die Quantität der Sachen belaufe, und daß er weder bisher irgend etwas gegen diese Sachen boshafter Weise verübt habe, noch, so lange sie in seiner Obhut sind, verüben wolle. Hat er indeß nicht schreiben gelernt, oder vermag er es nur jetzt nicht, so muß ein besonderer Tabularius zu diesem Zwecke zugezogen werden, daß er für den berufenen Erben das Inventar auf die genannte Weise unterschreibe, nachdem derselbe vorher mit eigner Hand ein Kreuz unterzeichnet hat. Auch müssen bei diesem Acte Zeugen zugezogen werden, welche den designirten Erben recognosciren und dabei sind, wenn derselbe befiehlt, daß der Tabularius für ihn unterzeichnen solle¹⁰⁾. Im Allgemeinen erstreckt sich das Inventar über die ganze Erbschaft, welche nach der Todeszeit des Erblassers berechnet wird¹¹⁾. Im Fall der designirte Erbe auch gegen die zu hohen Vermächtnisse, mit welchen sein Erbtheil beschwert ist, die Rechtswohlthat des Inventars zu brauchen gedenkt, muß er bei der Errichtung des Inventars auch alle Legatare und Fideicommissare, die sich gerade in derselben Stadt¹²⁾ aufhalten, oder wenn es diesen aus irgend einem Grunde unmöglich ist zu erscheinen, ihre Geschäftsführer auffodern, bei der Inventur gegenwärtig zu sein. Wollen aber auch diese weder in Person noch durch Stellvertreter erscheinen, oder sind einige oder alle Vermächtnisnehmer nicht an dem Orte, so soll der designirte Erbe an deren Stelle wenigstens drei, an demselben Orte wohnhafte, glaubwürdige, begüterte und in gutem Rufe stehende Zeugen noch neben den Notarien und den etwa gegenwärtigen Vermächtnisnehmern zuziehen. — Wird die Richtigkeit des Inventars bezweifelt, so dürften folgende Fälle genau von einander zu trennen sein. 1) Wenn die Erbschaftsgläubiger die Richtigkeit des Inventars bezweifeln, so ist ihnen der Beweis nachgelassen, daß die Erbschaft größer sei¹³⁾, und es können dieselben sich zu diesem Zwecke aller möglichen Beweismittel bedienen, selbst die Tortur der zur Erbschaft gehörigen Sklaven verlangen und in Ermangelung aller anderen Beweismittel fogar die

9) C. 22. §. 2. C. 6. 30. Sub praesentia tabulariorum ceterorumque, qui ad huius modi confectionem necessarii sunt. Am richtigsten denkt man wohl hier an die gleich nachher in §. 2 und 3 genannten Personen. Von der Zuziehung der Vermächtnisnehmer und Zeugen zur Inventarerrichtung ist in Nov. 1. cap. 2. als von etwas Neuem die Rede. Die gewöhnliche Meinung, welche auch in const. 22. §. 2. C. 6. 30. Vermächtnisnehmer und Zeugen hieneinanderklärt, stützt sich irriger Weise auf das eben angeführte spätere Gesetz Justinians.

10) C. 22. §. 2. C. 6. 30. Vergl. Buchholz a. a. D. Th. 10. S. 405, 406.

11) C. 22. §. 2. Exordium capiat inventarium super his rebus, quas defunctus mortis tempore habebat.

12) Nov. 1. cap. 2. §. 1. spricht von der πόλις. Schweppe, das römische Privatrecht, herausgegeben von Mejer S. 848, denkt nicht an die Stadt, sondern an den Gerichtsbezirk.

13) C. 22. §. 10. C. 6. 30. Nov. 1. c. 2. §. 1. am Ende.

Ableistung des Manifestationseides von dem Erben verlangen. Im Fall derselbe etwas aus der Erbschaft heimlich entnommen oder entnehmen lassen, oder wissentlich verhehlt hat, so trifft ihn die Strafe des doppelten Erbsaßes, so daß das Doppelte in die Quantität der Erbschaft mit eingerechnet wird. Daß eine gleiche Befugniß 2) auch den Vermächtnisnehmern, falls sie die Richtigkeit des Inventars bezweifeln, zusteht, ist zwar im älteren Gesetze¹⁴⁾ ausdrücklich gesagt; allein im späteren Gesetze erscheint die Anwendung dieses Grundsatzes nur auf den Fall beschränkt, daß der Erbe bei der Errichtung der Inventur die Zuziehung der Vermächtnisnehmer, ihrer Geschäftsführer oder der drei Zeugen verabsäumt hat¹⁵⁾. Abwesende Vermächtnisnehmer haben, wenn die im Gesetze vorgeschriebene Form beobachtet worden ist, zum Beweise der Unrichtigkeiten im Inventar nur Recurs zum Eide der Zeugen und Vermächtnisnehmer, während die in der Stadt gegenwärtigen Vermächtnisnehmer, welche der Ladung ungeachtet nicht erschienen sind, wohl nur zum Manifestationseide des Erben und der Tortur der Erbschaftsclaven ihre Zuflucht nehmen können¹⁶⁾.

Die Wirkungen der Inventur sind allgemein und kommen allen designirten Erben, nicht allein den Soldaten zu statten¹⁷⁾. Es ist hier der Ort, diese Wirkungen im Einzelnen zu detailliren; es sind folgende: a) so lange der Erbe am Inventar arbeitet oder daran zu arbeiten berechtigt ist, dürfen die Gläubiger des Erblassers und die Vermächtnisnehmer den Erben weder gerichtlich belangen, noch außergerichtlich mahnen, ohne Unterschied, ob sie mit einer persönlichen oder dinglichen Klage auftreten wollen¹⁸⁾. Selbst rechtskräftig ausgeklagte und zum Executionsauftrage gegebene Forderungen gegen den Erblasser dürfen nicht während der Inventur vollzogen, auch nicht Arreste angelegt werden¹⁹⁾. Damit aber aus dieser Verfügung für die Forderungen der Erbschaftsgläubiger kein Nachtheil entstehe, ist verordnet, daß dieser Zeitraum aus der Verjährungszeit der Klagen herausgenommen und

14) C. 22. §. 10. C. 6. 30. Licentia danda creditoribus seu legatariis vel fideicommissariis, si maiorem putaverint esse substantiam a defuncto derelictam, quam haeres in inventario scripsit, quibus voluerint legitimis modis, quod superfluum est, approbare.

15) Nov. 1. cap. 2. §. 1.

16) ἀποκειμένων (Basilica ἀποκειμένων) καὶ οὕτω τοῖς ληγαταρίοις τοῦ τε ὄρκου τοῦ κληρονόμου καὶ τῆς τῶν οἰκετῶν βασάνου. So Buchholz a. a. D. Th. 10. S. 405. Note 1. Doch spricht Cuiacius in der expositio Nov. 1. den Vermächtnisnehmern auch diese Beweismittel ab. Er nimmt nämlich ἀποκείσθαι im Sinne von removeri, seponi, während es sonst in der Novellensprache immer reservari heißt. Für die im Texte angenommene Erklärung spricht auch das καὶ οὕτω.

17) C. 22. pr. u. §. 15. C. 6. 30. Nov. 1. cap. 4. §. 2. u. epil.

18) C. 22. §. 11. C. 6. 30.

19) Voëtius comm. ad Pandectas 28. 8. §. 17—19. Lauterbach disp. de inventario §. 17. Albrecht, Entscheidungen merkwürdiger Rechtsfälle Bd. III. S. 261. Buchholz a. a. D. Th. 10. S. 412.

ausgeschlossen werden solle²⁰⁾. 2) Binnen der Zeit, welche zur Errichtung und Vollendung des Inventars gestattet ist, darf der designirte Erbe weder von den Erbschaftsgläubigern, noch von den Vermächtnisnehmern um Entscheidung über den Antritt oder die Ausschlagung der Erbschaft gedrängt werden. Es ergibt sich dieß aus der Verordnung Justinians²¹⁾, daß die angeführte Zeitfrist als eine vom Gesetze dem Erben gestattete Deliberationsfrist angesehen werden solle. Und gerade bei der Deliberation darf der Erbe um eine derartige Entscheidung nicht gedrängt werden (s. den Art. beneficium deliberandi). Auch bestätigt sich diese Ansicht dadurch, daß den Erbschaftsgläubigern und Vermächtnisnehmern unter sagt wird, innerhalb dieser Zeitfrist auf irgend eine Weise den Erben zu beunruhigen²²⁾. Freilich würde diese Wirkung der Inventur zu bezweifeln sein, wenn die Behauptung mancher neueren Rechtsgelehrten wahr wäre, daß in der Errichtung eines Inventars eine pro herede gestio²³⁾ oder aditio²⁴⁾ der Erbschaft liegt. Allein nach einer unzweideutigen Stelle der Justinianischen Verordnung hat der Deliberirende, welcher ein Inventar errichtet, noch die Wahl, ob er die Erbschaft antreten oder ablehnen will²⁵⁾. 3) Die Erbschaftsgläubiger können vom Erben, welcher diese Rechtswohlthat gebraucht, nichts weiter fordern, als so weit der Bestand der Erbschaftsmasse reicht²⁶⁾. Auch ist in dieser Beziehung folgendes, die Regulirung der Masse dem Erben erleichterndes Verfahren erlaubt. Der Erbe darf jeden Erbschaftsgläubiger, welcher seine Forderung liquid macht, sofort bezahlen, ohne sich darum zu bekümmern, ob andere, später sich meldende Gläubiger darunter leiden oder nicht. Selbst Vermächtnisnehmern kann der Erbe einstweilen die ihnen vermachten Sachen ausantworten; ja selbst Erbschaftsachen verkaufen, um sie zu befriedigen.

20) C. 22. §. 11. C. 6. 30. Nullo scilicet ex hoc intervallo creditoribus hereditariis circa temporalem praescriptionem praedictio generando.

21) C. 22. §. 11. Sed sit hoc spatium ipso iure pro deliberatione hereditibus concessum.

22) C. 22. §. 11. Nulla erit licentia neque creditoribus, neque legatariis neque fideicommissariis, eos vel inquietare vel ad iudicium vocare.

23) So sieht das Inventaristen an Marezoll im Archiv für die civilistische Praxis Bb. 8. S. 274.

24) Dieß ist die Ansicht von Aeminga diss. an heres deliberans beneficium inventarii uti possit. S. 4.

25) C. 22. §. 14. C. 6. 30. Vergl. Buchholz a. a. D. Th. 10. S. 407.

26) C. 22. §. 4. C. 6. 30. Ut in tantum hereditariis creditoribus teneantur, in quantum res substantiae ad eos devolutae valeant. Bei den Soldaten gilt es indeß als Regel, daß sie auch ohne Errichtung eines Inventars in der gesetzlichen Form nicht mit ihrem eignen Vermögen haften sollen. C. 22. §. 15. C. 6. 30. Buchholz a. a. D. Th. 10. S. 431. nimmt an, daß diese Vorschrift durch Nov. 1. c. 4. §. 2. insofern aufgehoben worden sei, als in derselben eine Gleichstellung der Soldaten und Nichtsoldaten ausgesprochen werde. Doch würde dieß, wie Buchholz selbst weiter bemerkt, nur in Rücksicht der Vermächtnisnehmer gelten können, da nur von diesen Nov. 1. c. 2. handelt.

Melden sich nun Gläubiger, nachdem die Erbmasse bereits auf solche Weise an diese und die Vermächtnisnehmer vertheilt ist, so darf der Erbe nicht verklagt werden; eben so wenig als die Käufer von Erbschaftsachen, wenn der Kaufpreis zur Bezahlung für Creditoren und Vermächtnisnehmer verwendet worden ist²⁷⁾. Die durch dieß Verfahren zurückgesetzten Creditoren können nur theils gegen die Legatarien mit der Pfandklage und *indebiti conditio* auftreten, theils gegen die minder bevorrechteten Gläubiger, welche mit Geld oder durch Uebergabe von Sachen an Zahlungsstatt befriedigt worden sind, die Pfandklage und *conditio ex lege* brauchen²⁸⁾, wenn diese es nicht vorziehen, die Klagen durch die Offerte und Erlegung der ganzen schuldigen Summe abzuwenden. 4) Der Erbe, welcher von unserer Rechtswohlthat Gebrauch macht, kann in Bezug auf die eignen Forderungen an den Verstorbenen gegen die Erbmasse als Fremder auftreten und deshalb Befriedigung gleich den anderen Erbschaftsgläubigern verlangen²⁹⁾; doch in der Maße, daß er, im Fall er hypothekarischer Gläubiger ist, auf die Priorität seiner Forderung rücksichtlich der übrigen Gläubiger zu achten hat. Durch diese Verordnung der Inventur wird die Wirkung der Erbschaftserwerbung, d. h. die durch die Personeneinheit des Erben mit dem Erblasser herbeigeführte Confusion gewissermaßen aufgehoben. 5) Der Erbe kann nur unter der Voraussetzung der Inventur gegen die Vermächtnisnehmer die Rechtswohlthat der *falcidischen Quatt* beanspruchen³⁰⁾. 6) Der Erbe hat das Recht, unter Voraussetzung der Inventur die Ausgaben für das Begräbniß, für die Errichtung des Inventars, für die etwaige Publication des Testaments und für andere Ausgaben, von denen er beweisen kann, daß sie für die Erbschaft nothwendig waren, im Voraus vom Bestande der Erbschaft abzuziehen³¹⁾. — Außer diesen unbezweifelt wahren Wirkungen der Inventur haben mehrere Rechtsgelehrte auch andere Thatfachen als Wirkungen derselben bezeichnet, welche sich indes aus den römischen Rechtsquellen nicht rechtfertigen lassen dürften. Es sind folgende: a) der Beneficialerbe soll nach Umständen nicht zur Verschönerung der Erbschaftsachen von den Erbschaftsgläubigern angehalten werden können; vielmehr räumt man ihm in dieser Beziehung die Rechtswohlthat der Hingabe an Zahlungsstatt ein³²⁾. Man stützt diese Meinung auf

27) C. 22. §. 5. C. 6. 30. Die Practiker lassen die Klagen im ersten Falle zwar zu, entfernen sie aber durch die dem Erben gestattete *exceptio inventarii conficiendi*.

28) C. 22. §. 6. C. 6. 30.

29) C. 22. §. 9. C. 6. 30. Vergl. Buchholz a. a. D. Th. 10. S. 416.

30) C. 22. §. 4. C. 6. 30. Nov. 1. cap. 2. §. 1. u. 2. Der Erbe haftet den Vermächtnisnehmern sogar über den Betrag der Erbschaft hinaus, falls er kein Inventar errichtet. Nov. 1. c. 2. §. 2. Vergl. Friß im Archive für die civilistische Praxis Bd. 12. S. 231.

31) C. 22. §. 9. C. 6. 30.

32) Westphal, von Vorlegung und Eröffnung der Testamente S. 183.

C. 22. §. 4. u. 6. C. de iure deliberandi. (6. 30.) Allein die erste dieser Stellen ist wohl nur von Damnations- und Vindicationslegaten zu verstehen, und die zweite kann nach dem Rechte des Justinianischen Codex nur von dem Falle verstanden werden, wenn die Einwilligung des Gläubigers zur in solutum datio vorliegt³³). b) Der Beneficialerbe soll die Dispositionen des Erblassers über sein, des Erben, Eigenthum nicht anzuerkennen haben. Schweppe³⁴) schließt dies aus der C. 22. §. 4. C. 6. 30.; einer Stelle, welche indeß nur so viel sagt, daß der Beneficialerbe aus dem eignen Vermögen nichts zuzusetzen brauche. c) Der Beneficialerbe soll selbst, wenn er die Erbschaft bereits angetreten hat, bis zur Vollendung des Inventars die Befugniß haben, die Erbschaft wieder aufzugeben³⁵). Allein diese Behauptung ist aus den römischen Rechtsquellen völlig unerweislich.

Die Frage, ob die Rechtswohlthat der Inventur auch dem Erben des Erben zu statten komme oder nicht, hängt, falls der Letztere vor der Vollendung des Inventars verstirbt, mit der Lehre von der Transmission der Erbschaft und dem beneficium deliberandi zusammen. Auch hier muß es wohl als Regel gelten, daß der Erbe an der Erbschaft nicht mehr Rechte ausüben kann, als der Erblasser, den er zu repräsentiren hat, daran hatte³⁶). Im Besonderen sind folgende Fälle von einander zu unterscheiden: a) der Fall, wenn der designirte Erbe im Laufe der ersten dreißig Tage gestorben ist, nachdem er von der Delation der Erbschaft Kunde erhalten. Falls nun alle oder wenigstens die meisten Erbschaftsachen von dem Orte, wo der Erbe lebte, nicht entfernt liegen, so hat sein Nachfolger zum Anfang der Inventur noch so viel Tage Zeit, als sein Erblasser gehabt haben würde, um dieselbe zu beginnen. Aus der Zeitfrist der dreißig Tage werden übrigens zu Gunsten des Nachfolgers so viel Tage herausgenommen, als zwischen dem Tode seines Erblassers und der eignen Wissenschaft von der Delation dazwischen liegen. Läßt der Nachfolger diese Frist ungenutzt verstreichen, so ist die Rechtswohlthat der Inventur für ihn verloren. Liegen dagegen alle oder die meisten Erbschaftsachen nicht an dem Orte, wo der erste Erbe bei der Nachricht vom Tode seines Erblassers sich aufhielt, so kann sein Nachfolger das Inventar noch wenigstens binnen drei Monaten beginnen; doch muß es innerhalb eines Jahres, vom Tode des Erblassers an gerechnet, vollendet sein. b) Der Fall, wenn der designirte Erbe innerhalb drei Monaten, aber nach Ablauf von dreißig Tagen stirbt,

Reichhelm, Versuch einer Auslegung dunkler Gesetze S. 237. Madihn de successione §. 249.

33) C. 16. u. 17. C. de solutionibus. (8. 42.) Die durch Nov. 4. c. 3. eingeführte Rechtswohlthat der in solutum datio ist der Zeit nach später. Vgl. Buchholz a. a. D. Th. 10. S. 419.

34) Römisches Pandectenrecht §. 848. Note d. Vergl. dagegen Buchholz a. a. D. Th. 10. S. 421.

35) Reichhelm, Versuch einer Auslegung dunkler Gesetze Nr. VI. S. 235 flg.

36) L. 120. D. de regulis iuris. (50. 17.)

nachdem er Kunde vom Anfall der Erbschaft erhalten hat. Hier darf der Erbe des Erben die Rechtswohlthat der Inventur nur unter der Voraussetzung in Anspruch nehmen, daß alle oder die meisten Erbschaftsgegenstände nicht an dem Orte liegen, wo der Letztere sich wesentlich aufhielt. c) Der Fall, wenn der designirte Erbe die drei Monate in voller Unthätigkeit verlebt hat. Hier wird derselbe nach der Meinung (Einiger³⁷⁾ so beurtheilt, als ob er der ihm angefallenen Erbschaft ausdrücklich entsagt hätte, und dann wird er mit der Erbschaft nichts weiter zu schaffen haben, auch nichts davon auf seinen Erben transmittiren können. Nach Anderer Meinung³⁸⁾ soll im vorliegenden Falle der Erbe, welcher die drei Monate in voller Unthätigkeit verbracht hat, so betrachtet werden, als habe er die Erbschaft ohne Inventur angetreten. Dann würde nicht allein jede weitere Erklärung desselben über die Ausschlagung der Erbschaft für unzulässig erachtet werden müssen, sondern es würde zweifelsohne auch sein Nachfolger an die Erbschaft gebunden sein. Nach einer dritten Meinung³⁹⁾ soll der Ablauf der fraglichen drei Monate nur so viel bewirken, daß demjenigen, welcher sich späterhin für die Annahme der Erbschaft erklärt, die Rechtswohlthat der Inventur nicht mehr zu statten komme. Dann würde die im vorliegenden Falle aufgeworfene Frage nach den allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilen sein, welche von der Transmition der Erbschaft gelten. Nach einer vierten Meinung endlich soll das Recht der Erbschaftsannahme nach Justinians eigener Bestimmung innerhalb eines Jahres verloren gehen. Diese Ansicht gründet sich, wie es scheint, auf eine falsche Auslegung einer Justinianischen Constitution⁴⁰⁾, welche wohl gar nicht von der eigentlichen Deliberation redet, sondern nur eine einjährige Frist zum Zwecke der Transmition festsetzt⁴¹⁾. Denn es wird in derselben, im Falle der erste Erbe keine Deliberation erbeten hat, zum Vortheil des Erbeserben fingirt, daß der Erstere ein Jahr lang zu deliberiren berechtigt gewesen sei, und daß, wenn er in dieser Zeit sterbe, er die noch übrige Deliberationsfrist auf seine Erben transmittiren dürfe⁴²⁾.

Streitig ist es, ob die Rechtswohlthat der Inventur mit dem beneficium deliberandi gehäuft werden könne. Im Allgemeinen darf es

37) Diese Meinung gründet sich auf C. 22. §. 1. C. 6. 30., wenn man nur hinter *circuito expectando* das Colon setzt. Auch ist sie von Buchholz a. a. D. Th. 10. S. 396 u. 341 angenommen und mit Gründen unterstützt worden.

38) Vergl. Marezkoll im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 8. S. 271 flg. Mühlentuch, Pandecten §. 695. Nr. 1.

39) Vergl. Unterholzner, Entwicklung der Verjährungslehre Bd. 2. S. 52.

40) C. 19. C. 6. 30.

41) So Thibaut Versuche (2. Ausg.) Th. 2. S. 184. Unterholzner a. a. D. Th. 2. S. 52—54. Buchholz a. a. D. Th. 10. S. 337 bis 392.

42) So Buchholz a. a. D. Th. 10. S. 388. Die Literatur der früheren Erklärungen siehe bei Thibaut a. a. D. Th. 2. S. 153—183.

als Regel gelten, daß beide Rechtswohlthaten auch noch im neuesten Rechte Justinians geschieden sind⁴³⁾. Doch sind sie insofern mit einander verbunden worden, als derjenige, welcher sich eine Bedenkfrist vom Kaiser oder vom Magistrat erbittet, in der Regel die Verpflichtung hat, ein Inventar unter Beobachtung der gesetzlichen Förmlichkeiten zu errichten⁴⁴⁾. Zieht er es aber vor, nach Errichtung eines Inventars insofern von der Rechtswohlthat der Bedenkzeit Gebrauch zu machen, als er den Antritt der Erbschaft erst nach Ablauf der für die Vollendung des Inventars festgesetzten Frist erklärt, so haftet er den Erbschaftsgläubigern und Legataren auch mit dem eignen Vermögen. Falls der Deliberant aber ohne Errichtung eines Inventars die Erbschaft antritt oder wenigstens nicht ausdrücklich zurückweist, so haftet er nicht allein den Erbschaftsgläubigern mit dem eignen Vermögen, sondern kann auch gegen die Vermächtnißnehmer die Rechtswohlthat der *falcidischen* Quart nicht geltend machen. Schlägt er aber die Erbschaft im angegebenen Falle ausdrücklich aus, so muß er die Erbschaftsachen den Erbschaftsgläubigern oder den Nacherben ausantworten, und zur Ausmittelung der Quantität derselben wird den Gläubigern und Nacherben der Würdigungseid, doch unter Hinzufügung einer Taxation von Seiten des Richters gestattet.

Feimbach.

Beneficium separationis heißt die Rechtswohlthat, welche die Gläubiger im Concurse des Schuldners berechtigt, auf Trennung der verschiedenen, in der Person des Schuldners vereinten Vermögensmassen zu Gunsten der Gläubiger einer jeden Masse anzutragen¹⁾. Sie ist durch das prätorische Edict eingeführt worden²⁾, worauf wohl auch der Umstand deutet, daß es selbst in späteren Zeiten zur Separation eines *Decretes* des Prätors bedurfte³⁾. Ihrem Wesen nach erscheint die Separation als eine Rechtswohlthat, da sie eines Theils als ein *indemnitas remedium* oder als ein *commodum* bezeichnet⁴⁾, anderen Theils von Seiten der Gläubiger postulirt und vom Prätor impetrit wird⁵⁾. Die Wirkung der Separation ist die, daß die in der Person des Schuldners vereinten Vermögensmassen getrennt und zur Befriedigung der Gläubiger einer jeden Masse zuvor verwendet werden, ehe die Gläubiger der anderen Massen darauf Anspruch machen können. Denn erst wenn jene aus der getrennten Masse voll befriedigt wor-

43) C. 22. §. 13. u. 14. C. 6. 30.

44) C. 22. §. 14. C. 6. 30. *Necesse est enim omnimodo deliberantem cum omni subtilitate facere.*

1) Literatur: D a b e l o w, ausführliche Entwicklung der Lehre vom Concurse der Gläubiger Cap. 12. S. 323—375. S c h m e p p e, das System vom Concurse der Gläubiger S. 255—261. Einzelne recht gute Bemerkungen enthält F r i g über L. 1. §. 9. D. de separationibus (42. 6.) im Archiv für civilistische Praxis Bd. 12. S. 328—353.

2) C. 2. C. de rebus auctoritate iudicis possidendis. (7. 72.)

3) L. 1. pr. D. de separationibus. (42. 6.) C. 2. C. 7. 72.

4) C. 2. C. 7. 72. L. 1. §. 10. D. 42. 6.

5) L. 1. pr. D. 42. 6. L. 5. D. ibid. C. 2. C. 7. 72.

den, können die übrigen Concursgläubiger an die separirte Masse Anspruch machen⁶⁾. Die durch die Separation herbeigeführte Trennung der Massen ist in der Regel unwiderruflich, namentlich von Seiten derjenigen Gläubiger, welche von der Rechtswohlthat Gebrauch gemacht haben⁷⁾. Daher kommt es, daß diejenigen, welche einmal die Separation erlangt haben, im Falle sie aus der separirten Masse nicht vollständig befriedigt werden, keinen Regreß an die übrigen Güter des Gemeinschuldners nehmen können. Jedemfalls können sie es nur ihrer Leichtfertigkeit zuschreiben, wenn sie ohne gehörige Kenntniß des Bestandes der Massen die Trennung derselben beantragt haben. Um dieses Phänomen zu erklären, nehmen die römischen Juristen⁸⁾ die Idee eines doppelten Concurses zu Hilfe. Die Separatisten erscheinen nämlich als die Gesammtgläubiger der separirten Masse, und gleich wie sie nach der *honorum venditio* aus der Masse fernerhin keine Befriedigung zu erwarten haben, eben so wenig können sie sich nach der Separation unter die Gläubiger der anderen Concursmasse wieder aufnehmen lassen, da sie auf diese letztere durch die Separation Verzicht geleistet haben. — Nur in folgenden Fällen wird eine Ausnahme von dieser Regel gestattet: a) wenn die Separatisten ihre Unwissenheit mit triftigen Gründen entschuldigen können⁹⁾. b) Wenn aus den anderen Gütern des Gemeinschuldners nach voller Befriedigung der Massegläubiger noch etwas übrig bleibt¹⁰⁾. c) Wenn der Separatist seine Forderung aus einer Obligation herleitet, zu deren Erfüllung nicht allein derjenige, dessen Güter getrennt worden sind, sondern auch derjenige, in dessen Person die verschiedenen Gütermassen vereinigt worden sind, selbstständig verpflichtet waren¹¹⁾, z. B. wenn der Bürge stirbt und der Hauptschuldner sein Erbe wird. Hier kann der Hauptgläubiger um Separation der Güter des Bürgen nachsuchen und, wenn er aus denselben nicht voll befriedigt worden ist, für den Rest die Gütermasse des Hauptschuldners in Anspruch nehmen und Befriedigung aus derselben gleich den übrigen Massegläubigern suchen.

Die Fälle, für welche die Rechtswohlthat der Separation beansprucht werden kann, sind in den römischen Rechtsquellen genau bestimmt¹²⁾. Ueber dieselben hinaus darf man wohl nicht gehen, weil jede ausdehnende Erklärung bei Rechtswohlthaten unzulässig erscheint. Die Beurtheilung dessen, ob der in der Erfahrung vorliegende Fall zur Separation geeignet ist oder nicht, fällt dem Richter anheim, da die Ertheilung der Rechtswohlthat eine *causae cognitio* voraussetzt¹³⁾. Fragt man, welcher Magistrat zur Ertheilung befugt

6) L. 1. §. 17. D. 42. 6.

7) L. 1. §. 17. D. 42. 6. L. 5. D. *ibid.*

8) L. 1. §. 1. D. 42. 6. L. 5. D. *ibid.*

9) L. 1. §. 17. D. 42. 6.

10) L. 3. §. 2. D. 42. 6.

11) L. 3. §. 1. D. 42. 6.

12) Dig. 42. 6. Cod. Inst. 7. 72.

13) C. 2. C. 7. 72. Auch kann ein Decret, wie es zur Separation noth-

sei, so sprechen die Zeugnisse der römischen Rechtsquellen für die Meinung, daß nur der, welcher das imperium hat, die Rechtswohlthat ertheilen könne. Denn in einigen Stellen werden der Prätor und der praeses provinciae geradezu in dieser Beziehung genannt¹⁴⁾ und in anderen wird angedeutet, daß die Ertheilung bei dem Magistrate, welcher das Concurverfahren einleitet, nachgesucht werden müsse¹⁵⁾. Aber gerade die Einleitung des Concurverfahrens ist nach römischen Begriffen ein Reservatrecht der Magistrate, welche das imperium haben¹⁶⁾. Durch diese Bemerkungen ist freilich noch nicht die Frage beantwortet, bei welchem Richter unter mehreren Concurrenten die Separation nachzusuchen sei, ob bei demjenigen, unter welchem der verstorbene Schuldner, dessen Güter separirt werden sollen, gestanden hat, oder bei demjenigen, unter welchem der jetzige Inhaber der zu separirenden Vermögensmassen steht¹⁷⁾? Nach der richtigeren Meinung dürfte der letztere allein zur Ertheilung der Rechtswohlthat befugt sein, da durch die Vereinigung der verschiedenen Vermögensmassen in einer Person unzulässig eine Confusion eintritt. Die einzelnen Fälle, in welchen die Rechtswohlthat der Separation zweifelsohne gestattet wird, sind folgende: a) wenn der Erbe einer verstorbenen Person insolvent wird, so steht es den Gläubigern des Verstorbenen frei, im Concurse des Erben auf Separation der Gütermasse des Verstorbenen anzutragen¹⁸⁾. Diese Berechtigung steht allen Erbschaftsgläubigern ohne Unterschied zu, wenn gleich manche neuere Practiker die Pfandgläubiger davon haben ausnehmen wollen¹⁹⁾. Es sprechen nämlich die oben angezogenen Quellenzeugnisse ganz allgemein von allen Gläubigern des Verstorbenen, und es scheint nicht rathsam, eine solche dem Zwecke der Separation widersprechende Beschränkung der Rechtswohlthat ohne ausdrückliches Zeugniß der Rechtsquellen anzuerkennen; endlich wird sie auch ausdrücklich denjenigen gestattet, welchen etwas von einem bestimmten Tage an (ex die) oder unter einer Suspensivbedingung (sub conditione) geschuldet wird²⁰⁾. Eine spätere Ausdehnung des hier erörterten Separationsfalles ist es wohl, wenn beim Concurse des Pupillarsubstituten eines Unmündigen, welcher die ihm von seinem verstorbenen Vater hinterlassene Erbschaft erworben

wenig ist, nicht ohne causae cognitio gedacht werden. Vergl. L. 1. §. 14. D. 42. 6.

14) L. 1. pr. u. §. 14. D. 42. 6. C. 2. C. 7. 72.

15) L. 1. §. 9. D. 42. 6. L. 3. §. 1. L. 5. D. ibid.

16) L. 26. pr. u. §. 1. D. ad municipalem. (50. 1.) L. 4. D. de iurisdictione. (2. 1.) Vgl. Bethmann-Hollweg, Pandbuch des Civilprozeßes Th. 1. §. 40 flg.

17) Vgl. Dabelow a. a. D. S. 340.

18) C. 2. C. 7. 72. L. 1. §. 1. D. 42. 6. L. 3. pr. u. §. 1. D. ibid. L. 1. §. 7. D. ibid.

19) So Brunneemann ad L. 1. D. de separat. Nr. 2. und im tractatus de concursu creditorum §. 12. v. Cramer in den rechtlichen Nebenstunden Th. 94. Nr. 11. Huber praelect. iur. civil. tit. de separat. §. 1. Siehe dagegen Dabelow a. a. D. S. 332.

20) L. 4. D. 42. 6.

und diese bei seinem Tode dem im väterlichen Testamente ernannten Substituten hinterlassen hat, die Separation nicht allein den Gläubigern des Vaters des Unmündigen, sondern auch denen des Unmündigen selbst gestattet wird²¹⁾. Die Berufung auf die Rechtswohlthat findet aber gegen jeden Gläubiger des Erben ohne Unterschied statt, selbst wenn es der Fiscus oder die Stadtcasse sein sollte²²⁾. Auch den Pfandgläubigern, welche ihr Pfandrecht an einer zur Erbschaft gehörigen Sache erst vom Erben herleiten, geht der Separatist zweifelsohne vor²³⁾. Ausgeschlossen von der Rechtswohlthat sind jedenfalls diejenigen Gläubiger des Verstorbenen, welche durch die Vornahme irgend einer Handlung den Erben als ihren eignen Schuldner anerkannt haben (*qui heredis nomen secuti sunt*). Dahin gehört z. B. der Fall, wenn der Erbschaftsgläubiger mit dem Erben über die Erbschaftsschuld eine Stipulation eingeht, in der Absicht, die alte Schuld gänzlich aufzuheben²⁴⁾. Auch wenn er Zinsen der Erbschaftsschuld vom Erben unter Anerkennung desselben als eignen Schuldners beigetrieben hat, verliert er den Anspruch auf die Separation²⁵⁾. Endlich fällt auch jede Berufung auf die Rechtswohlthat dann hinweg, wenn der Erbschaftsgläubiger sich vom Erben ein Pfandrecht oder sonst eine Caution für die Abzahlung der Schuld hat bestellen lassen²⁶⁾. Eine bloße mit dem Erben über die Erbschaftsschuld eingegangene Litiscontestation involvirt nicht die Entsagung der Rechtswohlthat, da dieß nicht eine freiwillige, sondern eine durch äußere Nothwendigkeit gebotene Handlung des Erbschaftsschuldners ist²⁷⁾. b) Wenn Jemand eine fremde Erbschaft, die er an einen Fideicommissar erben restituieren soll, für insolvent hält, und hierauf durch die Obrigkeit zum Antritt dieser Erbschaft gezwungen wird, so hat, im Fall der Fideicommissarerbe wegfällt, der Fideuciar das Recht, auf Trennung der in seiner Person vereinten Vermögensmassen in der Masse anzutragen, daß zu den Gütern des Erblassers Concurs eröffnet wird, gleich als ob die Erbschaft desselben gar nicht angetreten worden wäre²⁸⁾. Diese Separation wird gegen alle Gläubiger der angetretenen Erbschaft geltend gemacht und erklärt sich einfach daraus, daß bei dem Zwange des Fiduciars zum Antritte der ihm hinterlassenen Erbschaft die Restitution derselben an den Fideicommissar in der Masse verwirklicht wird, als wenn der Fideuciar außer allem Nexus sich befände. Deshalb gehen die Klagen, welche für oder wider den Erben eingeführt sind, auf den Fideicommissar von selbst

21) L. 1. §. 7. D. 42. 6. Daß die Rechtswohlthat im zuletzt genannten Falle nur gegen die Gläubiger des Nachfolgers geltend gemacht werden kann, ergibt sich aus L. 1. §. 8. D. *ibid.*

22) L. 1. §. 4. D. 42. 6.

23) L. 1. §. 3. D. 42. 6.

24) L. 1. §. 10. D. 42. 6.

25) L. 1. §. 10. D. 42. 6.

26) L. 1. §. 12. u. 15. D. 42. 6.

27) L. 7. D. 42. 6.

28) L. 1. §. 6. D. 42. 6.

über²⁹⁾, während der Fiduciar berechtigt ist, die Reintegration aller derjenigen Rechte zu verlangen, welche durch die eingetretene Confusion erloschen sind³⁰⁾. Dieß zu Gunsten des Fiduciars angenommene Rechtsmittel ist durch ein Rescript des Kaisers Antoninus Pius eingeführt und späterhin auch, auf die Gläubiger des Fiduciars erstreckt worden³¹⁾, selbst dann, wenn der Letztere davon keinen Gebrauch macht. Jedemfalls hat dasselbe viel Aehnlichkeit mit der Separation, daher es mit derselben auf eine Linie gestellt und quasi separatio quaedam genannt wird³²⁾. Die neueren Rechtsgelehrten haben daraus den Kunstausdruck quasi separatio gebildet, welcher indeß durch die angeführte Stelle keineswegs erwiesen ist. In allen anderen Fällen ist den Gläubigern des Erben, in dessen Person die Vermögensmassen vereinigt worden sind, das Separationsrecht geradezu abzuspochen; vielmehr müssen sie sich es selbst zuschreiben, wenn sie mit einer unzuverlässigen Person contrahirt haben. Nur im Fall der Erbe die Erbschaft in der Absicht, seine Gläubiger zu verkürzen, angetreten hat, können die Letzteren extra ordinem vom Prätor sich Hilfe erbitten; diese aber freilich nur aus triftigen Gründen³³⁾. c) Die Vermächtnisnehmer aus dem Testamente eines Verstorbenen können, im Fall der Erbe, welcher die Erbschaft erworben hat, insolvent wird, im Concourse desselben auf Separation der Vermögensmasse des Verstorbenen antragen³⁴⁾. Zwar ist dieser Separationsfall nicht ausdrücklich im prätorischen Edicte genannt, aber die natürliche Billigkeit schien den römischen Juristen schon zeitig für die Ansicht zu sprechen, daß die Vermächtnisnehmer in dieser Beziehung den Gläubigern des Verstorbenen gleichzusetzen seien. Dabei versteht es sich indeß von selbst, daß sie im Fall der Concurrenz mit mehreren Gläubigern des Verstorbenen diesen in Betreff der separirten Masse nachstehen müssen³⁵⁾. d) Ein cum libertate eingefetzter necessarius heres kann, wenn er sich in die Erbschaft seines Patrons nicht eingemischt hat, in Betreff alles späteren Erwerbes und dessen, was der Erblasser ihm schuldet, die Rechtswohlthat der Separation beanspruchen³⁶⁾. e) Der Patron kann, wenn seine Freigelassene von

29) L. 6. §. 2. D. ad SC. Trebellianum. (36. 1.) L. 27. §. 3. D. ibidem.

30) L. 80. D. 36. 1. L. 59. pr. D. ibid. Bei Prädialservituten bedarf es nicht einmal der Reintegration. L. 73. §. 1. D. 36. 1.

31) L. 1. §. 6. D. 42. 6. Vgl. Dabelow a. a. D. S. 336 flg.

32) L. 1. §. 6. D. 42. 6. Creditoribus quoque huiusmodi heredis hoc idem praestandum puto, licet ipse non desideraverit, ut quasi separatio quaedam praestetur.

33) L. 1. §. 5. D. 42. 6.

34) L. 6. pr. D. 42. 6.

35) L. 6. pr. u. L. 4. §. 1. D. 42. 6. Auch spricht dafür der allgemeine Grundsatz, daß die Vermächtnisnehmer nur aus der reinen Vermögensmasse zu befriedigen sind. Vergl. Friß über die Collision der Legatare mit den Erbschaftsgläubigern im Archiv für civilistische Praxis Bd. 12. S. 235—238.

36) L. 1. §. 18. D. 42. 6.

Jemand anders eingesezt worden ist, und die bonorum possessio ohne Wissen und Willen des Patrons erbeten hat, Anspruch auf die Sonderung des übrigen Vermögens der Freigelassenen machen, um nicht mit den Erbschaftsschulden beschwert zu werden³⁷⁾. — Zu den bisher genannten Separationsfällen treten nach der Meinung der meisten neueren Rechtsgelehrten noch folgende Quasiseparationsfälle hinzu, welche indeß aus den römischen Rechtsquellen nicht erweislich sein dürften. A) Die Gläubiger eines Haussohnes, welche ihm in Bezug auf sein castrensisches Sondergut etwas vorgestreckt haben, können nach der gewöhnlichen Meinung im Concurse desselben die Absonderung dieses Sondergutes vor den übrigen Gläubigern verlangen, welche dem Haussohne in Ansehung desselben keine Vorschüsse gemacht haben³⁸⁾. Solche bevorzugte Gläubiger nennt man *creditores peculii castrensis* und gesteht ihnen das Vorzugsrecht unter folgenden Bedingungen zu: 1) daß der Vorschuß gemacht worden ist, nachdem der Haussohn Soldat geworden. 2) Daß derselbe mit ausdrücklicher Hinsicht auf das castrensische Sondergut geschehen ist. 3) Daß von dem gemachten Vorschusse nichts zum Nutzen des Vaters verwendet worden ist. Man gründet diesen Separationsfall auf eine Stelle *Ulpian's*³⁹⁾, welche indeß nach der richtigeren Interpretation nur so viel sagt, daß, falls ein Haussohn, der ein castrensisches Sondergut hat, in Concurse kommt, die Gläubiger dieses Sondergutes unter den oben angegebenen Bedingungen allen anderen Gläubigern des Haussohnes unbedingt vorzuziehen sind, so daß die anderen Gläubiger erst dann einen Anspruch auf die Befriedigung aus dem Sondergute haben, wenn die castrensischen Gläubiger voll befriedigt sind; und wer sich wegen der in *rem versio* an den Vater des *Erbdars* halten kann, soll in Bezug auf das castrensische Sondergut leer ausgehen. Von der hier angenommenen Interpretation weicht der neueste Erklärer dieser Stelle, *Frig*⁴⁰⁾, insofern ab, als er diese Stelle zunächst nur vom Concurse zu den Gütern eines noch lebenden Haussohnes versteht und an einen Separationsconcurse, nicht an einen Hauptconcurse denkt. Zugleich bemerkt er, daß es unrichtig ist, wenn man nach der gewöhnlichen Ansicht auch alle diejenigen zurückgesezt wissen will, die zwar erst, nachdem der Schuldner Soldat geworden war, aber auf eine andere

37) L. 6. §. 1. D. 42. 6. Vgl. *Dabelow* a. a. D. S. 50 flg.

38) Vgl. *Dabelow* a. a. D. S. 348 flg.

39) L. 1. §. 9. D. 42. 6. *Si filii familias bona veneant, qui castrense peculium habet, an separatio fiat inter castrenses creditores ceterosque videamus. Simul ergo admittentur, dummodo si, qui eum eo contraxerunt, antequam militaret, fortasse debeant separari: quod puto probandum: ergo, qui ante contraxerunt, si bona castrensia distraherentur, non possunt venire cum castrensibus creditoribus. Item, si quid in rem patris versum est, forte poterit et creditori contradici, ne castrense peculium inquietet, cum possit potius cum patre experiri.* Vgl. L. 7. D. de castrensi peculio. (49. 17.) Der im Texte gegebenen Erklärung kommt die von *Schweppe* a. a. D. §. 148. S. 256 am nächsten.

40) Ueber L. 1. §. 9. D. de separationibus im Archiv für civilistische Praxis Th. 12. S. 328—354.

Weise, als durch Vertrag seine Gläubiger geworden sind; daß ferner alle diejenigen, welche ihre Forderungen aus Verträgen, die vor dem Eintritte des Haussohnes unter das Militär abgeschlossen worden sind, herleiten, nicht allein gegen die castrensische Gläubiger, sondern auch gegen alle, die ihnen gleichstehen, zurückgesetzt werden müssen; und daß endlich mit denen, welche sich wegen der in rem versio an den Vater des Erbars zu halten befugt sind, manche andere Gläubiger des Letzteren auf eine Linie zu stellen sind, z. B. im Fall der exercitoria und iustitoria actio, und wenn das dem Vater gehörige Peculium durch die Contrahierung der Schuld bereichert worden ist⁴¹). B) Den Gläubigern eines Kaufmannes, welcher an verschiedenen Orten abgesonderte Läden gehabt, in denselben seine Handlung betrieben und in Ansehung deren verschiedene Schulden gemacht hat, ist es gestattet, im Fall sie ihm in Ansehung des einen Waarenlagers besonders creditirt haben, im Concurse des Erbars eine Absonderung dieses Waarenlagers und eine ausschließliche Befriedigung aus demselben zu verlangen. Es beruht dieser Quasiseparationsfall auf einer ausdehnenden Erklärung einer Pandectenstelle⁴²), welche nur von den Verhältnissen, die durch die tributoria actio herbeigeführt werden, verstanden werden kann. Da nun aber in den Titeln der Pandecten und des Coder, welche von den Separationen sprechen, dieser Separationsfall nicht erwähnt wird, und jeder einzelne dieser Fälle als eine Ausnahme von der allgemeinen Rechtsregel betrachtet werden muß, so dürfte die Unstatthaftigkeit der ausdehnenden Erklärung für den angegebenen Fall von selbst einleuchten. C) Wenn ein Pupillarsubstitut seinem eignen Vater und seinem Bruder, dem Letzteren aber aus der Pupillarsubstitution Erbe wird, so steht es ihm frei, die Erbschaft seines Bruders zu behalten und die seines Vaters zurückzugeben⁴³). Daß hier nicht von einer eigentlichen Separation die Rede sein kann, ergibt sich theils aus dem Begriffe der Separation, theils aus dem Umstande, daß hier von einem Concurse der Gläubiger nirgends die Rede ist. D) Der Ehefrau gestattet man nach der gewöhnlichen Meinung das Separationsrecht, wenn der zahlungsunfähige Ehemann etwas besitzt, das er mit dem ihm von seiner Ehefrau geschenkten Gelde angeschafft hat, in Bezug auf dieses Besizthum. Diese Ansicht gründet sich auf eine Pandectenstelle, welche indeß gar nichts

41) L. 3. §. 1. u. 5. D. de in rem verso. (15. 3.) L. 5. §. 3. D. ibid. L. 6. u. 11. D. ibid. L. 3. §. 7. D. de peculio. (15. 1.)

42) L. 5. §. 15. u. 16. D. de tributoria actione. (15. 4.) Vgl. Da = below a. a. D. S. 347, 348. Schweppe a. a. D. S. 257. Der letzte erkennt die Nothwendigkeit an, diese Quasiseparation den Quellen gemäß auf die tributoria actio zu beschränken. Doch sagt er, daß die Beschränkung durch den Gerichtsgebrauch nicht anerkannt sei.

43) L. 12. D. de vulgari ac pupillari. (28. 6.) Justus praetorem facturum existimo, si fratri separationem honorum patris concesserit. Vgl. Biedermann (praes. Stockmann) de separationibus edicto Praetoris haud concessis. Lipsiae 1788. §. 2.

hierher Gehöriges enthält⁴⁴). E) Den Gläubigern eines Käufers, welche sich eine Hypothek vorbehalten haben, oder sonst schon eher ein Pfandrecht erhalten hatten, als die Sache auf den gegenwärtigen Gemeinschuldner übergang, gestattet man die Rechtswohlthat der Separation in Bezug auf genannte Sache. F) Den Gläubigern eines Schuldners, dessen Güter verkauft worden sind, gestattet man die Separation gegen die Gläubiger des Käufers. G) Wenn Einer von den Gesellschaftern (socii) vor oder während der Gesellschaft ohne Rücksicht auf dieselbe eigene Schulden gemacht hat, so hat jeder von den anderen Gesellschaftern in Ansehung desjenigen, was sie oder ihre Gläubiger von dem verarmten Genossen aus der Gesellschaft zu fordern haben, wenn es noch in rerum natura vorhanden ist, Anspruch auf die Separation. Die zuletzt genannten drei Fälle sind schon von Schmidt⁴⁵) berührt, aber von Dabelow als ungegründet verworfen worden⁴⁶). Noch weiter geht Westphal⁴⁷). Er nimmt nämlich an, daß in den Fällen, in welchen gewissen Personen an den mit ihren Geldern erkauften Sachen von den Gesetzen nach der gewöhnlichen Meinung ein Eigenthumsrecht zugesprochen wird, nicht sowohl von einem Rechte dieser Art, sondern vielmehr von einem Pfandrechte, welches mit der Befugniß zur Separation verbunden ist, die Rede sei. Dabelow⁴⁸) will von der Behauptung eines derartigen stillschweigenden Pfandrechtes nichts wissen; doch ist er geneigt, für die angedeuteten Fälle ein Absonderungsrecht anzunehmen, aber ein Absonderungsrecht ganz eigener Art, das nicht mit dem beneficium quasi separationis verwechselt werden dürfe. Die Fälle, in welchen dasselbe nach seiner Meinung im Einzelnen eintritt, sind folgende: a) wenn die Ehefrau während der Dauer der Ehe ihrem Manne Geld schenkt und dieser damit Sachen ankauft, so soll sie, im Fall sie die Schenkung später widerruft und der Ehemann insolvent wird, befugt sein, in Bezug auf diese Sachen das Separationsrecht geltend zu machen. Die Pandectenstelle⁴⁹), auf welche sich diese Ansicht gründet, spricht indeß nur von einer utilis in rem actio. b) Wenn ein Vormund mit dem Gelde des Mündels, dessen Geschäfte er verwaltet, auf seinen eignen Namen Grundstücke kauft, so soll der Mündel in Bezug auf dieselben ein Separationsrecht genießen. Die Pandectenstelle⁵⁰), auf welche man diese Ansicht stützt, spricht indeß nur von einer utilis actio ad rem vindicandam. c) Wenn der Ehemann mit Dotalgeldern seiner Ehefrau etwas erkauft oder sonst erwirbt, und später in Concurs geráth, so soll der Ehefrau in Bezug auf die ge-

44) L. 55. D. de donationibus inter virum et uxorem. (24. 1.) Vgl. Biedermann l. c. §. 2. Dagegen Dabelow a. a. D. S. 351.

45) Schmidt, von Separatisten in geistlichen und weltlichen Sachen, Th. 2. §. 38—40.

46) Dabelow a. a. D. S. 350—356.

47) Im Pfandrechte §. 100.

48) A. a. D. S. 361—373.

49) L. 55. D. de donationibus inter virum et uxorem. (24. 1.)

50) L. 2. D. quando ex facto tutoris vel curatoris. (26. 9.)

kaufte oder erworbenen Sachen ein Absonderungsrecht zustehen. Man stützt diese Meinung theils auf den Grundsatz, daß Sachen, welche mit Dotalgeldern angeschafft werden, die Dotalqualität annehmen⁵¹⁾, theils auf eine Befestigung⁵²⁾, welche dem Ehemanne, der mit Dotalgeldern ein auf den eignen Namen gekauftes Grundstück bezahlt, das Eigenthum an demselben zuschreibt. Es steht aber nicht zu bezweifeln, daß eine solche Combination völlig unzulässig ist. d) Wenn Jemand mit den Geldern eines Soldaten Sachen auf eignen Namen gekauft hat, so soll der Soldat in Bezug auf die gekauften Sachen ein Absonderungsrecht haben. Man stützt diese Ansicht auf eine Stelle des Justinianischen Coder⁵³⁾, welche indeß dem Soldaten in Bezug auf diese Sachen nur eine utilis vindicatio einräumt.

Die Rechtswohlthat der Separation fällt aus folgenden Gründen weg: a) durch den Ablauf einer fünfjährigen Frist, welche zur Erbitung derselben festgesetzt ist⁵⁴⁾. Diese Zeitfrist wird nach zusammenhängenden Tagen von dem Augenblicke an gerechnet, an welchem das Factum, wodurch die verschiedenen Vermögensmassen in der Person des jetzigen Inhabers vereinigt worden sind, eingetreten ist. b) Durch die Vermischung der Gütermasse, deren Trennung verlangt wird, mit den Vermögensstücken des Concursschuldners⁵⁵⁾; vorausgesetzt, daß die Trennung der einzelnen, zu den verschiedenen Vermögensmassen gehörigen Stücke nicht mehr möglich ist. Ist die Vermischung der einzelnen Vermögensstücke nur theilweise vor sich gegangen, so kann die Separation wenigstens in Betreff der Vermögensstücke, welche noch nicht mit denen der anderen Vermögensmasse vereinigt sind, verlangt werden. c) Wenn der Erbe die Erbschaft, deren Trennung verlangt wird, im guten Glauben verkauft oder auf andere Weise veräußert hat⁵⁶⁾. Denn Alles, was in der Zwischenzeit, vom Antritt der Erbschaft an bis zur Erbitung der Separation gerechnet, vom Erben im guten Glauben in Betreff der Erbschaftsachen vorgenommen worden ist, wird als gültig anerkannt.

Seimbach.

Bereicherung heißt die Vermehrung des Vermögens einer Person durch einen hinzutretenden Umstand. Dabei ist es gleichgültig, unter welcher Form sich diese Vermögensvermehrung herausstellt. Denn nicht allein der Erwerb von Vermögensgegenständen gilt als Bereicherung, sondern auch die durch das Anschaffen von nöthigen Sachen mit fremden Geldern herbeigeführte Kostenersparniß¹⁾. Selbst wenn ein Dritter oder der, welcher unserer Gewalt unterworfen ist, in Bezug

51) L. 54. D. de iure dotium. (23. 3.)

52) C. 12. C. de iure dotium. (5. 12.)

53) C. 8. C. de rei vindicatione. (3. 32.)

54) L. 1. §. 13. D. 42. 6.

55) L. 1. §. 12. D. 42. 6.

56) L. 2. D. 42. 6.

1) L. 47. §. 1. D. de solution. (46. 3.)

auf unsere Sachen nothwendige Auslagen macht, gelten wir für bereichert²⁾. Doch gehört nicht Alles, was Jemand gleich vom Anfang an aus dem Geschäfte erhalten hat, zum Begriffe der Bereicherung, sondern nur dasjenige, was ihm später davon verbleibt. So entscheiden wenigstens die römischen Juristen in Bezug auf die Erbschaftsklage³⁾ und die in rem versio⁴⁾. Also kann der nicht für bereichert gelten, welcher eine fremde Sache in gutem Glauben besitzt und dieselbe ohne Arg aufzehrt, verschenkt, verliert oder verschleudert⁵⁾. — Fragt man, nach welchem Zeitpunkte der Begriff der Bereicherung zu beurtheilen sei, so muß wohl nach der richtigeren Meinung zwischen dem Falle, wenn der Bereicherte der Kläger, und dem, wenn er der Beklagte ist, genau unterschieden werden. Im ersteren Falle entscheidet der Zeitpunkt, an welchem die Klage angestellt wird⁶⁾, und zwar deshalb, weil das Rechtsmittel, wodurch die Abweisung der Klage bewirkt wird, die *doli mali exceptio* ist. Im letzteren Falle entscheidet der Zeitpunkt der *litisconstitatio*?, außer wenn die neu erworbene Sache in Geld oder in eine andere Species vom Besitzer umgesetzt worden ist. Denn in diesem Falle wird der Eintritt der Bereicherung schon dann angenommen, sobald die Umsetzung erfolgt⁸⁾. Bei denjenigen Klagen, welche gegen den Erben nur in so weit zustehen, als derselbe bereichert worden ist, wird überhaupt nur darauf gesehen, ob der erste Erbe sich bereichert findet⁹⁾. Die Erben des Erben kommen nicht weiter in Betracht. — Die Frage, wer den Beweis der Bereicherung zu führen habe, erhält ihre Beantwortung durch die Bemerkung, daß die Bereicherung eine Thatsache (*factum*) ist, und daß Thatsachen nach den allgemeinen Prozeßregeln von demjenigen, welcher sie behauptet, bewiesen werden müssen¹⁰⁾. Damit stimmt eine Constitution des Antoninus Pius überein, welche die Verbindlichkeit der Mündel, das von Dritten ihnen geliehene Geld, insoweit sie dadurch bereichert worden, den Letzteren zu restituiren, nicht aus dem Rechte, sondern aus der Thatsache der Bereicherung herleitet¹¹⁾.

An und für sich liegt im Factum der Bereicherung kein Grund, um den Bereicherten zu obligiren, selbst dann nicht, wenn dadurch einem Anderen ein Vermögensschade zugesügt wird¹²⁾. Doch gestatteten

2) C. 5. C. de rei vindicatione. (3. 32.) L. 5. pr. D. de in rem verso. (15. 3.) L. 3. §. 7. D. ibid.

3) L. 23. D. de hereditatis petitione. (5. 1.)

4) L. 10. §. 4. D. 15. 3.

5) L. 25. §. 11. u. 15. D. 5. 3.

6) L. 50. pr. D. de donationibus inter virum et uxorem. (24. 1.) L. 47. pr. D. 46. 3. L. 4. D. de exceptionibus. (44. 1.)

7) L. 37. pr. D. de negotiis gestis (3. 5.) L. 34. D. de minoribus. (4. 4.)

8) L. 18. D. quod metus causa. (4. 2.)

9) L. 17. D. 4. 2.

10) Vgl. Sell, Versuche im Gebiete des Civilrechtes Th. 1. S. 30.

11) L. 5. D. de auctoritate et consensu tutor. (26. 8.)

12) L. 1. pr. D. 26. 5. L. 5. pr. D. ibid.

schon die römischen Juristen, welche sich hierin zum Theil auf kaiserliche Rescripte berufen konnten, der sich auf die Billigkeit stützenden Regel, daß sich Niemand zum Schaden des Anderen bereichern dürfe (*iure naturae aequum est, neminem cum damno alterius fieri locupletioorem*), nach und nach immer mehr Einfluß¹³⁾. Man betrachtete es nämlich als der *bona fides* widersprechend, daß man aus einer Sache zum Schaden eines Anderen Vortheil ziehe¹⁴⁾, und mit dieser Ansicht hängt es wohl auch zusammen, daß man von Seiten des auf solche Weise Bereicherten einen *dolus* vermuthet¹⁵⁾ und mithin gegen denselben, wenn er als Kläger auftritt, die *doli exceptio*, im Fall er beklagt wird, die *doli replicatio* gestattet¹⁶⁾. Die vorzüglichsten Anwendungen dieser Rechtsregel sind folgende: a) Pupillen und andere willensunfähige Personen werden aus dem mit ihnen, aber ohne Beitritt ihres Vormundes abgeschlossenen Geschäften insoweit verpflichtet, als sie dadurch bereichert worden sind¹⁷⁾. b) Manche Klagen, welchen das Civilrecht ihrer Entstehung zu Folge einen beschränkten Kreis angewiesen hat, werden, weil das Factum der Bereicherung eintritt, über ihren ursprünglichen Wirkungsbereich hinaus ausgedehnt, um die verlierende Partei zu entschädigen. So wird die *de peculio actio*, welche eigentlich nur aus erlaubten Rechtsgeschäften des Sklaven oder Haussohnes gestattet wird¹⁸⁾, ausnahmsweise auch auf den Fall ausgedehnt, wenn der Eigenthümer des Sklaven durch den vom Letzteren verübten Diebstahl bereichert worden ist¹⁹⁾. Dasselbe galt bei der *condictio furtiva*²⁰⁾ und bei dem *interdictum unde vi*²¹⁾, in welchen Fällen man zweifelsohne an *utiles actiones*²²⁾, und in deren Ermangelung an *in factum actiones*²³⁾ zu denken hat. c) Diejenigen, deren Angelegenheiten von entweder freiwillig oder durch das Gesetz bestellten Verwaltern administriert werden, können aus dem *dolus* der Letzteren nur insoweit belangt werden, als sie durch denselben bereichert worden sind. Dieß ist

13) L. 206. D. 50. 17. L. 1. pr. D. 26. 8. L. 5. pr. D. *ibid.* L. 6. §. 2. D. *de iure dotium.* (23. 3.)

14) L. 6. §. 2. D. 23. 3. L. 10. §. 3. D. *mandati vel contra.* (17. 1.)

15) L. 17. §. 4. D. *de institoria actione.* (14. 3.)

16) L. 4. §. 4. D. *de doli mali et metus exceptione.* (41. 4.) L. 47. pr. D. 46. 3. L. 23. §. 4. D. *de rei vindicatione.* (6. 1.) L. 7. §. 12. D. *de acquirendo rerum dominio.* (41. 1.) Vergl. *Sell a. a. O. Th. 1. S. 31.*

17) L. 4. §. 4. D. *de doli mali et metus exceptione.* (44. 4.) Vergl. *Sell a. a. O. Th. 1. S. 49—51.*

18) L. 53. D. 50. 17. L. 1. §. 7. D. *de his, qui effuderint.* (9. 3.)

19) L. 3. §. 12. D. *de peculio.* (15. 1.)

20) L. 5. D. *de conditione furtiva.* (13. 1.) L. 4. D. *ibid.*

21) L. 16. D. *de vi.* (43. 16.)

22) L. 1. §. 20. D. 43. 16. L. 3. pr. D. *commodati.* (13. 6.) L. 12. §. 1. D. *de distractione pignorum.* (20. 5.) L. 3. D. *de conditione indebiti.* (12. 6.)

23) L. 14. §. 1. D. *de rebus auctoritate iudicis.* (42. 5.) L. 52. D. *de rei vindicatione.* (6. 1.) Vergl. L. 1. pr. D. *de praescriptis verbis.* (19. 5.)

der Fall bei Procuratoren²⁴), bei Tutoren und Curatoren²⁵) und bei den Decurionen, welche das städtische Vermögen verwalten²⁶). d) Diejenigen, welche fremde Sachen im guten Glauben besitzen und den, welcher ein Recht daran hat, entschädigen müssen, können nur auf so viel verurtheilt werden, als sie durch den Besitz reicher geworden sind²⁷). e) Der Besitzer fremder Sachen im bösen Glauben kann den Erfaß der nothwendigen und nützlichen Auslagen verlangen, inwiefern der Eigenthümer der Sachen durch die Verwendung derselben bereichert worden ist²⁸). Nur der Dieb kann nicht einmal die nothwendigen Auslagen ersetzt verlangen²⁹). f) Wer fremde Geschäfte des eignen Nutzens halber verwaltet hat, kann vom Geschäftsherrn Erfaß seiner Auslagen verlangen, in wie weit der Letztere dadurch bereichert worden ist³⁰). Alle Klagen, welche aus einem Delicte entspringen, gehen nur insoweit passiv auf die Erben über, als diese durch das Delict ihres Vorgängers bereichert worden sind³¹). Man glaubte nämlich durch diese Annahme eine Art von Rechnungsfehler zu verbessern, d. h. die gegen das natürliche Billigkeitsgefühl entstandene Ungleichheit auszugleichen³²). g) Die persecutorischen Klagen, welche aus dem prätorischen Edicte entstehen, dauern auch nach dem Ablaufe der Jahresfrist fort, insoweit der Beklagte bereichert worden ist³³). h) Die Einführung der Conditionen und ihres Systems wird von den römischen Juristen auf den Grundsatz zurückgeführt, daß sich Niemand zum Schaden des Anderen bereichern dürfe³⁴). i) Wer fremde Gelder als Procurator verwaltet und aus denselben Zinsen zieht, wird verbindlich, diese Zinsen dem Geschäftsherrn sammt dem Capitale auszuantworten³⁵). k) Wer durch Accession oder Specification im guten Glauben Eigenthum an einer fremden Sache erwirbt, muß den Werth der von ihm eigenthümlich erworbenen fremden Sache ersetzen, so weit er da-

24) L. 15. §. 2. D. de dolo malo. (4. 3.)

25) L. 4. §. 23. D. 44. 4. L. 15. pr. D. de dolo malo. (4. 3.) L. 3. D. quando ex facto tutoris. (26. 9.)

26) L. 15. §. 1. D. 4. 3.

27) L. 3. D. 12. 6. L. 20. §. 6. D. 5. 3.

28) L. 38. D. 5. 3. C. 5. C. de rei vindicatione. (3. 32.)

29) L. 13. D. de conditione furtiva. (13. 1.)

30) L. 6. §. 3. D. 3. 5.

31) L. 3. pr. D. 43. 16. L. 9. pr. D. ibid. L. 5. D. de calumniatoribus. (3. 6.) L. 35. D. de obligationibus et actionibus. (44. 7.) L. 16. §. 2. D. quod metus causa. (4. 2.) L. 28. D. de dolo malo. (4. 3.) C. un. C. ex delictis defunctorum. (4. 17.) L. 10. §. 24. u. 25. D. quae in fraudem creditorum. (42. 8.) L. 11. D. ibid. Vergl. Sell a. a. D. Th. 1. §. 73.

32) L. 29. D. 4. 3.

33) L. 35. D. de obligationibus et actionibus. (44. 7.) L. 10. §. 24. D. quae in fraudem creditorum. (42. 8.) Vergl. Sell a. a. D. Th. 1. §. 75 flg.

34) L. 14. D. 12. 6. L. 66. D. ibid. Vergl. Sell a. a. D. Th. 1. §. 77 flg.

35) L. 10. §. 3. D. mandati vel contra. (17. 2.)

durch ohne rechtlichen Grund zum Nachtheile des früheren Eigenthümers bereichert worden ist³⁶). Der, welcher auf diese Weise sein Eigenthum verloren hat, erhält zur Entschädigung eine in factum actio, auch wird dem Besitzer der Sache die exceptio doli mali gegen die Eigenthumsklage des neuen Erwerbers gestattet³⁷). 1) In manchen Fällen, wo keine zu Recht bestehende Zahlung vorliegt, wird die Gültigkeit derselben aus hinzutretenden Umständen gefolgert, weil Niemand sich zum Schaden des Anderen bereichern darf³⁸); z. B. wenn ich Jemandem Geld gebe, daß er damit einen meiner Gläubiger bezahle, und der Empfänger des Geldes dasselbe an den Letzteren nicht in meinem, sondern im eignen Namen aushändigt, so tritt nach strengem Rechte für mich keine Liberation ein; gleichwohl wird die Zahlung in Bezug auf den ersten Empfänger des Geldes für gültig angesehen, wenn der Letzte dasselbe ohne Arg ausgegeben hat³⁹). Auch wenn ein Pupill ohne Autorität seines Vormundes in der Absicht, ein Geschäft zu contrahiren, oder eine Verbindlichkeit zu erfüllen, eignes Geld hingegeben hat, ist die Zahlung in jeder Beziehung für nicht geschehen, zu betrachten⁴⁰), und es kann mithin aus derselben weder die beabsichtigte Obligation, noch eine Liberation entstehen; vielmehr steht es dem Mündel frei, so lange die Geldstücke noch vorhanden sind, die rei vindicatio oder die ad exhibendum actio zu brauchen. Hat aber der Empfänger derselben die Geldstücke bereits ausgegeben, so wird die Zahlung ex postfacto für gültig erachtet, und es tritt dann mithin die vom Pupillen beabsichtigte Obligation oder Liberation ein, damit der Empfänger des Geldes nicht ohne Grund sich bereichere. Deshalb wird auch im ersteren Falle die Condictio gestattet⁴¹). Endlich kann auch nach dem strengen Rechte die Zahlung, welche der Schuldner des Pupillen an denselben ohne Einwilligung seines Vormundes macht, nicht für gültig erachtet werden und keine Liberation daraus entstehen⁴²). Doch wird der Pupill durch die Zahlung Eigenthümer der Geldstücke und kann, wenn dieselben amnoch vorhanden sind, durch die später gegen seinen Schuldner anzustellende Klage aus der Obligation nichts erlangen, da dem Beklagten die doli exceptio gestattet wird⁴³). — Manche Rechtsgelehrten gehen noch weiter und erblicken in der Verbindlichkeit des Herrn oder Vaters, das von seinem Sklaven oder Haussohne aufgeborgte und zu seinem Nutzen verwendete Geld zu ersetzen

36) L. 23. §. 4. D. 6. 1. L. 7. §. 12. D. 41. 1. L. 9. pr. D. ibid. §. 26—32. J. de rerum divisione. (2. 1.)

37) L. 23. §. 5. D. 6. 1.

38) Vergl. Cell a. a. D. Th. 1. S. 106—108.

39) L. 17. pr. D. 46. 3. L. 61. D. ibid.

40) L. 14. §. 8. D. 46. 3. L. 9. §. 2. D. de auctoritate et consensu, (26. 8.) L. 19. §. 1. D. de rebus creditis, (12. 1.) Theoph. paraphr. inst. II. 8. §. 2. ed. Reitz tom. I. p. 312.

41) L. 19. §. 1. D. 12. 1. Theoph. paraphr. inst. II. 8. §. 2.

42) L. 15. D. 46. 3. §. 2. Inst. quibus alienare licet vel non licet. (2. 8.) Theoph. par. inst. II. 8. §. 2. tom. I. p. 313.

43) L. 15. D. 46. 3.

(in rem versio), eine Wirkung unseres Grundsatzes⁴⁴⁾; inselbchen hat man die negotiorum gestorum actio contraria auf diesen Grundsatz zu stützen gesucht⁴⁵⁾; selbst die Lehre vom interusurium hat man versucht aus demselben zu erklären⁴⁶⁾; endlich hat man es nicht unterlassen, die Verfügung der lex Rhodia, daß, wenn im Sturme, um das Schiff zu erleichtern, Waaren über Bord geworfen worden sind, diejenigen, deren Waaren dadurch gerettet werden, nach Verhältnis zum Erfasse der über Bord geworfenen Waaren zusammensteuern sollen, mit unserm Grundsatz in Verbindung gebracht⁴⁷⁾.

Mit dem eben erörterten Grundsatz, daß sich Niemand zum Schaden des Anderen bereichern dürfe, hängt ein anderer Grundsatz des römischen Rechtes zusammen, welcher freilich nur wenig beachtet worden ist. Es ist der, daß Niemand es sich gefallen zu lassen braucht, daß er einen Vermögensschaden zur Bereicherung eines Dritten erleide. Die römischen Rechtsquellen unterscheiden diesen Grundsatz genau von dem zuerst angegebenen⁴⁸⁾ und führen auch ihn auf den Begriff des bonum et aequum zurück. Daß aber auch dieser Grundsatz allgemeiner Natur ist, ergibt sich theils daraus, daß er mit dem anderen zusammengestellt wird, theils daraus, daß sich mehrere unzweifelhafte Anwendungen desselben in dem Pandectenrechte vorfinden. Die vorzüglichsten sollen gleich hier zusammengestellt werden. 1) In Fällen, wo der Grundsatz, daß Niemand sich zum Schaden des Anderen bereichern dürfe, den Bereicherten die Verpflichtung auferlegt, einen Dritten zu entschädigen, darf diese Verpflichtung nicht auf Leistungen bezogen werden, durch welche dem Verpflichteten ein Vermögensschade zugesügt werden würde⁴⁹⁾. 2) Das dem Ehemanne bei der Rückgabe des Heurathsgutes wegen der von ihm auf dasselbe verwendeten impensae voluptuariae zustehende ius tollendi kann an den Dotalsachen von demselben nur insofern ausgeübt werden, als diese eine solche Trennung zulassen und die Ehefrau dadurch keinen solchen Vermögensschaden erleidet⁵⁰⁾. 3) Das dem Besitzer einer fremden Sache in der Eigenthumsklage wegen der utiles impensae zugestandene ius tollendi kann nur in so weit von demsel-

44) 3. B. Puchta, Lehrbuch der Pandecten §. 312. C. 340.

45) L. 14. §. 1. D. de rebus auctoritate iudicis. (42. 5.) Vgl. Sell a. a. D. Th. 1. C. 39. und Puchta a. a. D. C. 340.

46) L. 10. §. 12. D. quae in fraudem creditorum. (42. 8.) Vgl. Sell a. a. D. C. 89.

47) L. 1. D. de lege Rhodia de iactu. (14. 2.) L. 2. pr. D. ibid. Vgl. Sell a. a. D. Th. 1. C. 98—101.

48) L. 6. §. 2. D. 23. 3. Quia bono et aequo non conveniat, aut lucrari aliquem cum damno alterius, aut damnum sentire per alterius lucrum.

49) L. 3. pr. D. de vi. (43. 16.) L. 3. pr. D. de tributaria actione. (14. 3.)

50) L. 9. D. de impensis in res dotales factis. (25. 1.) L. 43. §. 1. D. de legatis I. (30.) C. un. §. 5. C. de rei uxoriae actione tollenda. (5. 13.)

ben geltend gemacht werden, als die Sache, auf welche dieselben verwendet worden sind, darunter nicht leidet⁵¹⁾. 4) Wenn eine privilegierte Person einer anderen, gleichfalls privilegierten Person Selb als Darlehn hingegeben und die letztere dasselbe vergeudet hat, so kann die erstere nicht von ihrem Privilegium zum Schaden der letzteren Gebrauch machen⁵²⁾. 5) Wenn zum Behufe der Bestreitung der Beerdigungskosten die vom Verstorbenen legitimen Sachen angegriffen und verkauft werden, so kann der Käufer derselben späterhin vom Legatar nicht in Anspruch genommen werden, wenn der Erbe nach dem Antritte der Erbschaft den Legatarien nicht zu entschädigen vermag⁵³⁾. 6) Legatarien, welche aus einer cum beneficio inventarii angetretenen Erbschaft die ihnen vermachten Stücke erhalten haben, können, wenn unbekannte Erbschaftsschuldner zu Tage kommen, von diesen Gläubigern zur Rückgabe der Sachen gezwungen werden, wenn gleich dieselben den Erben, welcher die Legate ausgezahlt hat, nicht verklagen dürfen⁵⁴⁾.

Grimbach.

Bergrecht. Da die Geschichte des Bergbaues¹⁾ in Deutschland auch für das Bergrecht von Bedeutung ist, indem dessen Entwicklung Bergbau nothwendig voraussetzt und somit dieser das Alter jenes, daher zugleich aber auch dessen ursprünglichen Character theilweis bedingt, so erscheint hier eine andeutende Uebersicht der Geschichte²⁾ des Bergbaues nicht überflüssig.

Wenn man auch oft noch dem Bergbau in einzelnen Ländern ein zu hohes Alter beilegt und dessen Aufnahme mit manchem Märchen ausschmückt, so ist es doch gewiß, daß sich schon zu der Zeit, als die Deutschen mit den Römern in Verbindung standen, Anfänge des Bergbaues bei uns vorfinden. Denn obgleich Tacitus in der Germania c. 5. sagt: man wisse in Deutschland nichts von Gold- und Silbergängen, so erwähnt er doch c. 43. selbst, daß die Gothinnen Eisen gruben. Dann spricht er in den Annalen XI. c. 20. von den Silber-

51) L. 37. D. 6. 1. L. 38. D. ibid. C. 5. C. de rei vindicatione. (2. 82.)

52) L. 34. pr. D. 'de minoribus. (4. 4.) L. 11. §. 6. D. ibid. L. 91. §. 3. D. de verborum obligationibus. (45. 1.)

53) L. 14. §. 1. D. de religiosis. (11. 7.)

54) C. 21. §. 5. C. de iure deliberandi. (6. 30.)

1) Ueber die Bedeutung des Wortes Bergbau vergl. Freiesleben, Darstellung der Grundlagen der sächsischen Bergwerksverfassung u. s. w. 1837. §. 1.

2) Engels, über den Bergbau der Alten in den Ländern des Rheines und der Lahn 1818. Gmelin, Beiträge zur Geschichte des deutschen Bergbaues 1783. (Kloßsch), über den Ursprung der Bergwerke in Sachsen 1764. Sperges, tyroler Bergwerksgeschichte 1765. Meyer, Geschichte der Bergwerksverf. des Harzes im Mittelalter 1817. Steinbeck, Entwurf einer Geschichte der schlesischen Bergwerksverf. 1827. Rosch, Versuch einer Geschichte des Bergbaues in Deutschland 1829. Graf Kasper v. Sternberg, Umriss einer Geschichte der böhmischen Bergwerke u. s. w. 1. Bd. 1. Abth. 1836. 2. Abth. 1837. Bd. II. 1838.

gruben, welche die Römer in *agro mattiaco* (Tannusgebirge) anlegten, ob es gleich, wie er hinzufügt, mit wenig Erfolg geschah. Berühmt war übrigens bei den Alten das norische Eisen, welches man in dem heutigen Steyermark fand. Aus den folgenden Jahrhunderten wissen wir fast gar nichts über den Bergbau, und selbst in dem oft gedachten *Capit. de villis* c. 62. von Karl d. Gr. werden nur Eisen- und Bleigruben auf kaiserlichen Gütern erwähnt, ohne daß dabei auf eine Bergregalität hingedeutet würde. Ueberhaupt darf es nicht übersehen werden, daß wir aus dieser Periode noch keine Spuren eines besonderen Bergrechtes in unseren einheimischen Quellen finden, und daß auch die ältesten bergrechtlichen Denkmäler aus der folgenden Zeit sich auf kein früheres Recht berufen.

Der böhmische Bergbau soll zwar bis in das siebente Jahrhundert hinaufreichen, indefs läßt er sich nach neueren Untersuchungen urkundlich nur bis in das 12. Jahrhundert zurückführen³⁾. Der Bergbau am Harze, der unter Heinrich I. am Rammelsberge bei Goslar, wie viele Chronisten erzählen, aufgenommen wurde, obgleich ihn bessere Quellen erst in der Zeit Otto d. Gr. etwa 968 erwähnen, bleibt daher doch der erste bedeutende im eigentlichen Deutschland⁴⁾. Der Anfang des meißnischen Bergbaues, in der Gegend des bald darauf gegründeten Freiberg, läßt sich dagegen urkundlich nicht weiter zurückführen als in die Zeit Markgraf Otto des Reichen⁵⁾ (1168, 1169). Die auf dieses Ereigniß Bezug habenden Urkunden sind für die Geschichte des Bergregals und die sogenannte Freierklärung des Bergbaues sehr lehrreich. Eine weitere Angabe der allmählig erfolgten Aufnahme des Bergbaues in verschiedenen anderen Territorien gehört nicht weiter herbei, wohl aber die Bemerkung, daß sich erst seit dem Ausgange des 12. Jahrhunderts bestimmte bergrechtliche Gebräuche zu bilden anfangen, und somit auch das älteste Bergrecht den Geist des Rechtslebens jener Zeit in sich trägt und fortentwickelt hat.

Das Bergrecht⁶⁾ im weiteren Sinne umfaßt alle das Berg-

3) Sternberg, *Umriffe* Abth. 1.

4) Mayer, *Gesch.* S. 1 flg.

5) (Kloßsch), über den Ursprung.

6) Die vorzüglichsten hierher gehörigen Schriften sind folgende: Span, *Bergurtheile* 1636. Schönberg, *Berginformation* 1693. Hertwig, *Bergbuch* 1743. Beyer *otia metallica* 1748. Köhler, *Anleitung zu den Rechten und der Verfassung bei dem Bergbau im Königreich Sachsen*, 2. Ausg. 1824. Haße, *Commentar über das Bergrecht u. s. w.* Schulz, *Handbuch des preussischen Bergrechtes* 1820. Jung, *Bergrecht* 1823. Karsten, *Grundriß der deutschen Bergrechtslehre u. s. w.* 1828. in den österreichischen Staaten 1822. Lausch, *Handbuch des Bergrechtes in Oesterreich*, 2. Ausg. 1834. Schmidt, *Versuch eines böhmischen Bergrechtes*, 2. Th. 1833. Reppmann *quaest. iur. metal.* 1802. Wenk *de dominio partium met.* 1814. Biedermann *de iuribus singul. avrovγwv metal.* 1810. F. A. Schmid, *Archiv für Bergwerksgeschichte und Bergrecht*, 1828 und 1829. Meyer, *bergrechtliche Beobachtungen*, 1803. Herder *de iure quadraturae metal.* 1801.

wesen oder den Bergbau betreffende rechtliche Vorschriften; im engeren Sinne ist es aber der Inbegriff der Rechtsgrundsätze, die sich auf die Erlangung des Bergeigentumes und die daraus fließenden Verhältnisse sowie auf den Verlust desselben beziehen. Die gewöhnliche Eintheilung des Bergrechtes in Staats- und Privatbergrecht ist unhaltbar und nachtheilig; sie beruht theils auf einer Vermischung des eigentlichen Bergrechtes mit der Bergwerksverwaltung, theils auf einer unrichtigen Ansicht vom Bergregal. Uebrigens führt sie zu Wiederholungen oder zu einem nachtheiligen Zerreißen der darzustellenden Lehren. Gleichwohl findet sie sich in den meisten Lehrbüchern des Bergrechtes vor. Ueber die Existenz eines gemeinen teutschen Bergrechtes, als einer Art des *ius non scriptum* 7), gilt dasselbe, was über das gemeine teutsche Privatrecht überhaupt angenommen wird, und die einzelnen Landesgesetze verweisen oft auf dasselbe als anwendbares Recht 8). Endlich ist nicht unbemerkt zu lassen, daß sich das Bergrecht von dem Einflusse des römischen Rechtes mehr als andere Rechtsheile frei erhalten und selbstständig ausgebildet hat.

Die älteste auf uns gekommene Quelle 9) des Bergrechtes ist das Bergrecht von Jglau; es ist um's Jahr 1250 aufgezeichnet worden, und zwar zunächst lateinisch, dann bald aber in's Teutsche übertragen. Merkwürdig ist es, daß selbst in dem lateinischen Texte viele teutsche, nicht böhmische Bergmannsausdrücke vorkommen 10). Der Bergbrief des Bergrichters Leonhard Eckhaim zu Schladming in Steyer von 1308 ist die Grundlage für das tyroler und bayer'sche Bergrecht geworden 11). Das älteste Bergrecht von Goslar, angeblich von 1186, ist nicht mehr vorhanden, doch sind die *iura et libertates silvanorum* von 1271, die auch bergrechtliche Bestimmungen enthalten, zu beachten 12); außerdem ist das älteste auf uns gekommene Bergrecht von 1359. Während schon die culmische Handfeste von 1232 rücksichtlich des Bergrechtes auf das *ius fribergense* verweist 13), haben wir, abgesehen von der schriftlichen Anerkennung des Bergschöffenstuhles zu

7) Mittermaier, Grundsätze des teutschen Privatrechtes, 5. Ausg. S. 242.

8) J. B. Meyer, bergrechtl. Beobachtungen 1. Beob. S. 21. Bayer'sche Bergordnung von 1784.

9) Bergl. Hake Commentar 1. Cap.

10) Vergl. Sternberg, Umriffe Bb. 2. S. 8 flg. abgebr. bei Dobner mon. hist. boemiae, T. IV. p. 191 sq. Peithner von Lichtenfels, Verf. einer Bergwerksgesch. F. A. Schmidt, Archiv für Bergrecht Heft 2. S. 187. F. A. Schmidt, Sammlung der Berggesetze der österreichischen Monarchie, Bb. 1. S. 1. Auf eine neue Handschrift desselben macht von Thüngen, das sächsische Reichsbild 1837, aufmerksam.

11) Eori, Sammlung der bayer'schen Berggesetze S. 4.

12) Wagner corp. iur. met. p. XXX. und p. 1021. Bruns, Beiträge zu den teutschen Rechten des Mittelalters S. 175. Meyer, Geschichte S. 35.

13) Spangenberg, Beiträge zu den teutschen Rechten im Mittelalter S. 210.

Freiberg¹⁴⁾ von 1255, vor dem Ende des 13. Jahrhunderts keine Kunde von einem geschriebenen freiberger oder meißner Bergrechte. Das Stadtrecht von Freiberg (1294—1307) bezieht sich nur in einigen Artikeln auf die Bergwerksverfassung. Wichtiger ist aber der freiberger Eoder vom Bergrechte, der auch das iglauer Bergrecht enthält¹⁵⁾. — Seit der Ausbildung der Landeshoheit errichteten die Landesherren Bergordnungen¹⁶⁾, welche bald auf das ganze Bergwesen bezügliche Bestimmungen feststellen, bald nur mit einzelnen Zweigen desselben sich beschäftigen. Jedenfalls enthalten sie aber weit mehr Bergverwaltungsvorschriften, Instructionen für Beamte, Regeln, nach denen Verschiedenes, selbst Technisches bei dem Bergbau einzurichten ist, als eigentliche bergrechtliche Rechtsgrundsätze, nach denen bergrechtliche Streitigkeiten zu entscheiden sind. Deshalb sind auch für das Bergrecht Entscheidungen der Berggerichte sowie gründliche, mit Sachkenntnis gearbeitete Werke bergrechtlicher Schriftsteller von vieler practischer Bedeutung¹⁷⁾. — Zu den wichtigsten Bergordnungen der einzelnen Staaten gehört die für Sachsen vom 12. Juni 1589¹⁸⁾; sie ist auch Hilfsquelle für andere Länder geworden, namentlich gilt sie als solche in einem Theile von Bayern, in Schweden und Dänemark. Dagegen ist die joachimsthäler Bergordnung von 1548, die als Grundlage der meisten späteren Berggesetze erscheint, in Sachsen gesetzlich als Hilfsrecht anerkannt¹⁹⁾. Aus der neueren Zeit ist noch die bayerische Bergordnung vom 6. Mai 1784²⁰⁾ und das preussische Landrecht Th. II. Tit. 16 zu bemerken.

Das Bergregal²¹⁾. Das Erkennen des Werthes des Bergbaues veranlaßte aus sehr nahe liegenden und natürlichen Gründen die deutschen Kaiser schon seit dem 11. Jahrhundert zu den Versuchen, ein Bergregal zu begründen²²⁾, wozu auch der Umstand beitragen mochte, daß der Bergbau am Harze auf kaiserlichen Domänen betrieben wurde.

14) Cod. Aug. Sax. T. II. p. 74.

15) (Kloßsch), Ursprung, im Anh. Nr. 1, 2.

16) Besonders beachtungswerth, namentlich für das ältere Recht sind: Constitutiones iuris metallici Wenceslai II. reg. Boem.; nach F. A. Schmidt, Sammlung der Berggesetze Th. 1. S. 7. um 1280, nach Sternberg, Umriffe B. II. S. 66, richtiger nicht vor 1300 gegeben. Sie sind wahrscheinlich von dem ganz römisch-rechtlich gebildeten Petrus Arbivertanus bearbeitet. Abgedr. bei Schmidt, Sammlung Th. 1. S. 7—119.

17) Vergl. die Note 6 angegebenen Werke. Saxe, Commentar §. 51.

18) Cod. Aug. Sax. T. II. p. 185.

19) Sie gründet sich auf die gräflich Schlick'sche. Der Appendix der joachimsthäler Bergordnung ist vom Bergmeister Enderlein zu Joachimsthal von 1556. Sternberg, Umriffe Th. II. S. 291 fg.

20) Die wichtigeren Bergordnungen der verschiedenen Staaten finden sich auch in verschiedenen Sammlungen: Deucer corp. iur. met. 1624. Die beste ist Wagner corp. iur. met. 1791, doch sind hier die königl. sächsischen Berggesetze ausgeschlossen, die besonders gesammelt werden sollten.

21) Horn de regali metalli fodinarum iure 1746. Wagner, über den Beweis der Regalität des deutschen Bergbaues 1794.

22) Härtmann, Geschichte der Regalien S. 66 fg. Rittermaier, Grundsätze §. 241. n. 5 u. 6.

Wenn auch seit dieser Zeit kaiserliche Verleihungen von Bergwerken vorkommen, so wird doch erst von Friedrich I. das Dasein eines Bergregals mit Nachdruck gegen die Fürsten geltend gemacht, so daß sie auch den schon betriebenen Bergbau von ihm zu Lehen nehmen mußten²³⁾. Es läßt sich allerdings auch nicht leugnen, daß die Kaiser, wie sich aus vielen Urkunden ergibt, ein Bergregal in der Art in Anspruch nahmen, daß nur ihnen oder denen, die sie mit demselben belehnten, ein Eigenthum an den als regal bezeichneten Fossilien zustehet. Uebrigens war man über die Bedeutung dieses Regals insofern, wie sich aus den Urkunden ergibt, nicht einig, als man bald die Regalität auf die unter der Erdoberfläche befindlichen regalen Fossilien überhaupt erstreckte, bald nur auf die, welche vermöge bestimmter Berggebäude (*argenti fodinae*) gebaut wurden. Die letztere Ansicht wurde die gewöhnliche. Ob sich nun gleich das Bergregal in dem Sinne, daß es ein Eigenthum gewähre, schon für die nächstfolgende Zeit nicht geltend machen konnte, vielmehr eine ganz andere Bedeutung erhielt, so finden wir doch, daß man vorzüglich von Seiten der Juristen, verleitet durch manche irrige Ansicht über die Regalität überhaupt, bis auf die neuere Zeit den gedachten Begriff des Bergregals beibehielt oder wenigstens stillschweigend voraussetzte; denn eine feste Begründung desselben vermißt man fast allenthalben²⁴⁾. Es darf dabei nicht übersehen werden, daß auch spätere Gesetze noch von dem Bergregale im ursprünglichen Sinne sprechen²⁵⁾, dieß gleichwohl aber nur ein Beibehalten der üblich gewesenen Redeform ist, ohne daß sich damit auch noch die alte Bedeutung vereinbaren ließe. Wir wollen nun im Folgenden versuchen, den wahren Sinn des Bergregals geschichtlich zu entwickeln, und wenden uns deshalb zunächst zu der bekanntesten Stelle der goldenen Bulla. Hier heißt es a. 9. §. 1: *Declaramus, quod principes electorales universas auri et argenti fodinas etc. — tenere iuste possint et legitime possidere, cum omnibus iuribus, nullo prorsus excepto, prout possunt seu consueverunt talia possideri.* Allerdings werden auch in diesem Reichsgesetze wie in früherem kaiserlichen Belehnungsurkunden den gedachten Fürsten die Bergwerke selbst zugesprochen. Legt man aber, wie dieß nothwendig geschehen muß und wie sich weiter ergeben wird, den Hauptwerth auf die letzteren Worte der fraglichen Stelle, und untersucht man nun, in wie weit die Fürsten ein Eigenthum in Anspruch zu neh-

23) Siehe Urkundenangabe bei Mittermaier, Grundsätze §. 241. n. 9—10. Freiesleben, Darstellung §. 2.

24) Freiesleben, Darstellung §. 2 u. 3.

25) 3. B. Eingang der Bergordnung für die Landgrafschaft Thüringen von 1563: „Daß die Bergwerke, Metalle und Bergarten — den Kurfürsten und Landgrafen in Thüringen nicht allein von hoher landesfürstlicher Obrigkeit wegen und Kraft seiner Regalien — gebühren.“ Gleichwohl war der Bergbau frei. Zu bemerken ist noch, daß in den Bergordnungen nur selten von dem Bergregal gesprochen wird; in den königlich sächsischen findet es sich erst seit der Mitte des 17. Jahrhunderts. Vergl. preussisches Landrecht II. 16. §. 69.

men und durchzusetzen im Stande waren und was sich deshalb als Gewohnheitsrecht ausgebildet hat, so tritt ein ganz anderes Resultat hervor. Es ergibt sich, wie das *fodinas possidere* von Seiten der Kurfürsten keine Wahrheit ist; wie man aber doch wenigstens der Form nach das allerdings anfänglich in Anspruch genommene Recht auf die Bergwerke selbst zu retten und beizubehalten suchte; wie es sich hier um einen stehend gewordenen Ausdruck, um einen gewissen Curialstyl handelt. Die Geschichte der Bergwerke und der Berggesetzgebung der einzelnen Länder und namentlich die Böhmens, welches doch in Bezug auf die goldene Bulle ganz besonders in Frage steht, lehrt ganz deutlich, daß die Könige dieses Landes gerade zu der gedachten Zeit das Bergregal keineswegs in der Art hatten, daß der gesammte Bergbau als ihr Eigenthum erschienen wäre. Nicht nur nach den iglauer Bergrechten befindet er sich durchweg in den Händen von Privatpersonen, so daß der König nur eine gewisse Aufsicht über denselben führte und bestimmte Abgaben erhielt, vielmehr treffen wir dieselben Grundansichten auch in den vom König Wenzel II. ums Jahr 1300 herausgegebenen Berggesetzen. In diesen spricht er sich selbst keineswegs das Bergregal in dem Sinne zu, daß es ein Eigenthumsrecht an den Bergwerken begründet, und dieß ist um so schlagender, als er selbst keinen Anspruch auf ein Bergregal in dem fraglichen Sinne macht, während man in Betreff des iglauer Bergrechtes sowie jedes anderen, welches von den Bergbautreibenden selbst abgefaßt wurde, sagen könnte, es enthalte dieß von der Gegenpartei und nicht von dem Inhaber des Bergregals ausgegangene Bestimmungen. Jene Berggesetze Wenzel's sind vollkommen ebenso auf den Betrieb des Bergbaues durch Privatpersonen berechnet, als es die aus unserer Zeit sind. Sie sind es, welche uns die Rechte und Ansprüche des Königs in Betreff des Bergwesens nachweisen; sie sind es, aus denen die Schlussworte obiger Stelle der goldenen Bulle erklärt werden müssen, und gegen eine solche authentische Erklärung muß gewiß eine bloße althergebrachte Curialformel zurückstehen. Man kann dafür auch das noch erwähnen, daß, während Heinrich VI. die freiberger Bergwerke allerdings selbst für sich kraft der Regalität in Anspruch nehmen wollte, was ihm freilich nicht gelang²⁶⁾, Kaiser Albrecht 1303 in Bezug auf Böhmen denselben Versuch nur in Bezug auf die Urbure machte; zum deutlichen Beweise, daß er unter dem Bergregale nicht die Bergwerke selbst, sondern nur die Urbure, den Zehent begriff²⁷⁾.

Zugleich muß man aber auch bedenken, daß der Bergbau von Alters her als ein dem Grundeigenthümer zustehendes Nutzungsrecht, welches er selbst ausüben oder Anderen überlassen konnte, angesehen ward²⁸⁾. Daher kommen die Bergwerke oft als Zubehör von Gütern vor, und die Fürsten betrieben den Bergbau auf ihren Domänen ohne kaiserliche

26) Freisleben, Darstellung S. 23.

27) Sterberg, Umriffe Bb. II. S. 139.

28) Hüllmann, Gesch. d. Regal. S. 66. Mittermaier, Grundzüge §. 241. Note 7 u. 8.

Verlesung. Namentlich hält auch der Sachsenspiegel nach der gewiß richtigen Erklärung an dieser Rechtsansicht fest, so daß er das Bergregal noch gar nicht anerkennt. Die so oft besprochene und bestrittene Stelle lautet so: I. a. 35. Al schat under der erde begraven beper den ein pfluch ga, die hort to der koningliken gewalt. Silver ne mut of nesman breken up enes anderen mannes gude ane des willen des de stat is; gîft he's aver orlof, de vogedie is sin dar over. Merkwürdiger Weise hat man fast allgemein sich nur an den ersten Satz des Artikels gehalten und dabei den zweiten hierher gehörigen unbeachtet gelassen²⁹⁾. Man stritt sich nur, ob das Wort: Schatz, Erz oder den thesaurus bezeichne. Erwägt man aber, daß schon der Schwabenspiegel c. 222 die Aufschrift stellt: Wer Schatz unter die Erde begräbt, so sieht man, daß hier nur vom thesaurus die Rede sein kann. Nimmt man dann noch dazu, daß der zweite Satz unseres Artikels offenbar den Gegensatz zum ersten bilden soll, oder daß, wenn man in dem ersten die Regalität des Erzes ausgesprochen findet, der zweite damit in klarem Widerspruche steht, so sieht man, wie diese Erklärungsweise falsch sein muß, und man mag auf dieselbe theils durch die Vorliebe für das Regalitätsprincip, theils durch die, auf den ersten Anblick bestrebende, Regalität des Schazes gekommen sein³⁰⁾. Faßt man dagegen den Artikel in seiner richtigen Verbindung auf und betrachtet man nur den zweiten Theil, der vom Silber handelt, als hierher gehörig, so ist es einleuchtend, daß er der Regalität desselben und überhaupt der gewisser Fossilien geradezu entgegentritt. Beachtenswerth ist es aber noch, daß der Sachsenspiegel auch darauf Rücksicht nimmt, daß die Grundeigentümer ihr Recht, Bergbau zu treiben, Anderen so überließe, daß sie sich die Vogtei über den Bergbau vorbehalten. Unter dieser ist aber wohl kein dominium directum zu verstehen³¹⁾, vielmehr ein Inbegriff von Rechten, die denen analog waren, welche sich in der Hand des Landesherren in Bezug auf das ganze Territorium als Bergregal ausbildeten.

Die besprochene Stelle ist insofern besonders wichtig, als sie lehrt, wie das durch das Volk fortgebildete Recht zu der Zeit noch fest an der älteren, das Bergregal ausschließenden Ansicht hielt, als es die Kaiser schon mit Nachdruck in dem oben bezeichneten Sinne in Anspruch nahmen. Man sieht somit, daß in damaliger Zeit in Bezug auf die Betreibung des Bergbaues sich entgegenstehende Grundsätze vorhanden waren. Unverkennbar ist es, daß auch in der Folge der eine den anderen nicht unbedingt überwältigte, daß vielmehr in gewisser Hinsicht eine Verschmelzung beider erfolgte. Aus dieser ging das Bergregal in der Bedeutung, die es für die folgenden Zeiten erhielt, hervor. Die Inhaber des Bergregals im ursprünglichen Sinne begaben sich nämlich

29) Vergl. Meyer, Gesch. S. 3.

30) Daraus erklärt sich die authentische Auslegung des Sachsenspiegels durch die sächs. const. 53. P. II., vermöge der das Bergregal in jener Stelle des Sachsenspiegels enthalten sein soll.

31) Dies glaubt Eichhorn, t. St. u. R. G. S. 297. Note k.

des in Anspruch genommenen Rechtes, allein Bergbau zu treiben; sie entsagten der in der Regalität anderwärts liegenden Befugniß eines Eigenthums, und zwar hier an den unter der Erdoberfläche verborgenen, regal erklärten Fossilien, oder an den wirklichen Berggebäuden. Dagegen mußten auch die Grundeigenthümer das ausschließende Recht, auf ihrem Grund und Boden Bergbau zu treiben, oder die Befugniß dazu, gegen Vorbehalt der Voigtei, Anderen zu ertheilen, aufgeben, so daß der Regalitäts Herr die bisherigen Rechte der gesammten Grundeigenthümer seines Territoriums zwar auf sich übertrug, also überall selbst Bergbau treiben konnte, aber dieß zu thun jedem Andern, natürlich auch dem Grundeigenthümer, überlassen und gestatten mußte. Als vermittelnde Uebergangsstufe erscheint der Rechtszustand, während dessen es, wie bei der Verleihung anderer Rechte, von dem freien Willen des Bergherrn abhing, Jemandem das Recht, Bergbau zu treiben, zu verleihen, wovon wir bei der Verleihung des Bergregals (s. unten) noch Spuren haben. Das Bergregal erscheint somit als die Beschränkung des ausschließenden Anspruchs des Grundeigenthümers auf die unter der Erdoberfläche enthaltenen, regal erklärten Fossilien, zum Besten des Regalinhabers und jedes Einzelnen, der Bergbau treiben will, insofern jener das Recht der Verleihung des Bergregals, sowie bestimmte Bergwerksabgaben erhält, Alle aber unter Beobachtung der bergrechtlichen Vorschriften Bergbau treiben dürfen. Zugleich liegt in die dem Bergregale dann auch noch ganz besonders das Recht und Verbindlichkeit des Bergherrn, durch besondere Beamte den Bergbau zu verwalten und beaufsichtigen zu lassen, Berggerichte zu organisiren und Berggesetze zu geben, wovon noch die Rede sein wird. Der Bergbau wurde somit durch die Bergregalität ein freier³²⁾, während andere Regale gerade umgekehrt das Eigenthum der Einzelnen zum Besten des Regalinhabers beschränken.

Es muß hier nämlich sogleich weiter von der später sogenannten Freierklärung des Bergbaues die Rede sein, die zugleich als Beweis für den aufgestellten Begriff des Bergregals dient. Allerdings hat es nicht an Bergrechtsgelehrten gefehlt, welche, verleitet durch eine unrichtige Ansicht vom Bergregal, die sogenannte Freierklärung für die frühere Zeit des Bergwerksbetriebes leugneten und sie als durch bestimmte Gesetze der späteren Jahrhunderte, z. B. des 16., ausdrücklich zustanden und eingeführt betrachteten³³⁾. Sie übersahen dabei, daß ein derartiges Gesetz eine völlige Umwandlung des bisherigen Bergwerksbetriebes hätte zur Folge haben müssen, und daß diese durchaus nicht nachzuweisen ist. Sie bedachten ferner ganz besonders nicht, daß wenn vor dieser Freierklärung der Bergbau nur von den Regalinhabern betrieben, nachher aber Jedem freigegeben worden wäre, die Berggesetzgebung sofort einen ganz anderen Character hätte annehmen, ganz andere Institute erzeugen müssen. Und doch finden wir in den ältesten

32) Freiesleben, Darstellung S. 2.

33) J. B. Köhler, Anleitung S. 126.

auf uns gekommenen Bergrechtsgewohnheiten dieselben Grundeinrichtungen, wie in den späteren Gesetzen, gerade die nämlich, welche den Betrieb des Bergbaues durch Privaten voraussetzen, wie wir oben schon erwähnten. Daher die Bestimmungen über das Jedem zustehende Recht, zu schürfen, über das Recht des ersten Finders, über das Vermessen des Grubensfeldes, über die Abgaben an den Bergheeren.

Besonders wichtig ist für unsere Ansicht folgende Stelle des privilegium culmense von 1232 (Kreßschmer, die culmische Handveste 1832. S. 29.), wo es heißt: Retinemus domui nostrae (dem teutschen Orden) in bonis eorum (civium) venas salis, auri argentine fodinas et omne genus metalli, praeter ferrum, ita ut tamen inventor auri, seu is, in cuius bonis inventum fuerit, idem ius habeat, quod in terris ducis Slesiae in huius modi talibus est concessum. Inventor autem argenti, sive is, in cuius agris inventum fuerit ius sribergense in huius modi inventione perpetua liter obtinebit. Unverkennbar tritt uns hier das Bergregal, in Verbindung mit dem Rechte eines Jeden, schürfen zu dürfen, also mit der sogenannten Freierklärung entgegen. Die Stelle ist aber auch insofern wichtig, als sie auf gleiche Rechtsverhältnisse in anderen Ländern hinweist. Für den ältesten meißnischen oder sächsischen Bergbau deutet sie an, daß auch hier der Markgraf nach dem schon damals ausgebildeten Gewohnheitsrechte den Bergbau nicht allein betrieb, er vielmehr vermöge des Rechtes des ersten Finders von Jedem betrieben werden konnte. Dafür, daß dem so war, ist gewiß auch der Name der Stadt Freiberg beachtungswerth, indem sie da erbaut wurde, wo man die ersten Silbergänge entdeckt hatte, und man nun das für diese Berge geltende Recht, das des freien Bergbaues, auch in dem Namen der neugegründeten Stadt (zum freien Berg) ausdrückte.

Endlich ist auch der in den Bergordnungen⁸⁴⁾ so oft vorkommende Ausdruck: Unser (des Landesherrn) Bergfreies sehr bezeichnend, indem er einmal durch das Unser auf die Abhängigkeit des Bergbaues vom Landesherrn hinweist, sein Regal andeutet, dann aber auch das Wort: Bergfreies die Annahme eines Eigenthums des Bergheeren an den regalien Fossilien ausschließt und die Freierklärung derselben hervorhebt.

Wenn nun auch anzunehmen ist, daß besonders in den Ländern, in welchen der Bergbau vorzugsweise betrieben wird, die sogenannte Freierklärung als Thatsache ohne ausdrücklich gesetzliche Bestimmung⁸⁵⁾ so alt ist, als der lebhaftere Betrieb dieses selbst, so ist doch noch zu bemerken, daß in Ländern, wo der Bergbau z. B. nur im Betriebe einzelner Gruben bestand, eine weitere Ausdehnung dessel-

84) Freiesleben, Darstellung S. 76. Note c.

85) Fast allgemein sucht man die Freierklärung in bestimmten Gesetzen. Für die frühere Zeit widerspricht dies der damaligen Rechtsbildung und für die spätere enthalten die Gesetze nur eine Anerkennung des längst schon bestehenden Verhältnisses.

ben durch die Natur nicht unterstützt wurde, die Freierklärung dem Wesen der Sache nach nicht, oder auch nur erst spät erfolgte. Ebenso kommt es auch vor, daß gewisse Fossilien besonders für frei erklärt wurden, indem sie sich der Bergherr eine Zeit lang nach der ersten Aufindung allein vorbehalten hatte.

Wenn auch ein Bergregal in dem Sinne, in dem es ein Eigenthum an gewissen Fossilien ausdrücken soll, gemeinrechtlich gezeugnet werden muß und der Bergbau als ein freier bezeichnet werden kann, so übten doch die Landesherren vom Anfange an, wie die ältesten Bergrechte lehren, ein Aufsichts- und Leitungs- oder Verwaltungsrecht auf den gesammten Bergbau aus. Dieß erklärt sich geschichtlich ganz einfach dadurch, daß die Kaiser und Landesherren kraft des Bergregals den Bergbau als ihr Eigenthum in Anspruch zu nehmen versuchten, für dessen Betreibung und Verwaltung sie natürlich ihre Beamten anstellten, und diese blieben nun auch, als der Bergbau in die Hände der Privaten kam. Aus eben dem Grunde zogen sie auch aus dem Bergbau der Einzelnen, früher durch Mitbauen, dann durch Bergabgaben unmittelbare Nutzungen. Der Inbegriff der gesammten Rechte und Verbindlichkeiten, die der Staat in Bezug auf den Bergbau hat, spricht sich in der Bergwerksverfassung und Verwaltung der einzelnen Länder aus und wird von den älteren Schriftstellern ebenfalls zum Bergregal gerechnet. Wie man aber in unserer Zeit das eigentliche Regal von den Hoheitsrechten trennt, so bezeichnet man jetzt auch die aus der Staatshoheit in Bezug auf den Bergbau fließenden Rechte als die Berghoheit, zum Unterschiede von dem Bergregale. Indes darf man dabei nicht übersehen, daß die Theorie hier leicht mit den geschichtlich ausgebildeten Verhältnissen in Widerspruch kommen kann, als man die aus der Staatsgewalt fließenden Hoheitsrechte für unverleihbar erklärt, obwohl wir finden, daß die mit dem Bergregal betheiligten Privaten eigene Bergämter und Berggerichte haben, sowie wenigstens früher eigene Bergordnungen erließen. Diese Rechte behält man aber der Berghoheit vor³⁶⁾.

Endlich ist hier der Frage noch zu gedenken, ob das Bergregal und in welchem Sinne es gemeinrechtlich sei. Sie könnte dann von Wichtigkeit werden, wenn in einem Lande, wo bisher noch kein Bergbau betrieben wurde, dieß geschehen sollte. Ein Befehl kann für die allgemeine Bergregalität nicht angeführt werden, indem diese, z. B. der westphälische Frieden Art. 8. nur von der Anerkennung der erworbenen Regalien sprechen, doch dürfte es an anderweiten Gründen für dessen Dasein nicht fehlen.

Das Bergregal wurde seit seiner Ausbildung wie andere Regalien verliehen, und zwar zunächst von den Kaisern an die Landesherren; aber auch von diesen geschah dasselbe, war jedoch oft nur die Form der Anerkennung eines bereits ausgeübten Rechtes (Verleihung des Berg-

36) Maurenbrecher, Grundsätze des deutschen Staatsrechtes §. 211.

regals, in Sachsen Specialverleihung)³⁷⁾. Corporationen und große Grundherren erhielten zuweilen das Bergregal unter Verleihung anderer ähnlicher Rechte zugleich mit dem fraglichen Districte selbst³⁸⁾. Welche Rechte der mit dem Bergregal Beliehene erhielt, kann deshalb schwankend erscheinen, weil es der Begriff des Bergregals selbst ist. Der Lehnbrief muß auch hier als nächste Entscheidungsquelle über die verliehenen Rechte und Gegenstände geltend gemacht werden, wie überhaupt das lehnrechtlich verliehene Bergregal nach den gemeinen Grundsätzen des Lehnrechtes zu beurtheilen ist³⁹⁾. Der Belehnnte ist Bergherr und hat die aus dem Bergregal, nicht aber auch die aus der Berghoheit fließenden Befugnisse, welche dem Staate nothwendig vorbehalten bleiben. Das Eigenthum an den regalen Fossilien, welche sich in dem Reviere befinden, über welches er das Bergregal geliehen erhalten hat, erlangt er aber durch die Belehnung eben so wenig, als es dem Verleiher zustand. Die in dem fraglichen Reviere schon begründeten Rechte auf Betreibung des Bergbaues muß er anerkennen, daher auch die schon früher erfolgte Freierklärung; doch kann die Verleihung auch so erfolgt sein, daß der Beliehene zum alleinigen Betriebe berechtigt ist. Dieß kann seinen Grund darin haben, daß die Belehnung da vorgenommen wurde, wo die Freierklärung nicht eingetreten war, oder darin, daß man annahm, die Freierklärung als das Allgemeinerere könne durch eine besondere Form der Ueberlassung des Bergregals wirkungslos gemacht werden. Dagegen kommt es auch vor, daß sich die Verleihung nur auf gewisse Arten regaler Fossilien erstreckt. Enthält dann das gewonnene Erz dem Werthe, nicht dem Gewichte nach mehr nicht verlohrenes als verliehenes, so wird die fragliche Grube als nicht verliehen angesehen⁴⁰⁾. Eben so können auch nur einzelne Ausflüsse des Bergregals den Inbegriff des Verliehenen bilden, z. B. der Zehnt eines gewissen Revieres oder gewisser Gruben; dann nennt man die Verleihung *concessio minus plena*, zum Unterschiede von der oben gedachten, welche man als *concessio plena* bezeichnet. Die Verleihung des Bergregals war früher nicht ungewöhnlich; jetzt kommt sie dagegen nicht leicht mehr vor, weshalb nur die aus den schon vorgenommenen Verleihungen fließenden Rechtsverhältnisse practisch wichtig werden. Insofern übrigens die Erwerbung eines Regals auch auf andere Weise als durch Belehnung erfolgen kann, findet dieß auch auf das Bergregal Anwendung⁴¹⁾.

Zuweilen wird Jemandem das Recht erblich ertheilt, gewisse regale Fossilien in einem noch im Bergfreien liegenden, nur nach der Erdoberfläche begrenzten, Reviere abbauen zu dürfen, ohne die aus dem Berg-

37) Schönberg, Berginformation P. II. a. 2. Saxe, Commentar §. 89 flg.

38) Rittermayer, Grundsätze §. 243.

39) Mehrere Beispiele finden sich in Köhler, Anleitung zc. S. 118.

40) Span, Bergurtheile n. 479.

41) Eigenthümliche Bestimmungen in Böhmen s. J. F. Schmidt, Bergrecht Bd. I. §. 45 flg.

regal fließenden Rechte zu⁴² erlangen (Specialbelehnung, Erbbelehnung)⁴²); daher muß der Beliehene auch die bergrechtlichen Abgaben, z. B. den Zehnten entrichten. Er braucht aber für die einzelnen Gruben keine Muthung und Bestätigung, auch werden ihm, wenn er einzelne nicht fortbaut, diese nicht freigefahren.

Diese Verleihungsarten unterscheiden sich von der Ertheilung des Bergesigenthums in Folge der Freierklärung mehrfach. Jene gehen nämlich von dem Inhaber des Bergregals selbst aus, und das Recht wird in Form eines Lehens nach lehnrechtlichen Grundsätzen ertheilt; diese erfolgt durch die Bergämter und gibt kein dominium utile, sondern ein eigenthümlich beschränktes Eigenthum; auch das Object desselben ist verschieden, indem es bei der Belehnung mit dem Bergregal dieses selbst ist, hingegen bei der Erwerbung des Bergesigenthums kraft der Freierklärung das verliehene Fossil und Grubenfeld. Jene können nicht verlangt werden, wohl aber kann es diese; jene ertheilen ein bloß nach der Oberfläche begrenztes Recht, diese hat ein bergmännisch bestimmtes Grubenfeld zur Folge; diese steht in nothwendigem Zusammenhange mit dem Schürfen, jene nicht u. s. w.

Nachdem wir gezeigt haben, inwiefern das Bergregal dem Berghehrrn gewisse Befugnisse in Bezug auf regale Fossilien gewährt und zugleich damit die freie Disposition des Grundeigenthümers über dieselben aufhebt, wird es nöthig die Frage zu beantworten, welche Fossilien als regal erscheinen⁴³). Man hat dieselbe durch Aufstellung verschiedener allgemeiner Regeln zu beantworten gesucht, die aber als willkürlich geschaffene Theorien den durch die Umstände sich bildenden Bestimmungen nicht entsprechen können. Man erklärte nämlich alle die Fossilien für regal, welche auf bergmännische Weise ausgebracht werden, oder die, welche nach der Gewinnung noch nicht sofort, z. B. von Handwerkern verbraucht werden können. Eben so wenig kann auch die Concession zur Betreibung eines hier einschlagenden Gewerbes, z. B. der Ziegelbrennerei, Einfluß auf die Beantwortung obiger Frage haben, in soweit nicht hier und da falsche Theorien in die Praxis Eingang fanden. Richtiger ist der Grundsatz, daß das regal sei, was vor dem Feuer besteht.

Wenn schon es nicht wahr ist, daß in der früheren Zeit des Bergbaues nur Gold und Silber als regale Fossilien gegolten haben⁴⁴), so läßt sich doch gemeinrechtlich der Umfang derselben über die edlen Metalle hinaus ausdehnen⁴⁵), so gewöhnlich es auch ist, daß viele

42) Hake, Commentar §. 85. Meyer, bergr. Beob. S. 9. Mit Unrecht nehmen auch hier Einige eine theilweise Ueberlassung der Ausflüsse des Bergregals an. Es liegt hier nur eine andere Erwerbungsform des Bergesigenthums vor als die, welcher man sich bei freierklärtem Bergbau in der Regel bedient.

43) Hake, Commentar §. 65 flg.

44) In alten Urkunden werden oft alle Metalle genannt.

45) Allerdings sprechen fast alle alten wichtigeren Bergordn. die Regalität aller Metalle aus. Hake, Commentar §. 65. Karsten, Bergrechtslehre §. 65 flg. Der in den Gesetzen oft vorkommende Ausdruck: Mineralien

andere werthvolle Fossilien in den einzelnen Ländern als regal erscheinen; ja es gehen einige Bergordnungen, z. B. eine köln'sche und kurhessische, so weit, auch Sand, Thon und Schiefer für regal zu erklären. Nun ist es zwar in den einzelnen wichtigern, Bergbau treibenden Staaten durch Gesetz⁴⁶⁾ oder Herkommen bestimmt, welche Fossilien regal seien, manche werden auch den eigentlich regalen Fossilien nur analog behandelt; wo dieß aber nicht der Fall ist, muß man für die Nichtregalität aller Fossilien außer den oben gedachten sprechen, in so weit der Bergherr nicht den Beweis des Gegentheiles zu führen vermag. Auch lehrt die frühere Berggesetzgebung sowie der Umstand, daß ein fragliches Fossil in anderen Staaten regal ist, daß der Staat das Recht hat, durch Gesetz zu bestimmen, ob das hier neu entdeckte Fossil regal sein solle oder nicht, denn der Grundeigentümer hat in Folge des Bergregals kein dem Rechte auf Erzielung der Früchte der Erdoberfläche gleichkommendes Befugniß auf die unter derselben verborgenen Fossilien. Uebrigens muß hier auch noch der Umstand in Betracht gezogen werden, ob sich ein Fossil, dessen regale Natur zweifelhaft ist, in Verbindung mit anderen regalen vorfindet oder nicht. Von besonderer Wichtigkeit für unsere Zeit ist die Frage, ob Torf, Braun- und Steinkohlen regal sind oder nicht. Obgleich es noch im vorigen Jahrhunderte nicht an Beispielen fehlte, daß die Regalität des Torfes behauptet wurde, so gehört doch Torf jetzt keineswegs zu den regalen Fossilien⁴⁷⁾. In Bezug auf Braun- und Steinkohlen wird gemeinrechtlich dasselbe schon unbestritten vertheilt, weil sie vegetabilischen Ursprungs sind; indeß gibt es doch auch Staaten, in denen sie regal sind⁴⁸⁾, sowie man anderwärts, um zu ihrer Auffuchung und Gewinnung zu veranlassen, aus der Bergregalität fließende Bestimmungen auch für sie gesetzlich festgestellt hat⁴⁹⁾. — Endlich kennt man eben so wenig gemeinrechtlich ein Salpeterregal in der Art, daß dem Staate die Befugniß zustände, Salpeter überall, wo er sich findet und sei es selbst in Wohnungen, zu gewinnen und die Privaten davon auszuschließen. Man hat dieses vermeintliche Regal theils mit dem Bergregal, theils mit dem dem Staate zum Kriegführen u. s. w. nöthigen Pulver in Verbindung gebracht⁵⁰⁾.

Da nach dem Bisherigen an den regalen Fossilien weder dem Bergherrn vermöge des Bergregals, noch dem Grundeigentümer das Eigen-

ist mit Fossilien nicht gleichbedeutend. Hertwig, Bergbuch s. v. Mineralia. Die Eintheilung des Bergregals in hohes und niederes kann bei der Verleihung desselben in Betracht kommen. Wegen der sogen. Edelsteine s. Freiesleben, Darstellung S. 55 flg.

46) Preuß. Landr. II. 16. §. 69 flg. Steinbeck, Ergänzungen des preuß. Bergrechtes 1838. S. 12 flg. Bayer'sche Bergordn. 1784. §. 3. Wegen Sachsen s. Freiesleben, Darstellung §. — Lausch, Bergrecht S. 29 flg.

47) Mittermaier, Grundsätze §. 244. R. 12. Pape, Commentar S. 48.

48) Z. B. braunschweigisches Gesetz von 1823.

49) Z. B. sächs. Mandat v. 1822.

50) Mittermaier, Grundsätze §. 244. R. 13.

thum oder der Auffindung und Gewinnung derselben zusteht; dieses vielmehr, wenigstens bei freierklärtem Bergbaue, der erhält, welcher Lagerstätten regaler Fossilien findet und baut, so ist nun zunächst von der Art und Weise, wie dieses erlangt wird, zu handeln. Regale Fossilien können nun zwar durch Zufall entdeckt werden, und dieß ist besonders bei dem Beginn des Bergbaues der Fall gewesen; es kann auch jetzt noch bei dem Graben von Kellern, Brunnen u. s. w. vorkommen; ebenso kann man auch durch das Wiederaufnehmen alter, verlassener Berggebäude (wovon weiter unten) zur Gewinnung regaler Fossilien gelangen und Bergeigenthum erwerben; der gewöhnliche, bergrechtsgemäße Gang der Dinge, mit dem auch viele Bergordnungen beginnen, ist aber folgender. Es wird nämlich besonders von Bergleuten absichtlich nach regale Fossilien enthaltenden Lagerstätten über Tage gesucht, was in der Bergmannssprache Schürfen⁵¹⁾ heißt. Dieß steht übrigens Jedem, um das Aufkommen des Bergbaues zu fördern, frei⁵²⁾, dem Grundeigenthümer wie dem Nichteigenthümer, dem Inländer wie dem Ausländer; nur sind Juden, schon weil sie früher allgemein kein Grundeigenthum erwerben konnten und überhaupt auch von den Bergwerken entfernt gehalten wurden, sowie nach österreichischen Bergordnungen Türken⁵³⁾ ausgeschlossen. Nach manchen Bergordnungen des 16. Jahrhunderts stand es Jedem frei, sofort ohne Einholung eines sogenannten Schürfzettels von dem Bergamte zu schürfen. Jetzt ist dieser aber erforderlich, und dieß schon um deswillen, damit der Schürfende nicht als ein Besitzstörer vom Grundeigenthümer angesehen werde. Der Schürfzettel enthält die Erlaubniß zum Schürfen, das Fossil, nach welchem man schürft, braucht aber nicht angegeben zu sein, dagegen ist er auf gewisse Berge und Thäler gestellt, die noch in Bergfreien liegen müssen, und auch nur für eine bestimmte Zeit, z. B. ein Jahr gültig. Für denselben wird eine Kleinigkeit entrichtet. Das Schürfen ohne Schürfzettel ist nicht nur verboten, es hat auch den Nachtheil, daß, wenn man eine Lagerstätte erschürft hat, sie sich ein Anderer, der einen Zettel besitzt, aneignen kann. Deshalb braucht ihn auch der, welcher auf seinem Grund und Boden schürft, da er in dieser Hinsicht kein Vorrecht

51) H a k e, Commentar §. 125 flg. Lagerstätten, die kein über Tage Ausgehendes haben, werden nicht erschürft, sondern durch Stollen angefahren.

52) Für erschürfte Lagerstätten, die noch im unverschrottenen Felde liegen, d. h. da, wo früher noch kein Bergbau getrieben worden ist, erhalten die Finder in manchen Ländern Prämien aus besonderen Cassen; nach einer alten sächs. Bergordn. von 1536. X. 126. verspricht der Bergherr ein Kleid oder 4—5 Gülden zu geben. Vergl. sächs. Bergordn. 1589. X. 2.

53) L a u f s c h, österreich. Bergrecht §. 37 flg.

54) Nach manchen Bergordn. vertrat auch der Muthschein den Schürfzettel, indem man schon muthete, wenn man erst schürfen wollte; daher der Ausdruck: „freies Schürfen muthen“ in der trierschen Bergordnung 1564. Th. I. X. 3. §. 1; daher gestattet die cöllner Bergordn. 1669. Th. III. X. 3. das Einlegen eines Muthscheines, wenn man erst Willens ist einzuschlagen. Heutzutage heißen der Art Muthungen blinde und werden nicht angenommen.

vor Dritten hat⁵⁵⁾. Das Schürfen selbst besteht in verschiedenen Arbeiten, um die unter der Dammerde befindliche Lagerstätte aufzufinden. Es ist überall, wenn es nur nicht aus Haß und Feindschaft geschieht, wie die Bergordnungen sagen, erlaubt, außer unter dem Bett, dem Tisch und der Feuerstätte⁵⁶⁾; doch nehmen neuere Gesetze⁵⁷⁾ mehrere Orte aus und lassen es ohne besonderen Grund nur da und zu der Zeit zu, wo und wann kein besonderer Schade geschieht; ist es aber erforderlich, so darf der Schürfende z. B. auch Bäume umhauen. Es können auch Mehrere für dasselbe Grundstück Schürfszettel erhalten, doch dürfen sie dann, nach den nicht mehr recht zweckmäßigen Bestimmungen der Bergordnungen, nicht näher als $3\frac{1}{2}$ Lachter neben einander einschlagen. Erlangt dagegen Jemand das Recht, ausschlußweise in einem bestimmten Districte schürfen zu dürfen, so heißt dieß Freischürfen; es wird aber jetzt nicht leicht mehr gestattet. Dem Grundeigenthümer ist jede Behinderung des Schürfenden bei 20 Mark Silber verboten. Ist ein Gang, den man nicht bauen will, erschürft, so muß man den Schurf offen lassen und auch der Grundeigenthümer darf ihn nicht zuwerfen. Wenn aber das Schürfen fruchtlos blieb, so ist der Schürfende zum Einebenen verbunden. Der Grundeigenthümer erhält für die etwa entzogene Benutzung des Platzes keine Entschädigung⁵⁸⁾, kommt es aber in Folge des Schürfens zum Betriebe einer Grube, so findet man in dem Erbkur (s. unten) auch die Schadloshaltung wegen des Schürfens. Das Finden einer baumwürdigen Lagerstätte gibt nicht nur überhaupt das Recht, die Ertheilung des Bergelgenthums verlangen zu können, es begründet auch den ausschließenden Vorzug in demselben Felde vor allen denen, welche erst später finden, obgleich sie einen früheren Schürfszettel haben, oder auch eher zu schürfen begannen⁵⁹⁾. Wenn einer den unentblößten Gang eher muthet und auch eher Kübel und Seil einwirft, als der erste Finder, so hat doch die spätere Muthung dieses den Vorzug⁶⁰⁾. Wenn daher auch der Bergmeister die Muthung eines ersten Finders ohne Grund zurückweist und die eines späteren annimmt und bestätigt, so geht doch das Recht des ersten Finders nicht verloren⁶¹⁾. In Folge dieses Grundsatzes lassen sich viele Streitfragen leicht entscheiden. In Bezug auf das Recht des ersten Finders sagt man: er hat das Alter im Felde; seine Rechte deutet das Sprichwort an: der erste Finder, der erste Muther, und in Bezug auf die örtliche Ausdehnung seines Rechtes heißt es in den Bergordnungen: des Finders Recht ist die Fundgrube. Uebrigens hat das Recht des ersten Finders bei Nieren und Nestlern wegen des mangelnden Streichens und Fortsetzens keine Anwendung.

55) H a f e, Commentar §. 127.

56) H a f e, Commentar §. 133.

57) Z. B. preuß. Landr. II. 16. §. 142.

58) Freiesleben, Darstellung S. 92. Köhler, Einleitung S. 135 flg.

59) P s ä l z i s c h e Bergordn. 1781. X. 34 flg.

60) B a y e r' s c h e Bergordn. 1784. X. 60.

61) S p a n, Bergurth. Tit. 1. und N. 62, 82.

Will der Finder bauen, so muß er, um das Bergesigenthum zu erlangen, zunächst muthen⁶²⁾, oder bei dem competenten Bergamte Muthung einlegen. Allerdings muß dieß sobald als möglich geschehen, damit ihm nicht ein Anderer zuvorkomme, was dann namentlich eintreten kann, wenn Mehrere in derselben Gegend zugleich schürfen. Denn da der erste Muthen die Vermuthung für sich hat, daß er auch der erste Finder sei, so liegt dem, welcher zuerst fand, die Muthung aber unterließ, der Beweis seines ersten Findens ob, und es kann das unterlassene Muthen sogar zu dem Verluste des Finderrechtes führen, indem, wenn der Finder den erschürften Gang drei Tage, in Preußen sechs Wochen, unbelegt (ohne zu arbeiten) liegen läßt, er das Recht auf die Muthung verliert, oder wenn er ohne Muthung und Bestätigung fortbaut, kein Bergesigenthum erlangt⁶³⁾, da das von einem späteren Finder einmal erworbene zum Besten des nachlässigen ersten Finders nicht wieder aufgehoben wird. In Bezug auf die Frage, wenn man muthen könne und müsse, oder welche Vorarbeiten beendet sein müssen, stimmen die älteren Bergordnungen mit dem neueren Rechte nicht überein. Jene schreiben die Muthung vor, sobald ein Gang gefunden ist, ohne daß Erzanbrüche schon vorhanden sind⁶⁴⁾. Das Entblößen des Ganges nach seinem Streichen erfolgt ebenfalls erst nach der Muthung, und dazu gestatten die Bergordnungen 14 Tage und nach Befinden zwei oder drei Erläuterungen⁶⁵⁾. Das neuere Recht läßt aber die Muthung erst eintreten, wenn man das bestimmte regale Fossil gefunden hat, auf welches man muthet, sowie wenn der Gang entblößt ist⁶⁶⁾, damit man sich von der künftigen möglichen Begründung des Bergwerkseigenthumes überzeuge.

Wegen der Eile, die besonders früher zuweilen bei der Muthung erforderlich werden konnte, ist mündliche Muthung nachgelassen, doch soll man drei Stunden darauf die schriftliche nachbringen⁶⁷⁾. Auch gestatten es ältere Bergordnungen, daß man, wenn der Bergmeister nicht zugegen ist, mit einem Bergmanne als Zeugen den Muthzettel auf den Tisch jenes

62) Schönberg, Berginformation S. 65. Paetz, Commentar §. 146 flg. Karsten, Bergrechtslehre S. 89 flg. Muthen auch sinnen heißt um etwas nachsuchen oder anhalten, wie diese Worte auch im Lehnrechte gebraucht werden; ganz falsch ist es daher, wenn ältere Bergrechtslehrer muthen mit muthen in Verbindung brachten, oder Andere unter dem Muthen das Besitzergreifen verstehen.

63) Auch an den gewonnenen Erzen hat er kein Recht, doch verbleiben ihm diese, wenn er später noch die Bestätigung erlangt.

64) Hertwig, Bergbuch s. v. Fund. Daher verlangen diese Bergordnungen auch bei der Muthung selbst nur die Angabe der Zeit der Muthung, die Bezeichnung des Ortes des Findens sowie die Bemerkung, daß er noch im Bergfreien liege. Steiermärkische Bergordn. 1517. Art. 35. Württembergische Bergordn. 1597. Th. II. Art. 2. Zweibrücker Bergordn. 1514. Art. 2.

65) Die württembergische Bergordn. Th. II. Art. 3. sagt z. B.: Den Gang in seinen gemutheten Maßen entblößen.

66) Karsten, Bergrechtslehre §. 96. Herder de iure quadr. met. S. 17. 18.

67) Espan, Bergurth. Tit. 2. §. 4. 5.

legt. Der Muthzettel muß jetzt Folgendes enthalten: den Namen des Muthers, die Art der Lagerstätte und ihr Streichen, die Bezeichnung des Grundstücks, auf dem man jene erschürft hat, die Angabe des Fossils, welches man verliehen zu haben wünscht⁶⁸⁾ sowie die Größe des Grubensfeldes, die Benennung der Grube und die genaue Angabe der Zeit der eingelegten Muthung. Die Bergämter sind verpflichtet, die Muthung, auch wenn dem späteren Betriebe Hindernisse entgegenstehen, anzunehmen und dann geschieht sie „auf Recht und Unrecht“⁶⁹⁾. Die Muthung ist aber auch dann nöthig, wenn ins Freie gefallene oder freigelegene Zechen wieder aufgenommen und gebaut werden sollen⁷⁰⁾, und ebenso dann, wenn durch das Treiben eines Stollen neue Lagerstätten gefunden werden⁷¹⁾. Ferner ist die Muthung bei der nicht häufig vorkommenden Anlegung von Seifenwerken besonders erforderlich, weil durch dieselben die Erdoberfläche (Dammerde), in der sich das Fossil befindet, hinweggespült wird. Zu Seifenwerken wird gewöhnlich eine Fläche von 100 Lachter Länge und 50 Lachter Breite verliehen⁷²⁾. Auch Bergwässer, namentlich durch Stollen erschrotene oder sonst für den Bergbau gewonnene, müssen, wenn sie Andere benutzen wollen, gemuthet werden, und selbst wenn sie zu nicht bergmännischen Zwecken von Privaten verwendet werden sollen, verlangt man häufig die Muthung. Die Bergwässer werden aber an diese nur unter der Bedingung verliehen, daß sie nicht später für den Bergbau gebraucht werden. An manchen Orten werden sogar Privatwässer für den Bergbau gemuthet⁷³⁾. Endlich ist die Muthung auch auf Räume zu Pochwerken, Wäshen und Bergschmieden ausgebehnt worden⁷⁴⁾. Uebrigens darf auf alles nicht regale oder schon verliehene Fossil sowie auf das, was sich der Bergherr trotz der Freierklärung vorbehalten hat, keine Muthung angenommen werden⁷⁵⁾.

Ist Alles zur Belehnung oder Bestätigung⁷⁶⁾ des Bergesenthumes vorbereitet (sie erinnert unwillkürlich an die Investitur des gemeinen teutschen Rechtes und ihre Wirkungen bei Immobilien), so wird zunächst an Ort und Stelle durch das Bergamt untersucht, ob gehörig entblößt, ob der nöthige Raum im freien Felde da ist und ob kein Dritter beeinträchtigt wird; dieß heißt die Besichtigung auf den Augenschein. Die

68) Es hatte Jemand auf Quecksilber gemuthet, die Schlacken enthielten aber Silber, und so wurden denn die Schlackenhalben einem Anderen geliehen. Meyer, bergrechtl. Beob. S. 40.

69) Karsten, Bergrechtslehre S. 62.

70) Karsten, Bergrechtslehre S. 181.

71) Hat der Stöllner den Gang 14 Lachter, ohne zu muthen, überfahren und will ihn nun ein Anderer muthen, so kann jener verlangen, daß der Gang ihm als ersten Finder 14 Tage lang noch zur Muthung angeboten werde.

72) Hake, Commentar §. 29.

73) Hertwig, Bergbuch s. v. Wasser.

74) Hake, Commentar §. 154. Freiesleben, Darstellung §. 14.

75) Span, Bergurth. Tit. 2. §. 3.

76) Hertwig, Bergbuch s. v. Bestätigen. Hake, Commentar §. 160 flg.

Bestätigung erfolgt dann vor dem competenten Bergamte ⁷⁷⁾ an bestimmten Leihetagen; der Beliehene heißt der Lehnträger und ist der bisherige Muther. Die verliehenen Gegenstände werden genau in das Gegenbuch ⁷⁸⁾ eingetragen, welches als öffentliche Urkunde vollen Beweis gewährt. Der Lehnträger kann sich eine Abschrift über die Verleihung ausstellen lassen und diese heißt der Lehnschein. Die Wirkung der Bestätigung ist das Bergeigenthum, welches nur auf diese Weise erworben werden kann ⁷⁹⁾. Ueber die Natur des Rechtes, welches der Beliehene erhält, hat man viel gestritten. Einige nennen es ein Privilegium ⁸⁰⁾, Andere betrachten es als Emphyteuse oder usufructus und noch Andere als dominium utile ⁸¹⁾. Abgesehen davon, daß diese Meinung mit der unrichtigen Ansicht von einem Eigenthume des Bergherrn kraft der Regalität am Bergwerksgute zusammenhängt, so ist auch in den Bergordnungen nirgends von einem dominium utile die Rede; übrigens könnte dann auch die Grube, wenn sie auflässig geworden ist, nicht in die Freie fallen. Nach der richtigen Ansicht ist hier ein wirkliches Eigenthum vorhanden, obschon es eigenthümlichen Beschränkungen unterliegt ⁸²⁾. Der Bergwerkseigenthümer, gewöhnlich eine Gewerkschaft, darf das Object seines Eigenthumes nicht zu anderen als bergmännischen Zwecken gebrauchen, die Gruben nach mehreren Bergordnungen nicht verpachten und das Verfügungsrecht über die gewonnenen Erze ist jetzt häufig durch das Vorkaufsrecht des Staates beschränkt. Das Bergeigenthum geht durch nicht gehörigen Gebrauch verloren und der Inhaber desselben ist überhaupt verpflichtet, nach Vorschrift der Bergordnungen und unter Aufsicht und Leitung der Bergbehörden zu bauen, sowie die vorgeschriebenen Bergabgaben zu entrichten. Dagegen kann er auch die Erwerbung des Bergeigenthumes aus dem Bergfreien verlangen.

Object des eigentlichen Bergwerkseigenthumes ist das verliehene regale Fossil innerhalb des Grubenfeldes, nicht einmal also jedes innerhalb desselben, denn das nicht mit Verliehene liegt noch im Bergfreien, könnte also von Anderen erworben werden. Man sieht aber als Gegenstand jenes auch das Nebengestein im Grubenfelde, folglich die Halben (nicht auch Halbenplätze) sowie alle Baue im Grubenfelde nebst Zimmerung, Mauerung und Maschinen an ⁸³⁾. Außerdem gehört zum Bergwerkseigenthume, oder richtiger zum Lecheneigenthume im weiteren Sinne ⁸⁴⁾, noch manches Andere, und zwar wegen des

77) Früher gab es von dem Bergmeister verschiedene Leihen. Beier *otia met.* II. p. 237.

78) Klossch vom Gegenbuche.

79) Span, *Bergurth.* N. 55.

80) Des Champs de quibusd. *iur. met.* p. 52. Vergl. *Literatur bei Mittermaier, Grundsätze* §. 246. N. 16.

81) Eichhorn, *Einleit. in d. t. Privatr.* §. 276. Maurenbrecher, *t. Privatr.* §. 234. Schmidt, *böhmisches Berggr. Th. I.* §. 56.

82) Wenk de *domin. part. met.* p. 20. *Freiesleben, Darstellung* S. 81.

83) *Freiesleben, Darstellung* S. 52.

84) *Freiesleben, Darstellung* §. 14, 19 u. 20.

genauen Zusammenhanges, in dem es mit dem eigentlichen Bergwerkseigenthume steht, oder nach den Grundsätzen über Zubehörungen. Man hat sogar, wie schon oben bei dem Ruthen erwähnt wurde, die Erwerbungsart des eigentlichen Bergwerkseigenthumes auf Wässer und die zu Wäschen und Pochwerken nöthigen Räume ausgedehnt. Es versteht sich übrigens von selbst, daß diese Plätze erst ausgekauft werden müssen, ehe sie bergrechtlich gemuthet und bestätigt werden können, und ebenso, daß sie wenigstens bei der ersten Erwerbung nicht als Bergfreies zu betrachten sind. Aber nicht nur diese werden zu dem Bergwerkseigenthume im weiteren Sinne gerechnet, sondern auch die darauf befindlichen Gebäude selbst, dann die der Grube nöthigen Plätze zu Halben, Wegen und Stegen, sowie sonstige zum Betriebe gehörige Sachen, namentlich also Materialien aller Art, die vorhandenen Geräthschaften und Ervorräthe, selbst auch die der Grube gehörenden Capitalien. Es kommt auch vor, daß sie Wiesen, Aecker, Holzungen, Fischeret, Bierschank und Gerichtsbarkeit hat. Die Erwerbung des Bergwerkseigenthumes (im weiteren Sinne) kann daher auf mehrfache Weise erfolgen: theils durch die bergrechtliche Bestätigung, theils in Folge der berggesetzlichen Abtretungsverbindlichkeit des Grundeigenthümers, wohin die der Grube unentbehrlichen Räume: zum Halbensturz und zu Wegen und Stegen gehören, theils durch jede andere Erwerbungsart nach Civilrecht, wie bei Geräthschaften. Die rechtliche Bedeutung dieses Bergwerkseigenthumes tritt hervor, insofern es unter den Bergverwaltungs- und Gerichtsbehörden steht, insofern als es wichtig wird, den Umfang des Eigenthums einer Grube, z. B. wegen der Bergschulden zu kennen und dann namentlich bei dem Auflassigwerden der Grube (s. unten). Das Bergwerkseigenthum im weiteren Sinne kommt da, wo von der Größebestimmung desselben im engeren Sinne die Rede ist, nicht weiter in Betracht und die der Grube nöthigen Räume über Lage sind weder mit dem eigentlichen Grubenfelde zu verwechseln, noch auch nothwendig da auf der Erdoberfläche, wo sich jenes unter dieser befindet.

Um die örtliche Ausdehnung des verlienen Bergeigenthumes genau zu bestimmen, ist die bergmännische Vermessung⁸⁵⁾ nöthig. Diese ist nach Verschiedenheit der Lagerstätten eine doppelte: entweder nämlich die nach gestrecktem, oder die nach geviertem Felde. Jene kommt bei Gängen vor, diese bei Flözen u. s. w. Von dem Bergbaue auf Gängen ist in den früheren Bergordnungen fast ausschließlich die Rede; daher soll auch hier zunächst von dem Vermessen nach gestrecktem Felde gesprochen werden. Die Vermessung wurde in früherer Zeit 14 Tage nach der Belehnung oder wenigstens dann, wenn die Grube fundig ward, d. h. einmal Ausbeute gegeben hatte, vorgenommen. Jetzt erfolgt sie in der Regel nur dann, wenn das Interesse anderer Bergbautreibender in Frage kommt, namentlich we-

85) Herder de iure quadr. met. Kd hler, Anleitung S. 151 fig. S. 494 fig.

gen Streitigkeiten mit benachbarten Gruben, und selbst dann ist es gewöhnlich, daß sich die streitenden Gruben vergleichen und den Bau gemeinschaftlich fortsetzen. Wenn übrigens das Bergamt das Vermessen für erforderlich erklärt, der Eigenthümer es aber nicht gestatten will, so wird die Grube ausgemessen, d. h. sie fällt in's Freie. Bei dem Vermessen wird an dem Rundbaume mit der Schnur angehalten, so daß die Länge in der Regel, d. h. so weit es örtlich angeht oder nicht das Interesse des Eigenthümers etwas Anderes wünschenswerth macht, halb aufwärts halb abwärts des Ganges vermessen wird. Uebrigens darf nie über die Landesgrenze hinaus vermessen werden und ebenso wenig jenseit eines s. g. Erbflusses; das Gegentrum ist besonders zu muthen⁸⁶⁾.

Da mit der Ausbildung der Bergregalität und Freierklärung das Recht des Grundeigenthümers auf die unter seinen Grundstücken sich befindenden regalen Fossilien aufgehoben war, so konnten auch die Grenzen des Eigenthumes auf der Erdoberfläche keine Richtschnur für die des Bergwerkseigenthumes abgeben; gleichwohl ward auch in Bezug auf dieses eine Abgrenzung nöthig. Die Größe des in der frühesten Zeit zugetheilten Grubenfeldes mag wohl willkürlich und verschieden gewesen sein; es läßt sich jedoch annehmen, daß man die bei Grundstücken üblichen Maßgrößen zur Richtschnur für die Vermessung des Bergeigenthumes nahm. Die älteste bekannte Vermessungsart erfolgte nach *Lehan* (*laneus* auch *mansus*), worunter man ein sieben Lachter langes und ebenso breites Quadrat versteht⁸⁷⁾. Obgleich es wahrscheinlich ist, daß man anfänglich jedem Eigenthümer nur ein Lehen vermaß⁸⁸⁾, da der Bergbau damals ganz anders getrieben wurde als jetzt, so ist doch in unseren Quellen die Regel festgehalten, daß jedem Eigenthümer sieben Lehen vermessen werden⁸⁹⁾. Andere Bergordnungen rechnen dagegen nach *Wehren*, die in der doppelten Länge der Lehen bestehen, und deren werden dann drei vermessen. Sieben Lehen oder drei Wehre⁹⁰⁾ kann jeder erste Finder einer Lagerstätte verlangen: diese heißen die *Fundgrube*. Was ihm dann außerdem auf derselben Lagerstätte noch zugetheilt wird, sind *Wafe* und das Ganze Einem Verliehene ist das *Grubenfeld*. Da aber eine Lagerstätte an Mehrere verliehen sein kann, so kommt es vor, daß zwischen ihren Grubenfeldern sich unverliehene Strecken befinden:

86) *Hafe*, Commentar §. 181.

87) Der in den lateinisch geschriebenen Quellen gebrauchte Ausdruck: *laneus* läßt nicht annehmen, daß man bei den Lehen an *fonda* zu denken habe. —

88) Solche einzelne Lehen wurden auch später noch bei jeder Grube dem Bergherrn, seinen Hofbeamten, dem Bergmeister u. s. w. vermessen. *Hgl. iglauer Bergrecht*.

89) *Agricola de re met. lib. 4. p. 58*. Merkwürdig ist auch die Bestimmung der *iura silvanorum* v. 1271 bei *Wagner corp. iur. m. p. 1023*.

90) Es kommen aber nach einzelnen Bergordnungen auch noch andere Abweichungen vor. *Herder de iure quad. met. §. 44. 45*.

diese heißen die Ueberschaar. Sie wird gewöhnlich auf Verlangen der einen der daran stoßenden Gruben zugetheilt, wenn sie nicht groß genug ist, eine eigene Grube zu bilden⁹¹). — Da man jetzt unter Lehnen, Wehren u. s. w. nur Längenmaße ohne Angabe der Breite versteht, so muß diese für das Grubenfeld noch besonders bestimmt werden. Dieß geschieht durch die s. g. Bierung. Es wird nämlich deshalb 3½ Lachter in's Hangende und ebenso viel in's Liegende des Ganges, jedoch so vermessen, daß man an den Saalbändern anhält, die Mächtigkeit des Ganges also nicht mit berechnet. Diese Bierungslinien begleiten den Gang nach seinen Richtungen und ebenso bis in die ewige Teufe, als rücksichtlich des Streichens, so weit als die Länge des Grubenfeldes bestimmt ist. Das Recht auf den durch die Bierung zu erlangenden Theil des Grubenfeldes erhält jeder Beliehene ipso jure als eine Art Zugabe, und während die Ausdehnung des Grubenfeldes der Länge nach verschieden festgesetzt werden kann, bleibt sich die durch die Bierung gesetzlich bestimmte Breite stets gleich, nur daß unter Umständen von jenen sieben Lachtern mehr als die Hälfte in's Hangende oder umgekehrt vermessen werden kann. Die Vermessung wird übrigens nicht sowohl über Lage, als im Berge selbst vermöge der Markscheidekunst vorgenommen und überhaupt nur dann, wenn dazu besondere Veranlassung vorliegt. Diese Bierung, welche sich nach dem sogenannten Specialstreichen des Ganges richtet, heißt auch Bierung des Ganges. Bierung des Grubenfeldes wird sie dann genannt, wenn sie durch das Hauptstreichen des Ganges, d. h. durch seine wesentliche Richtung, abgesehen von den einzelnen Beugungen desselben, bestimmt wird. Sie wird nur ausnahmsweise zur Angabe der Breite des Grubenfeldes angewendet, nämlich dann, wenn sich der Gang theilt, zertrümmert oder ganz aussetzt. Die Mächtigkeit des vorhandenen Ganges wird bei dieser Messung nicht berücksichtigt; es wird also nur die Breite von sieben Lachtern angenommen⁹²). Streicht der einem Anderen verlehene Gang in sein vermessenes Feld, oder setzt er durch, so ent-

91) Früher unterschied man das Vermessen mit verlorener Schnur oder das Ueberschlagen, was nur von den Gewerken und ihrem Schichtmeister vorgenommen wurde, keinen vollen Beweis begründete und eine noch nicht sündige Grube voraussetzte, und das Erbbereiten oder erbliche Vermessen. Dieses war eine feierliche Vermessung, wenn die Grube sündig ward. Das Vorhaben des Erbbereitens ward zunächst dreimal über 14 Tage vom Rathhause oder von der Kanzel bekannt gemacht. An dem bestimmten Tage begaben sich die Bergbehörden in feierlicher Prozession auf das Grubenfeld. Hier beschwor der Lehenträger mit der Hand auf dem Rundbaume das Eigenthum der Grube, worauf die Belehnung verlesen ward. Vom Bergamte wurde dann mit einer seidenen Schnur vermessen, und so weit der Lehenträger von der Grenze noch rückwärts springen konnte, so viel ward noch zugegeben. Dann ward von demselben knieend auf einem neuen Bergleber eine Summe für die Handlung an die Bergbehörde überreicht und endlich das Bergleber der Menge preisgegeben. — In einer Urkunde von 1320 heißt es: Circumequitare. Beier otia met. II. p. 227. (e h m a n n), Nachricht vom Erbbereiten.

92) Herder l. c. S. 30 sq.

scheidet das Alter, d. h. die frühere Bezeichnung, über das Recht des Abbauens. Ebenso ist es, wenn derselbe Gang, den man für verschiedene hielt, Mehreren verliehen ward, und es sich nun ergibt, daß für das zugesprochene Grubenfeld beider kein hinreichender Raum da ist⁹³⁾.

Von der bisher erwähnten Vermessung ist die nach geviertem Felde völlig verschieden. Sie kommt bei Flözen und Lagerstätten vor, welche eine mehr horizontale als senkrechte Lage haben⁹⁴⁾, und beruht also auf der von den Gängen verschiedenen Natur. Zu dem bergmännischen Betriebe wird hier nicht sowohl ein sich nur in die Länge streckendes Grubenfeld verlangt, als vielmehr ein solches, welches größere horizontale Flächen enthält. Auch hier bestimmen die Berggesetze die Größe verschieden. Gewöhnlich beträgt die Fundgrube ein horizontales Quadrat von 42 Lachter Länge und etwas weniger Breite, die Maße aber nur 28 Lachter Länge. Unter Umständen kann das Grubenfeld aber auch in einer anderen Figur, als der des rechtwinklichten Quadrates bestehen. Hinsichtlich der Tiefe geben einige Bergordnungen dem Beliehenen das Recht in senkrechter Richtung bis in die ewige, andere erstrecken die Befugniß nur auf die verliehene Lagerstätte, so daß die tiefere besonders gemuthet werden kann. Dann gibt man aber dem Beliehenen auch hier das Recht der Bierung nach Analogie der bei den Gängen⁹⁵⁾.

Ueber Lage werden die Grenzen des Grubenfeldes wie andere Begrenzungen durch Lochsteine bezeichnet, deren Rechtsverhältnisse den der gewöhnlichen Grenzsteine analog zu beurtheilen sind. Im Berge werden dagegen Erbstufen als Grenzzeichen geschlagen⁹⁶⁾. Uebrigens verdient die durch Lochsteine erwiesene Grenze den Vorzug vor der nach Lachtern angegebenen.

Wenden wir uns zu dem wirklichen Betriebe des Bergbaues und den Rechtsverhältnissen, die dabei vorkommen, so finden wir, daß derselbe nach den Bergordnungen theils von Eigenlehnern, theils von Gewerkschaften unternommen wird. Doch kommt es auch vor, daß der Eigenthümer einer Grube oder eines Bergwerks, wie man oft sagt, der Bergherr selbst oder eine Corporation, z. B. eine Stadt ist. — Die Geschichte des Bergbaues im engsten Sinne liegt noch ziemlich im Dunkeln, und doch ist sie in technischer wie in rechtlicher Beziehung nicht ohne Wichtigkeit. Gewiß ist, daß die Rechtsverhältnisse und Verschiedenheiten der Eigenlehner und Gewerken nicht, wie

93) Nach einem österreichischen Patente von 1819 fällt die Vermessung nach gestrecktem Felde weg, und es werden ohne Unterschied der Lagerstätten Grubenfelder verliehen, die zur ebenen Grundfläche ein Rechteck von 224 wiener Lachter Länge und 56 Lachter Breite bilden. Die Tiefe der senkrechten Seitenflächen beträgt 100 Lachter. Lausch, Bergrecht S. 100 flg.

94) Bestimmte Grade z. B. 15 auch 20, entscheiden, ob eine Lagerstätte als Gang oder Flöz gilt. Meyer, bergrechtl. Beob. Abh. 3.

95) P a ß e, Commentar §. 197.

96) P a ß e, Commentar §. 208 flg.

man häufig glaubt, schon von der ersten Zeit des Bergbaues her vorkommen. Von den Eigenthümern des Bergwerks verschiedene Bergarbeiter hat es zwar von jeher gegeben, wie dies theils die ältesten Quellen erwähnen, theils auch daraus hervor geht, daß die Bergwerkseigenthümer größtentheils den höheren Ständen angehörten; dagegen kommt das corporative Verhältniß, welches unseren Gewerkschaften zum Grunde liegt, sowie namentlich auch das Rechtsinstitut der Kuxe keineswegs schon in der frühesten Zeit des Bergbaues vor. Wie das Allein- oder Sondereigenthum bei Grundstücken am gewöhnlichsten sich vorfindet, so war es auch bei den Berglehenen, besonders da jedenfalls das Grubenfeld klein war und man es auch noch nicht verstand, dasselbe in der Tiefe abzubauen. Auch als der Unternehmer 7 Lehnen erhielt, blieb er in der Regel allein Eigenthümer, wiewohl er auch einige Miteigenthümer haben konnte. Dann scheint jeder aber seine Lehnen für sich besonders gebaut zu haben⁹⁷⁾ und nur bei gemeinschaftlichen Anstalten verband man sich genauer; auch überließ der Eigenthümer eines Grubenfeldes bestimmte Theile desselben an Andere zum eigenen Abbau nach Art des abgeleiteten Eigenthumes⁹⁸⁾.

Was nun zunächst die Eigenlehner⁹⁹⁾ und deren Rechte betrifft, so versteht man unter ihnen die, welche ein Bergwerkeigenthum auf bergrechtliche Weise erworben haben und es durch ihre eigene Arbeit bauen, so daß sie auch die übrigen etwa nöthig werdenden Auslagen selbst bestreiten und das Recht der Selbstverwaltung haben¹⁰⁰⁾. Der Eigenlehner sollten früher nicht über vier, jetzt nicht über acht sein; es kann aber auch nur Einer sein, zumal heutzutage, wo man es gestattet, daß sie Bergleute annehmen, oder sich durch sie bei der Arbeit theilweise vertreten lassen. Es fehlt zwar in den einzelnen Ländern an gesetzlichen Bestimmungen¹⁰¹⁾ über die Eigenlehner, was aber das rein Juristische anbetrifft, so erscheinen sie als durch einen Vertrag verbundene Miteigenthümer einer untheilbaren Sache zu intellectuellen Theilen¹⁰²⁾, so daß die hierbei in Frage kommenden Rechtsverhältnisse nach gemeinem Rechte beurtheilt werden müssen; als universitas dürfen sie aber nicht angesehen werden. Als unterscheidendes Merkmal der Eigenlehner von den Gewerken muß namentlich das festgehalten werden, daß das eigentliche Kuperverhältniß bei ihnen nicht zur Anwendung gebracht werden darf, wenn man schon ihre intellectuellen Antheile nach der Kuxzahl einer Grube zu be-

97) Man hat in der früheren Zeit weit mehr Schächte auf einem Grubenfelde abgesenkt als jetzt.

98) Besonders belehrend ist hierüber die Constit. Wenzeslai II. v. 1300.

99) Früher nannte man sie Einspännige; in den älteren Bergordnungen heißen sie: die ihr eignes Lehen bauen; daher Eigenlehner nicht Eigenlöhner. Wenk de dom. part. met. p. 16.

100) Hake, Commentar §. 222. Biedermann de iuribus sing. avroupyāv met.

101) Sächs. Bergordn. von 1589. Art. 36.

102) Rittermaier, Grundsätze §. 250.

rechnen pflegt¹⁰³) und auch bei der Umgestaltung der Eigenlehnerzuche in eine gewerkschaftliche Kuxe zur Sprache kommen müssen¹⁰⁴). Die Eigenlehner haften für Forderungen Dritter unmittelbar pro rata. Sie legen ohne Zuziehung des Bergamtes die nöthig werdende Zuzuse unter sich an. Wegen Rückständen kann hier aber kein Retardatsverfahren (s. unten) angestellt werden¹⁰⁵), es findet vielmehr eine Klage auf Nachzahlung statt. Da das eigenthümliche Rechtsverhältniß der Kuxe nicht zur Unterlage dient, so ist auch kein Grund vorhanden, weshalb der Schuldner nur mit seinem Antheile am Bergvermögen hafte und nicht auch mit seinem übrigen.

Da die Eigenlehner das Aufkommen des Bergbaues befördern, so genießen sie gewisse Begünstigungen, und da sie häufig nur Versuchsbau treiben, auch unmittelbar selbst, im Gegensatz zu den Werken, bethelligt sind, so sind sie von den Bergbehörden unabhängiger als die Gewerkschaften. Sie haben zunächst das Recht der eigenen Verwaltung, so daß sie diese unter sich vertheilen oder auch Einem übertragen können, der Lehenträger oder Vorsteher eigener Lehnen heißt und die Stelle des Schichtmeisters vertritt¹⁰⁶); er steht zu den Uebrigen in einem Mandatsverhältnisse. Wenn er auch vereidet wird, so kann ihn doch die Bergbehörde nicht absetzen. Die Aufsicht derselben über die Eigenlehnergruben ist insoweit ausgeschlossen, als ihr Verhältniß unter sich in Frage steht, nicht aber insoweit es sich auf das Wohl des Bergbaues überhaupt, namentlich wegen zweckmäßigen Baues, bezieht. Uebrigens müssen die Eigenlehner dem Bergamte auch Rechnung ablegen¹⁰⁷), sind dabei aber in einigen Punkten begünstigt¹⁰⁸). Sie können ferner mit Weilarbeit bauen, d. h. sie brauchen das Gebäude täglich nur mit einer vierstündigen Schicht zu belegen. Kommt es zur Ausbeute, so sind sie gewisse Jahre von den landesherrlichen Bergabgaben befreit¹⁰⁹). Dagegen sind sie, insoweit sie die Arbeit durch Bergleute verrichten lassen, den bergrechtlichen Bestimmungen über diese, z. B. hinsichtlich des Lohnes, völlig unterworfen¹¹⁰).

Am gewöhnlichsten wird der Bergbau durch größere Vereine, Gewerkschaften¹¹¹), betrieben, bei denen hinsichtlich der Anzahl nicht sowohl die der wirklichen Theilnehmer, als die der Kuxe, deren 128 zu einer Gewerkschaft gehören, in Betracht kommt¹¹²). Dieselbe wird

103) Freiesleben, Darstellung S. 248.

104) Meyer, berg. Beob. S. 169.

105) Biedermann S. 29.

106) Biedermann S. 27.

107) Biedermann S. 31.

108) Köhler, Einleitung S. 241.

109) Sächs. Bergdecret v. 1624. §. 7.

110) Biedermann S. 41.

111) Pafe, Commentar §. 222 flg. Karsten, Bergrechtslehre §. 239. Gewerke kommt nicht von Werk oder wirken her, wie Wenk de dom. part. p. 17. glaubt; Gewerke heißt vielmehr Genosse, Verbündeter.

112) Gewöhnlich nennt man 32 Kuxe eine Schicht und 4 einen Stamm.

jetzt ziemlich allgemein als Gesellschaft¹¹³⁾ (*societas*) angesehen, so daß die Kuxe als intellectuelle Theile des *condominium* jener erscheinen. Bevor aber das römische Recht¹¹⁴⁾, wenigstens mittelbar, auf das Bergrecht einzuwirken begann, wurden die Gewerkschaften zu den teutschen Corporationen gezählt¹¹⁵⁾ und auch später noch wendete man die römisch-rechtlichen Grundsätze über Corporationen auf sie an¹¹⁶⁾. Sie tragen überhaupt die wesentlichen Bedingungen und Merkmale selbst der römischen in sich und nur eine falsche Doctrin hat sie, in Ermangelung ausdrücklicher Bestimmungen, namentlich der früheren Berggesetze, der *societas* untergestellt. Denn nicht nur, daß in Bezug auf das Ein- und Austreten sowie die Rechtsverhältnisse der Gewerken unter sich, die Grundsätze der *societas* gar nicht anwendbar sind, so werden auch die Gewerken in Gewerkschaftsangelegenheiten Dritten weder *pro rata* noch in *solidum* verpflichtet und können überhaupt von diesen als solche gar nicht unmittelbar belangt werden; ein Grundsatz, der bergrechtlich durchaus fest steht (s. unten). Wenn gleich manche Rechtsverhältnisse ebenso bei der Annahme dieser als jener Meinung zulässig und andere gesetzlich festgestellt sind, so kommen doch natürlich auch Fälle vor, deren Entscheidung davon abhängt, ob man den Gewerken ein *condominium* beilegt, oder sie als Corporation behandelt, z. B. dann, wenn es sich darum handelt, ob sie durch *Stimmenmehrheit* zum Veräußern der Kuxe und zum Aufgeben des Berggebäudes gezwungen werden dürfen¹¹⁷⁾.

Mitglied der Gewerkschaft wird man nur durch den bergrechtlich erworbenen Kux. Der Kuxinhaber nimmt an allen Rechten und Verbindlichkeiten der Gewerkschaft Theil, welche Rechte man ihm aber in

Die Kuxe können auch wieder in einzelne Theile zerlegt werden. Sie bildete das Bergrecht allmählig seit dem 14. Jahrhundert aus, doch war ihre Anzahl verchieden, z. B. in Freiberg bestand eine Gewerkschaft aus 64 Kuxen. Sternberg, Umriffe Bb. II. S. 102 u. 205. Ihr eigenthümlicher Character war aber erst dann vorhanden, als man über sie besondere Documente, Gewährscheine ausstellte. Früher waren die eine Grube gemeinschaftlich Bauenden den Markgenossenschaften ähnlich; überhaupt ist nicht zu übersehen, daß damals die Benutzung eines Forstes mit der darunter befindlichen Erze oft verbunden war; so heißen auch in Ungarn die Gewerken *Waldbürger*. Meyer, Bergwerksverf. Anh. Nr. 3.

113) Wie überhaupt Manche die Begriffe der *societas* und *universitas* vermischen, so geschieht dieß auch hier, z. B. von Schmidt de origine et iur. societatis mot. Freiesteben, Darstellung S. 125. Auch hier fehlt unserem Rechte ein selbstständiges Institut, welches zwischen dem gedachten römischen die Mitte hält.

114) Dieses kennt jedoch selbst ein *corpus aurifodinarum argentifodinarum et salinarum* L. 1. pr. 1. P. quod cuiuslib. univ. nom. (S. 4.)

115) Es finden sich bei ihnen die Erfordernisse, welche man früher verlangte. Vergl. Maurénbrecher, teutsches Privatrecht §. 140 fig.

116) Noch im 17. Jahrhundert waren sie z. B. in Sachsen ausdrücklich als *universitas* anerkannt. F. A. Schmid, Bergprozeß S. 33. Die Bestätigung durch den Staat ist in der Anerkennung der Gewerkschaften durch die den Bergheern vertretenden Bergämter vorhanden.

117) Meyer, bergrechtl. Beob. Nr. 26. Rittermaier, Grundsätze §. 251.

Bezug auf das Bergwerkseigenthum (im engeren und weitem Sinne) der gewerkschaftlichen Zeche ¹¹⁸⁾ beilegen will, hängt wiederum davon ab, als was man die Gewerkschaft juristisch ansieht. Unserer Ansicht zufolge hat der Kurinhaber ein doppeltes Recht ¹¹⁹⁾. Der Kur gewährt die Mitgliedschaftsrechte in Bezug auf die Gewerkschaft als Corporation, und dann erscheint er auch zugleich als ein besonderes Rechtsobject, welches der Zeche und ihrem Eigenthume nur seinen Ursprung verbankt, oder auf dieses gegründet ist. Als besonderes Rechtsobject oder eigener Vermögenstheil stellt sich der Kur durch den vom Bergamt ausgefertigten Gewäherschein dar; er wird durch dieses Papier (wie die Actie) verkörpert, juristisch aber anerkannt den unbeweglichen Sachen beigezählt ¹²⁰⁾. Daß er ein besonderer, mit dem Bergwerkseigenthume der gewerkschaftlichen Zeche nicht identischer, Vermögenstheil, daher auch nicht ein bloß intellectuellder Theil desselben sei, ergibt sich daraus, daß er auf ganz andere Art als die Zeche erworben und verloren wird, sowie vorzüglich daraus, daß die Verpfändung der Zeche und die des Kures ganz unabhängig von einander erscheinen (s. unten), indem z. B. der, dem der Kur verpfändet ist, sich nur an diesen und nicht an die Zeche selbst halten kann.

Die Gewerkschaft kann entweder aus einer Eigenlehnerzeche entstehen, oder so, daß ein Grubensfeld gleich anfänglich durch eine Gewerkschaft in Angriff genommen wird; doch müssen eine gewisse Anzahl Kure, z. B. in Sachsen 80, untergebracht sein, um als Gewerkschaft zu gelten. Ebenso ist nach den Bergordnungen dem ersten Muther der Zeche eine bestimmte Anzahl Kure, z. B. 12, vorbehalten ¹²¹⁾. Als Vorsteher der Gewerkschaft erscheint der Schichtmeister, dessen Amt sich seit dem 15. Jahrhunderte ausbildete. Er wird gewöhnlich als Bevollmächtigter oder Factor der Gewerkschaft angesehen, doch muß er als Syndicus gelten, wenn man sie selbst als Corporation betrachtet ¹²²⁾. Der Schichtmeister verwaltet unter Aufsicht und Einwirkung der Bergbehörden die gewerkschaftliche Zeche und sein Wirkungskreis ist wie der anderer Bergbeamten in den Bergordnungen genau angegeben. Wenn auch die Gewerken den Bau ihrer Zeche nicht nach eigenem Ermessen treiben dürfen, theils weil ihnen die erforderlichen Kenntnisse meist abgehen, theils weil dieß leicht zu Raubbau führen würde, so können sie doch von den Vorstehern der Zeche Auskunft über den Stand der Dinge bei derselben verlangen, namentlich Vorlegung der Rechnung, die aber schon von Amtswegen den Gewerken mitgetheilt wird. Sie können auch Vorschläge hinsichtlich des Zechenbetriebes

118) Zeche bedeutet zunächst eine Genossenschaft, Verbrüderung, daher auch Gewerkschaft; dann bezeichnet man damit aber das Berggebäude selbst.

119) Meyer, bergr. Beob. S. 149 u. 205.

120) Pake, Commentar §. 114. Sächs. Constitutionen von 1572. P. III. c. 25.

121) Meyer, bergr. Beob. S. 169.

122) Reppmann quaest. iur. met. p. 30.

machen und haben die Befugniß, ihren Schichtmeister, gewöhnlich aus einigen vom Bergamte vorgeschlagenen Personen, zu erwählen. Sie fassen auch außerdem durch Stimmenmehrheit Beschlüsse in ihren Angelegenheiten, wobei die Stimmen nach der Anzahl der Kuxe der Gewerken gezählt werden¹²³). Dieß wird dann nöthig, wenn wesentliche Veränderungen oder neue Unternehmungen, wenn die Vereinigung der Zeche mit einer anderen oder auch das Aufgeben derselben in Frage steht, wenn ein Prozeß angefangen, oder ein Vergleich abgeschlossen werden soll¹²⁴). Da früher die Gewerken meist in der Nähe der Zeche lebten (in Goslar sollten z. B. nur Bürger Gewerken sein), oder daselbst Verleger als Bevollmächtigte hatten, so hielten sie auch Versammlungen (Gewerkentage, Tageleisten¹²⁵), auf welchen sie über gewerkschaftliche Angelegenheiten Beschlüsse faßten.

Eine besondere Aufmerksamkeit verdient noch das in den Bergordnungen wenig beachtete und von den Schriftstellern nicht sorgfältig genug behandelte Schuldenwesen der gewerkschaftlichen Zeche. Die hier in Frage kommenden Bergschulden können nur solche sein, die in einer unmittelbaren Beziehung auf die Zeche ihren Grund haben. Das Eigenthümliche derselben besteht darin, daß sie nur durch diese selbst befriedigt werden und sich die Gläubiger nicht an die Person und das sonstige Vermögen der Gewerken halten können. Als bergrechtlicher Grundsatz steht es unleugbar fest, daß das Bergvermögen in Bezug auf Schulden von dem übrigen Vermögen der Gewerken gesondert erscheint, so daß es von den civilrechtlichen Gläubigern nicht gleichwie das übrige Vermögen in Anspruch genommen werden kann, und ebenso auch die Bergschulden auf dem Bergvermögen oder der gewerkschaftlichen Zeche haften¹²⁶). Dieser Grundsatz stammt theils aus der früheren Begünstigung des Bergbaues her, theils aber auch, was gewöhnlich übersehen wird, aus den bekannten Grundsätzen des älteren teutschen Rechts über Schuldenwesen und namentlich aus dem, daß der Gläubiger einer verpfändeten Sache sich nur an diese, nicht auch an die Person des Schuldners halten konnte, so daß mit dem Untergange der Sache auch sein Recht auf die Forderung erlosch¹²⁷). Daß es jetzt noch als gemeinrechtlicher Grundsatz des Bergrechtes, der sich als Gewohnheitsrecht ausgebildet und erhalten hat, anzusehen ist, daß die Bergschulden nur auf der Zeche haften, ergibt sich auch daraus, daß ihn neuere Berggesetze geradezu aussprechen und anerkennen¹²⁸). Denn hätte er nicht als solcher im Bergrechte gegolten, so

123) Meyer, bergt. Beob. S. 147.

124) Reppmann quaest. p. 38.

125) Sächs. Bergordn. v. 1509. Art. 96.

126) Z. B. Hertwig, Bergbuch s. v. Schulden. Meyer, bergrechtl. Beob. S. 73.

127) Mittermaier, Grundsätze §. 260.

128) Bayer'sche Bergordnung v. 1784. Art. 106. Preuß. Landr. II. 16. §. 292. Auch in Sachsen hält man am gemeinen Rechte. Freiesteiben, Darstellung S. 111. Note.

würde man ihn in der That in diese neueren Berggesetze, als von unserem gemeinen Rechte abweichend, nicht aufgenommen haben. Bedenkt man, daß die rechtliche Natur der Bergwerke selbst schwankend geworden ist (s. oben), daß das dem älteren Bergrechte natürlich fremde Hypothekenrecht auch hier zur Anwendung gebracht wurde¹²⁹⁾, daß man mit den eigentlichen Bergschulden das Verpfänden der gewerkschaftlichen Zeche für sonstige Schulden vermengt (dieß wird freilich in der Wirklichkeit, wenn sich die Kuxe in den Händen einer zahlreichen Gewerkschaft befinden, kaum vorkommen) und daß man im Interesse der Gläubiger von jenem für den Bergbau so höchst wichtigen Rechte abgehen zu dürfen meinte, so erklärt es sich, wenn man theils von Seiten der Bergrechtslehrer¹³⁰⁾, theils von Seiten der Particularrechte¹³¹⁾ den Grundsatz geltend zu machen suchte, daß die Gewerke für Bergschulden auch mit ihrem sonstigen Vermögen in subsidium eintreten müssen.

Als Bergschulden¹³²⁾, die auch erst in neueren Gesetzen vollständig aufgezählt werden, gelten: rückständiger Lohn der Bergleute und sonstiger bei der Zeche angestellter Personen; Pochwerks- und Hüttenkosten; Abgaben an den Bergherrn und oft auch an den Stöllner; aus Bergcassen der Zeche vorgeschoffener Verlag; Forderungen Dritter wegen hergegebenener Betriebscapitalien oder Materialien, für welche auch eine ausdrückliche Hypothek bestellt werden kann. Können diese Forderungen nicht durch den Ertrag der Zeche getilgt werden, so kann dieselbe subhastirt, oder auch dem Gläubiger nach dem Tarwerthe zugesprochen werden, so daß er sie fortbaut und der Gewerkschaft, die sich dann auflöst, den etwaigen Ueberschuß herauszahlt¹³³⁾.

Häufiger löst¹³⁴⁾ sich aber eine Gewerkschaft, wenn die Zubeße der gehorsamen Gewerke zum Fortbetriebe nicht hinreicht, oder

129) Preuß. Landr. II. 16. §. 295. Hake, Commentar §. 317.

130) Z. B. Karsten, Bergrechtslehre §. 305.

131) Pfälzische Bergordn. v. 1791. Art. 64. Doch heißt es hier: Dafern die Schuld aber von den Gewerken nicht zu erhalten wäre u. s. w. Als abweichend vom gemeinen Rechte führt man gewöhnlich auch das böhmische an. Doch ist in der joachimsthaler Bergordn. II. Art. 72, worauf man sich beruft, gar nichts von einem Pfanden der Gewerken außer mit der Zeche gesagt und im Uebrigen hängt das subsidiarische Pfanden der Gewerken selbst mit dem dortigen Hypothekenwesen zusammen. Schmidt, böhmisches Bergrecht §. 125, 314 u. 315. Vergl. Tausch, österreichisches Bergrecht §. 78. — Da übrigens in der früheren Zeit die Gewerken den Betrieb mehr als jetzt selbst leiteten, ihre Erze auch selbst verschmolzen, so kamen auch ganz natürlich Bergschulden in Bezug auf die einzelnen Bergtheile oder Kuxe vor (sächs. Bergordn. v. 1589. Art. 1.), und dieß verleitet Manche zu glauben, daß der Kux jetzt für Gewerkschaftsschulden von dem Gläubiger in Anspruch genommen werden könne. Ueberhaupt werden die Schulden der Gewerkschaft und die der Kuxe nicht selten vermischt. — Die richtigen Grundsätze über Actienvereine wirken vielleicht auch auf das Bergrecht zurück.

132) Karsten, Bergrechtslehre §. 303.

133) Sächs. Mandat über Bergrechtsfreiigkeiten v. 1713. §. 26.

134) Hake, Commentar §. 543 fig. Karsten, Bergrechtl. §. 217 fig.

wenn Unglücksfälle eintreten u. s. w., freiwillig auf (die Zeche wird auflässig), was bei dem Bergamte anzuzeigen ist. Das verliehene Grubenfeld fällt sodann in's Bergfreie zurück. Die Gewerkschaft erlischt aber auch unfreiwillig, zur Strafe, wenn sie den bergrechtlichen Vorschriften nicht nachkommt, wenn sie also vier Termine die Quatembergelder (s. unten) nach geschehener Aufforderung nicht entrichtet; wenn der Bau bergordnungswidrig nach geschehener Warnung betrieben, oder die Zeche gar nicht belegt wird¹³⁵). Wenn sie dagegen aus Gründen, die die Bergbehörde billigt (wenn z. B. die gewonnenen Erze der Art sind, daß sie durch das Aufbewahren werthlos werden, oder wenn sie nicht verkauft werden können), eine Zeit lang ungebaut bleibt, so heißt dieß Frist erhalten, wofür gewisse Fristgelder bezahlt werden müssen. Bleibt die Zeche diese vier Quartale schuldig, oder wird die Frist gekündigt und nicht gebaut, so fällt dann die Grube doch auch in's Freie¹³⁶). Sobald Ungewißheit darüber obwaltet, ob eine Zeche oder Gewerkschaft ihres Bergwerkseigenthumes verlustig sei oder nicht, namentlich also bei bergordnungswidrigem Betriebe oder Nichtbetriebe, so ist das Freifahren durch Bergbeamte nöthig, d. h. es wird durch den Augenschein an Ort und Stelle der Beweis geführt, daß die Zeche ihres Eigenthumes verlustig und somit auflässig sei. Das Freifahren kann auf den Antrag der Bergbehörden, oder in gewissen Fällen auf den eines Dritten (Freimacher), der die Grube muthen und fortbauen will, erfolgen¹³⁷). Wird sie aber auflässig, so ist von dem Bergamte eine genaue Beschreibung des Zustandes derselben aufzunehmen, um-sich in späterer Zeit darnach richten zu können. Dann fällt, wie schon oben bemerkt, das eigentliche Bergwerkseigenthum, also das verliehene Grubenfeld nebst dem, was als wirkliche Zubehörang desselben erscheint, in's Bergfreie zurück; die Räume, für welche der Erzkup (s. unten) gegeben ward, erhält deren früherer Eigenthümer wieder, wenn schon unter bergpolizeilichen Beschränkungen¹³⁸). Die übrigen Gegenstände des Bergwerkseigenthumes im weiteren Sinne, wie Pochwerke und andere Tagegebäude oder Plätze, das Gezähe, der Erzvorrath u. s. w. verbleiben den bisherigen Gewerken¹³⁹), insofern sie nicht zur Befriedigung der Gläubiger der Zeche zu verwenden sind. Wird dann später ein solches Berggebäude wieder aufgenommen, so ist der neue Aufnehmer, nach richtigen Grundsätzen, für die früher unbefriedigt gebliebenen Forderungen der Gläubiger mit der Zeche wieder einzustehen nicht verpflichtet. Denn da sie aus dem Bergfreien wieder aufgenommen wird, erscheint sie als neu entstandenes Rechtsobject und kann juristisch nicht als ein und derselbe Gegenstand hinsichtlich der früheren Grube gelten.

135) Sächs. Bergordn. v. 1589. Art. 23 u. 24. Hertwig, Bergbuch s. v. Bauhafterhalten.

136) Pate, Commentar §. 348 flg.

137) Hertwig, Bergbuch s. v. Freimachen.

138) Freiesleben, Darstellung §. 22.

139) Span, Bergurth. Art. 125 u. 127.

Die Rechte ¹⁴⁰⁾ und Verbindlichkeiten der Gewerke als solche, das Eigenthum der gewerkschaftlichen Zeche, dessen Erwerbung, Schuldenbelastung und Verlust müssen sorgfältig von den Rechten und Verbindlichkeiten der Kupinhaber als solchen geschieden werden; man darf die Eigenthümlichkeit des Bergwerkseigenthumes (s. oben) nicht mit dem Eigenthume am Kur, die Erwerbung, Veräußerung, Verpfändung und den Verlust dieses nicht mit dem jenes verwechseln. Daher soll nun auch hier erst das Weitere über die Kure, deren rechtliche Natur jedoch oben schon erörtert wurde, folgen. Zuvörderst sei aber bei Gelegenheit des Grund- oder Erbkures ¹⁴¹⁾, auch Ackertheil genannt, das Nöthige noch über das Verhältniß der Bergbau Treibenden zu den Grundeigentümern ¹⁴²⁾ bemerkt. Schon früher sagten wir, daß der Grundeigentümer das Schürfen gestatten müsse, und damit steht es auch in Verbindung, daß er zum wirklichen Betriebe des Bergbaues die nöthigen Räume gesetzlich abtreten oder überlassen muß. Mag man diese Verbindlichkeit der älteren Ansicht zufolge als *servitus necessaria*, oder nach der neueren als gesetzliche Expropriation betrachten, so spricht sich jedenfalls in ihr eine Begünstigung des Bergbaues aus, die wenigstens geschichtlich dadurch gerechtfertigt wird, daß in den alten Zeiten der Bergbau meist in Gegenden betrieben ward, deren Oberfläche noch wenig benützt wurde, oder auch sich noch gar nicht im Eigenthume Einzelner befand ¹⁴³⁾, sowie dadurch, daß damals der Bergbau sehr ergibig war, somit der Grundeigentümer durch den Erbkur hinreichende Entschädigung erhielt. Hat nun auch das neuere Recht an dem Grundsatz festgehalten, daß die zum Bergbaue nöthigen Räume, wohin aber nicht auch die für Bergmannswohnungen gehören, vom Grundeigentümer hergegeben werden müssen ¹⁴⁴⁾, so ist man doch in Bezug auf die Entschädigung vom alten Rechte oft abgewichen. Einmal gestatten viele Bergrechte dem Grundeigentümer die Wahl zwischen dem Erbkur ¹⁴⁵⁾ oder sonstiger Entschädigung.

140) Schmidt, böhmisches Bergrecht §. 315.

141) Das Wort Erb, welches in der Bergrechtssprache so oft vorkommt, kann nicht mit hereditas oder fundus in Zusammenhang gebracht werden, wie man gewöhnlich glaubt, es ist daher auch unrichtig fortgebildet, wenn man von erblichen Bereiten, oder das Erbe bereiten spricht; es muß vielmehr ein altes erhöhendes Beiwort, wie etwa Erz in Erzmarshall u. s. w. sein. Constitutio Wenzeslai II. a. 4. heißt es: *Et ollo dicitur hereditarius, quasi perpetuus propter diuturnitatem.*

142) Hake, Commentar §. 520 flg. Freiesleben, Darstellung §. 19 u. 20. Lehmann, bergrechtliche Gedanken vom Erbkur 1753.

143) Daher hatte der Erbstödlner nach dem igitauer Bergrechte die Befugniß, die Erboberfläche so weit für sich und sein Vieh zu benutzen, als er mit einem Bogen schießen konnte.

144) Preuß. Landr. II. 16. §. 109.

145) Die sächs. Bergordn. von 1531 bestimmt, daß, wenn der Grundeigentümer nicht gewußt hat, daß auf seinem Grund und Boden ein Schacht abgesetzt ist, er noch innerhalb des ersten Monates, nachdem Kübel und Seil eingeworfen ist, mit 10 angefahrenen, untadelhaften Männern, die glauben, erschwöre recht, sein Nichtwissen beschwören darf, worauf er den Erbkur erhält.

Diese wird entweder so bestimmt, daß der Grundeigenthümer für die jährliche Abnutzung Vergütung erhält¹⁴⁶⁾, oder so, daß die nöthigen Räume ausgekauft werden, wobei nach gemeinrechtlichen Grundsätzen verfahren wird. Dies wird besonders hinsichtlich der Räume nöthig, welche man für den Erzkup nicht erhält, z. B. Plätze für Pochwerke und Wäschen. Abgesehen von den durch den Bergbau erschrottenen Bergwässern und den aus öffentlichen Flüssen oder Bergwässerbehältern erlangten Wässern (s. oben), müssen aber auch die Wässer der Privaten, Bäche, Quellen, Teiche nach obigen Grundsätzen für den Bergbau abgetreten, oder gegen jährlichen Wasserzins hergegeben werden, so weit sie nicht ganz unentbehrlich sind, und insofern gilt das Sprichwort noch: Mühlen mit Teichen müssen dem Berge weichen¹⁴⁷⁾. Endlich wurde das zum Bergbau nöthige Holz früher häufig aus bergherrlichen Forsten unentgeltlich, oder auch von den Grundeigenthümern gegen Holzkuxe verabreicht. Jetzt muß dieses aber, soweit nicht alte Verträge oder Privilegien noch wirken, gekauft werden und es kommen den Bergbautreibenden nur noch gewisse Begünstigungen, z. B. hinsichtlich des Preises, nach Particularrechten zu¹⁴⁸⁾.

In Bezug auf den Erzkup sind noch folgende Rechtsgrundsätze zu beachten. Er kommt nur dem zu, auf dessen Grund und Boden, wenn er auch nur ein nutzbares Eigenthum hat; sich der Grubenschaacht befindet und der Grundeigenthümer muß sich dafür das Bauern der Kauen, das Stürzen der Halben und das Anlegen von Wegen und Stegen für die Zeche gefallen lassen. Der Erzkup gilt als eine von dem Grundstücke unzertrennliche Pertinenz. Er wird frei, ohne Zubuße, verbaut, bringt aber auch dem Eigenthümer erst Gewinn, wenn es zur wirklichen Ausbeute kommt. Diese wird aber dann, wenigstens nach dem neueren Rechte, unter die Grundeigenthümer verhältnißmäßig vertheilt, welche z. B. durch das Absenken neuer Schachte auch Schaden leiden¹⁴⁹⁾. Uebrigens kommt der Erzkup bei Stollen nicht vor und ist auch auf den Abbau anderer Lagerstätten als Gänge ursprünglich nicht berechnet.

Außer dem Erbkuxe gibt gewöhnlich die Zeche noch einige andere Freikuxe¹⁵⁰⁾, die bald in die 128 Kuxe der Zeche mit eingerechnet sind, bald nicht. Dahin gehören die Stadt-, Kirchen- und Schul-, auch Knappschaftskuxe. Auch sie erscheinen als unveräußerliche Pertinenz des Vermögens der Persönlichkeit, der sie zugehören, und auch sie geben keine Zubuße.

Die übrigen gewerkschaftlichen Kuxe¹⁵¹⁾ befinden sich im

Diese Bestimmung ist merkwürdig, weil sie noch in so später Zeit an die uralten Witschwdrer (conjuratores) erinnert.

146) Preuß. Landr. II. 16. §. 113.

147) Preuß. Landr. II. 16. §. 110.

148) Hake, Commentar §. 539.

149) Freies Leben, Darstellung S. 99.

150) Hake, Commentar §. 110. Karsten, Bergrechtslehre S. 242.

151) Bei Messingsfabriken, Torfgräbereien u. s. w. kommen keine Kuxe vor, sie finden sich nur für regale Fossilien. Da sich jedoch das Berg eigen-

vollen, unbeschränkten Eigenthume und sind frei veräußerlich. Dasselbe ist theils ein ursprüngliches, welches bei Errichtung der Gewerkschaft erworben wird, theils ein abgeleitetes. Die Kuxe können nach den, für die Veräußerung unbeweglicher Sachen durch das teutsche Recht begründeten, Bestimmungen frei veräußert werden¹⁵²). Die Vertragsurkunde der Beteiligten (Abgewährungsschein), in der auch der Erwerbstitel sowie der Preis angegeben sein muß, wird dem, der das Gegenbuch führt, nebst dem letzten Zubußzettel, bei einer Zubußzeche übergeben, worauf die Eintragung der Veräußerung in dasselbe erfolgt. Jedenfalls muß sich der Eintragende über den Entschluß des Verkäufers zu veräußern vergewissern und daher die Erklärung persönlich oder durch speciell Bevollmächtigte erfolgen¹⁵³). Läßt sich der Erwerber die Kuxe binnen 4 Wochen dann aber nicht zugewähren, so ist der Veräußerer nicht mehr an den Vertrag gebunden¹⁵⁴). Bis die Eintragung erfolgt, findet unter den Beteiligten nur eine persönliche Klage statt. Wegen Verletzung über die Hälfte wird aber gar keine Klage gestattet, weil Kuxe keine sichere Schätzung zulassen. Der Veräußerer soll den Zugewährungsschein zurückgeben und dem Erwerber wird ein neuer ausgestellt¹⁵⁵). Wie die Investitur die Handlung ist, durch welche das Eigenthum an anderen unbeweglichen Sachen erworben wird, so ist es hier die gerichtliche Eintragung der Veräußerung in das Gegenbuch. Nach älterem Rechte entschied daher über das Eigenthum am Kuxe stets das Gegenbuch¹⁵⁶), so daß auch keine Vindication gegen dasselbe zulässig war und der Eigenthümer sich nur wegen des Interesses an den Gegenschreiber halten konnte. Doch gestattete man die Anfechtung der Eintragung noch während drei auf einander folgender Fristen von 14 Tagen, ein Zeitraum, den man die bergrechtsverwährte Zeit nennt. Jetzt läßt man jedoch, vermöge der Einwirkung der römisch-rechtlichen Ansichten, den Beweis des Eigenthumes gegen das Gegenbuch zu¹⁵⁷). Doch hat man kein Eigenthum an nicht zugewährten Kuxen, wenn man sie auch verzubußt; unterläßt man später die Zubußzahlung, so bedarf es keines Retardats. Uebrigens wird doch auch jetzt noch auf Privatconventionen, z. B. hinsichtlich des Vorkaufsrechtes, die nicht in das Gegenbuch eingetragen sind,

thum auf alle Anstalten der Zechen bezieht, so erstrecken sich auch die Kuxe auf diese, z. B. auf Blaufarbenwerke. Wenk de dom. part. met. S. 7 sq.

152) Uebrigens findet sich bei Meyer, bergrechtl. Beob. S. 179. eine merkwürdige Form der alten Zeit für den Handel mit Kuxen, der an unser Speculiren in Staatspapieren erinnert.

153) Meyer, bergr. Beob. S. 161.

154) Meyer a. a. D. S. 176.

155) Ueber die Veräußerung der Kuxe Unmündiger siehe sächs. Vormundschaftsordn. v. 1782. S. 16. §. 3. Preuß. Declaration von 1789. (Wagner corp. iur. met. p. 1245.) Ueber Schenkung der Kuxe auf den Todesfall s. Hertwig, Bergbuch s. v. Gegenbuch §. 11.

156) Sächs. Bergordn. v. 1589. Art. 12. Wenk de dom. part. met. p. 41 sq.

157) Meyer, bergr. Beob. S. 199.

keine Rücksicht genommen ¹⁵⁸). Das Retractrecht findet auf den Kurverkauf keine Anwendung ¹⁵⁹).

Wie unbewegliche Sachen nach teutschem Rechte außer der Investitur auch durch das Erben erworben werden, so findet dieß auch hinsichtlich der Kuxe statt. In diese wird nach dem in dem Lande, wo der Erblasser wohnt, geltenden Civilrechte succedirt, ohne auf die Erbfolge ab intestato beschränkt zu sein. Wenn auch hierbei früher das Eigenthum ipso jure, ohne Erbschaftsantritt, auf den Erben überging, so muß man doch, der richtigeren Ansicht zufolge, behaupten, daß in dieser Hinsicht jetzt die gemeinrechtlichen Grundsätze zur Anwendung kommen ¹⁶⁰). Ebenso bedurfte der Erbe früher der Eintragung der ererbten Kuxe in das Gegenbuch zur Sicherung seines Rechtes nicht ¹⁶¹); spätere Gesetze schreiben dieselbe aber bei Verlust des Kures in einer gewissen Frist vor ¹⁶²). Die ohne Erben gebliebenen Kuxe fallen an den Fiskus und nicht in's Bergfreie, haben sich aber die Erben den Verlust derselben durch unterlassene Eintragung zugezogen, so fallen sie nach richtiger Analogie den übrigen Gewerken und nicht dem Fiskus zu.

Da die Kuxe als ein vom Civilvermögen verschiedener Theil betrachtet werden, so ergreift eine allgemeine Hypothek des Schuldners dessen Kuxe nicht mit ¹⁶³). Diesen unmittelbar betreffende stillschweigende Berghypotheken kommen nicht vor, doch kann der Verleser ¹⁶⁴) wegen rückständiger Zusage seine Befriedigung durch den Kuxe verlangen, oder sich auch ein ausdrückliches Pfandrecht deshalb an demselben bestellen lassen. Uebrigens darf auch jeder Gewerke wegen einer Civilschuld seinen Kuxe durch Eintragung einer Hypothek in das Gegenbuch verpfänden ¹⁶⁵) und haftet jetzt auch das Bergvermögen in subsidium für Civilschulden. Der Gläubiger erhielt dadurch nach früherem Rechte eine Art widerrechtliches Eigenthum und nahm statt der Zinsen die Ausbeute. Dagegen muß derselbe, schon seines eigenen Vortheils halber, wenn der Schuldner die für einige Zeit etwa nöthige Zusage nicht entrichtet, diese selbst auslegen ¹⁶⁶). Nach dem früheren Rechte hatte auch hier der Gläubiger keine persönliche Klage gegen den Schuldner. Wenn Jemand durch Gesetz oder Vertrag an dem Kuxe den Nießbrauch ¹⁶⁷) hat, so ist es zweifelhaft,

158) Schmid, Archiv Heft 1. S. 181.

159) Span, Bergurth. Nr. 330.

160) Wenk de dom. part. met. p. 50 sq.

161) Span, Bergurth. Tit. 10. §. 3. sagt noch: Der Erbe bedarf keiner neuen Gewähr, noch Zuschreibens.

162) In Sachsen sollen inländische Erben innerhalb 6 Monaten, ausländische innerhalb 12 Monaten sich in's Gegenbuch eintragen lassen. Köhler, Anleitung S. 392.

163) Pate, Commentar S. 231 u. 239.

164) Meyer, berg. Beob. S. 166.

165) Meyer, S. 187. Karsten, Bergrechtslehre S. 290.

166) Sächs. Mandat über Bergrechtsstreitigkeiten v. 1713. Art. 27.

167) Meyer, S. 1 u. 185.

worin dieser bestehe: ob nämlich in der Ausbeute selbst, oder nur in den Zinsen derselben. Wenn gleich für letztere Ansicht auch Particularrechte sind¹⁶⁸⁾, so ist sie doch nicht die richtige¹⁶⁹⁾, indem sie auf einer Verwechslung des Kurses und der Ausbeute beruht und der Ausbeute gebende Kur ein zu den unbeweglichen Sachen gehörender Vermögenstheil ist, als dessen unmittelbarer Nutzen eben die Ausbeute erscheint. — In der früheren Zeit wurde diese in natura gegeben und das Schmelzen der gewonnenen Erze sowie der weitere Verbrauch oder Verkauf den Einzelnen überlassen. Jetzt wird aber die Ausbeute mit wenig Ausnahmen vierteljährlich in Geld (Ausbeutethalern) bezahlt¹⁷⁰⁾. Ehe jedoch von einer Zeche Ausbeute gegeben wird, muß die auf derselben haftende Schuld bezahlt und auch so viel baare Cassen da sein, daß dadurch wenigstens die Ausgaben für das nächste Quartal gedeckt werden. Da man zu den Schulden der Zeche auch die von den Gewerken gezahlte Zusage rechnet, so heißt das, was man, bis diese zurückgezahlt ist, auf seinen Kur erhält: Verlagswiedererstattung¹⁷¹⁾. Auf diese haben aber die Besizer der Freikurse keinen Anspruch und natürlich auch die nicht, welche ihren Kur bereits veräußert oder verloren haben. Wenn dagegen die Zeche zu ihrer Bauhafthaltung noch fremder Unterstützung bedarf, so wird diese, so weit es nicht auf andere Weise geschieht, von den Gewerken unter dem Namen der Zusage¹⁷²⁾ vierteljährlich aufgebracht. Diese wird durch den Schichtmeister, unter Mitwirkung des Bergamtes, nach der Anzahl der Kurse bestimmt und gegen sogenannte, vom Schichtmeister und Bergschreiber unterzeichnete, Zusagezettel eingefordert. Die Nichtzahlung der Zusage hat den Verlust des Kurses für den Gewerken zur Folge. Wer nämlich in der sechsten Woche des Quartals, für welches die Zusage ausgeschrieben ist, diese nicht entrichtet, wird in das Retardat gesetzt und verliert dadurch seinen Kur, indem dieser caducirt wird¹⁷³⁾. Von dieser Strenge weichen aber mehrere Bergrechte, namentlich auch das sächsische ab, so daß durch das in das Retardat Setzen der Kur noch nicht caducirt wird, dieß vielmehr erst nach Ablauf des dritten Quartals geschieht¹⁷⁴⁾. Macht sich der Gewerke aber zuvor noch anhängig, d. h. zahlt er abschläglichs etwas, so wendet er dadurch die Caducirung oder den Verlust des Kurses ab¹⁷⁵⁾, hat zugleich

168) Sächs. Constitutionen v. 1572. P. III. const. 25. Hafe, Commentar §. 331.

169) Man beruft sich auch auf L. 7. §. 13 u. 14. L. 9. §. 2. D. soluto matrimonio. (24. 3.) Uebrigens erhielt ja der Pfandgläubiger, der den Nießbrauch hatte, auch die Ausbeute und nicht die Zinsen derselben. Literatur siehe bei Gründler, Polemik des germanischen Rechtes Th. II. S. 449 flg.

170) Köhler, Anleitung S. 207 flg.

171) Hafe, Commentar §. 378. Karsten, Bergrechtslehre S. 254.

172) Joachimsthaler Bergordnung II. Art. 62, 63. Hafe, Commentar §. 339.

173) Hafe, Commentar §. 554 flg.

174) Wenk de dom. part. met. p. 64 sq.

175) Hertwig, Bergbuch s. v. Anhängigmachen.

aber auch die besondere Verbindlichkeit auf sich genommen, die noch rückständige Zubeße nachzahlen zu müssen, ohne sich durch das Lossagen von dem Kuxe davon befreien zu können. Weiter ist jedoch aber ein Einlagungsrecht rückständiger Zubeße nach Bergrecht nicht begründet¹⁷⁶⁾, selbst wenn man den Zubeßzettel angenommen, oder die Zahlung versprochen hat. Dieser Grundsatz erklärt sich aus einem gemein teutschrechtlichen, wie er bei dem Lehen, gewissen Bauergütern u. s. w. vorkommt, indem auch hier auf die Unterlassung der Erfüllung gewisser Verbindlichkeiten, z. B. bei der Fekonie schlechthin der Verlust des Gutes gesetzt ist, ohne die Wahl zwischen diesem und der Nachforderung oder Nachleistung zu gestatten. Ebenso wird nach allen Bergrechten ohne Ausnahme der nicht verzubüßte Kux in das Retardat gesetzt und dadurch die Klage auf Nachzahlung der Zubeße an sich schon ausgeschlossen. Die caducirten Kuxe fallen der Gewerkschaft, oder den gehörigen Gewerken, d. h. denen, welche die Zubeße zahlten, zu, diese können sie gemeinschaftlich fortbauern, unter sich, oder auch an Dritte veräußern¹⁷⁷⁾; jedoch steht den Gewerken dann das Vorkaufsrecht zu¹⁷⁸⁾.

Ob die Gewerkschaft die Betreibung einer Grube oder eines Stollens¹⁷⁹⁾ bezweckt, ist an sich gleich. Allein in anderer Hinsicht kommen in Bezug auf letztere Rechtsverhältnisse vor, welche noch einer Erwähnung bedürfen. Zunächst ist zu unterscheiden, ob der Stollen für eine Grube von dem Eigenthümer dieser selbst getrieben wird, oder ob es Andere unternehmen, diesen zum Vortheil einer oder mehrerer Gruben zu treiben. Auch in diesem Falle ist aber der Stolleneigenthümer nicht allemal eine Gewerkschaft, vielmehr kann es auch der Bergherr selbst sein. Ihrer Bestimmung nach sind die Stollen theils Suchstollen, durch welche die Erschließung von Lagerstätten bezweckt wird, theils Erbftollen, welche anderen Gruben Wasser benehmen und Wetter bringen. Der zu treibende Stollen muß gemuthet und verliehen werden. Auch sind bei dem Bau desselben gewisse gesetzliche Bestimmungen zu beobachten¹⁸⁰⁾. Wenn er in ein fremdes Grubenfeld kommt, muß er schon nach den ältesten Quellen wenigstens eine Tiefe von 10 Lachtern und einer Spanne (Erbteufe), von der Dammeide angerechnet, eindringen, um als Erbftollen¹⁸¹⁾ zu gelten. Uebrigens können auch mehrere Stollen in dasselbe Gebirge eingebracht werden, und zwar theils von verschiedenen Seiten, theils von verschiedener Teufe; es kann sich auch ein Stollen in mehrere Flügelörter theilen. So lange sich der

176) Das Gegentheil wird mit Unrecht behauptet in Cropp u. Heise, Abhandlungen Bd. I. Nr. 22.

177) Wenk l. c. p. 33. Meyer, berg. Beob. S. 172.

178) Wenk l. c. p. 33.

179) Hake, Commentar §. 385. Karsten, Bergrechtslehre §. 164 fig.

180) Sächs. Stollenordnung von 1794.

181) Meyer, berg. Beob. S. 96 fig. Die Stollen bringen jetzt aber meist eine weit beträchtlichere Teufe ein.

Stollen noch in freiem Felde befindet, hat er, besonders nach sächsischem Rechte, für seine Höhe die Vierung wie ein Gang und kann die in derselben befindlichen Erze ohne besondere Muthung der Lagerstätte abzubauen¹⁸²). Kommt er in ein verliehenes Feld, so darf er in demselben am Fortbauen nicht verhindert werden, es ist ihm auch erlaubt, Lichtlöcher abzusenken; doch darf er das dabei gefundene Erz nicht für sich aushauen¹⁸³). Der Stöllner darf sogar die Schachte der Grube benutzen; sie muß ihm auch gestatten, in ihrem Baue anzufügen, um dem Stollen mit einem Orte entgegen zu gehen. Ein Servitutsverhältniß wird deshalb aber von den Bergrechten hierbei nicht zum Grunde gelegt. Der wenigstens mit der Erbteufe in ein fremdes Grubenfeld eingebrachte Stollen genießt: a) das Recht des Stollenhiebes, d. h. er kann das bei dem Forttreiben des Stollens ihm entgegenstehende Erz in seinem Umfange, $\frac{1}{2}$ Lachter hoch und $\frac{1}{2}$ Lachter breit, für sich wegnehmen¹⁸⁴). Ist er jedoch vom Mundloch her größer, so kann er auch den Stollenhieb größer nehmen¹⁸⁵). Ein Recht auf die Vierung hat er aber hier nicht. Träfe der Stollen, indem er Flügeldörter treibt, auf zwei Gänge in demselben Grubenfelde, so kann er nur mit einem den Stollenhieb nehmen. b) Das Stollenneuntel erhält der Stöllner von den gewonnenen Erzen der Grube, wenn er mit ihr durchschlägig geworden ist und ihr daher Wasser benimmt und Wetter bringt¹⁸⁶); es wird aber erst nach Abzug des Zehnten berechnet. Wenn der Stollen nicht alle Erfodernisse hat, oder, ohne durchschlägig geworden zu sein, doch eine Grube, z. B. durch vorhandene leere Klüfte, vom Wasser befreit u. s. w., erhält er nur das halbe Stollenneuntel. Doch wird ihm in ähnlichen Fällen auch nur ein bestimmtes Wassereinfallgeld zugesprochen¹⁸⁷). Wollte sich übrigens die Grube des Stollens nicht bedienen und das Wasser selbst herauschaffen, so erhält er doch das Neuntel. c) So lange der Stöllner den Stollen im Felde einer Grube forttreibt, bekommt er auch von derselben den vierten Pfennig, der in dem Betrage des vierten Theiles der Kosten der Betreibung des Stollens, wohin auch das Absenken der Lichtlöcher u. s. w. gehört, besteht¹⁸⁸). Die Grube kann aber auch nach Uebereinkommen den vierten Theil der Arbeit und Auslage in natura geben. Der vierte Pfennig kommt jedoch nicht überall vor und manche Bergordnungen gestatten nur die Wahl zwischen demselben und dem Stollenhiebe. Auch wird er für den Aufwand, den die Honorirung des Schichtmeisters, die Abtragung

182) H a f e, Commentar §. 425.

183) Sächs. Stollenordnung Art. 9.

184) H a f e, Commentar §. 431.

185) Preuß. Landr. §. 405. Nach dem iglauer Bergrechte konnte er so viel wegnehmen, als er, auf der Sohle des Stollens stehend, mit der Krage über sich und unter sich zu erreichen vermochte.

186) Meyer, bergt. Beob. S. 102. H a f e, Commentar §. 439.

187) Meyer, S. 102.

188) H a f e, Commentar §. 432.

der Quatembergelbet, die Errichtung von Tagegebäuden erfordert, nicht gegeben. d) Hat eine Grube den Stollen schnell nöthig, oder muß er, um zu ihr zu gelangen, Flügeldörter treiben, so erhält derselbe, ehe er in ihr Feld kommt, nach Uebereinkunft mit der Besche als Beihilfe die durch das Bergamt zu regulirende Stollensteuer, die ihm aber von dem vierten Pfennig wieder abgezogen wird¹⁸⁹⁾. Kann oder will der Stöllner den Stollen nicht weiter forttreiben und erklärt er dieß dem Bergamte, läßt er ihn dann verstopfen, d. h. an dem Orte, bis zu dem der Stollen vollständig hergestellt ist, ein Zeichen einhauen und erhält er ihn nebst Lichtlöchern bauhaftig, so behält er sein Recht am Stollen und bekommt auch das Neuntel fort, wenn er mit einer Grube schon durchschlägig war. Der verstopfte Stollen kann von Anderen gemuthet und fortgetrieben werden, wodurch der erste Stöllner sein Recht nicht verliert¹⁹⁰⁾; er erhält sogar von dem neuen Stöllner ein durch das Bergamt zu bestimmendes Wassereinfallgeld. Läßt der Stöllner aber den Stollen ohne zu verstopfen liegen und eingehen, so verliert er jedes Recht an denselben und ein Dritter kann sich ihn, wenn er freigesfahren ist, zum weiteren Fortbetriebe leihen lassen. Das Enterben¹⁹¹⁾ findet dann statt, wenn ein tieferer Stollen in die Grube ein- kommt, d. h. der frühere verliert seine Stollengerechtigkeit, und dieß erklärt sich daraus, daß ein Stollen nur so lange die Vortheile erhält, als er wirklich das leistet, wofür er sie bekommt. Der neue Stollen muß aber eine bestimmte Tiefe einbringen, z. B. 7 Lachter, doch richtet man sich auch nach der Beschaffenheit des Gebirges.

Von den gedachten Abgaben an den Stöllner sind die an den Bergherrn wohl zu unterscheiden. Hier ist zunächst der Zehnten¹⁹²⁾ zu erwähnen. In der alten Zeit erhielt, wie oben bemerkt wurde, der Bergherr von jeder Grube ein besonderes Lehen zum Abbau, dann bekam er einen gewissen Theil (Frohntheil) der gewonnenen Erze, mußte dafür aber auch verhältnißmäßig zu den Kosten beitragen oder mitbauen. Als aber auch dieß beschwerlich erscheinen mochte, behielt sich der Bergherr die Wahl zwischen diesem Rechte und dem Zehnten (Urbure) vor, so daß sich dieser besonders in manchen Ländern schon früh als regelmäßige Abgabe an den Bergherrn vorfindet¹⁹³⁾. Der Bergzehnt hat die Natur des Zehnten überhaupt und ist nicht mit den eigentlichen Staatsabgaben zu verwechseln. Er wird daher auch von den, mit dem Bergregal beliebigen, Privatn (s. oben) erhoben; ist oftmals vom Bergherrn an einzelne physische oder juristische Personen verliehen worden u. s. w. Uebrigens besteht er in den einzelnen Ländern nicht allemal in dem wirklichen Zehntentheile; auch wird er zuweilen von einzelnen regalen Fossilien nicht gegeben; ebenso findet

189) Meyer, berggr. Beob. S. 106. Kbhler, Anleitung S. 342.

190) Hake, Commentar §. 448 flg. Karsten, Bergrechtl. §. 228 flg.

191) Joachimsthaler Bergordn. II. Art. 98. Hake, Commentar §. 462.

192) Hake, Commentar §. 79 flg.

193) Meyer, berggr. Beob. S. 228 flg.

Verschiedenheit in Bezug darauf statt, ob er von dem rohen Erze oder von dem gewonnenen Metall entrichtet wird, sowie endlich in Hinsicht der Frage, ob er nur von Ausbeutezechen, oder von allen zu geben ist¹⁹⁴). Baut man in ein fremdes Territorium hinüber, so erhält der Bergherr dieses den Zehnt, wenn man die Erze auch nicht in dem selben zu Tage fördert. — Die später erst eingeführten Quatembergelder¹⁹⁵) werden von allen Berggebäuden, Eigenlehnerzechen, gewerkschaftlichen Gruben, Stollen, so lange sie wirklich gebaut, oder in Frist gehalten werden (s. oben), gegeben. Die Größe dieser Abgabe richtet sich nach den Landesgesetzen und diese unterscheiden wieder die Beschaffenheit der Berggebäude; auch kommen für gewisse Zechen Befreiungen von den Quatembergeldern vor. Die meisten Bergordnungen sagen ausdrücklich, daß diese Gelder zur Erhaltung der Geschworenen und zu anderer gemeinen Bergwerksnothdurft eingeführt wurden¹⁹⁶). Endlich ist noch das schon früh vorkommende, mit dem Münzregal zusammenhängende, Vorkaufsrecht der Erze oder Metalle zu erwähnen¹⁹⁷), welches dem Landesherren zusteht. Auch dieses hat sich in den einzelnen Staaten verschieden gestaltet und findet der Vermuthung nach nur bei edlen Metallen, oder wenigstens nur bei denen statt, aus welchen Geld geprägt wird.

Die sonstigen Eigenthümlichkeiten der Bergwerksverfassung sind ebenfalls in den einzelnen Ländern abweichend, und ebenso auch die besonderen Bergfreiheiten, die den Bergstädten und Bergleuten namentlich in Hinsicht auf Steuerfreiheiten zustehen. Vieles davon, selbst auch die eigne Berggerichtsbarkeit, hat den Institutionen der neueren Zeit, freilich nicht zum Vortheile des Bergbaues, der sich überhaupt jetzt nicht mehr der alten Begünstigungen erfreut, weichen müssen¹⁹⁸).

Einer neuen Bergwerksgesetzgebung ist allerdings Vieles fester zu bestimmen, zu ergänzen und abzuändern vorbehalten, da schon wegen des im Laufe der Jahrhunderte veränderten Baues so manche Bestimmungen unserer Bergordnungen un Zweckmäßig erscheinen und von ihnen auf mehrere Erfindungen der neueren Zeit, die auch auf den Bergbau angewendet werden, keine Rücksicht genommen ist, z. B. auf Dampfmaschinen, die die Stollen vertreten, auf den Bergbohrer, der

194) Karsten, Bergrechtslehre §. 210.

195) Pakt, Commentar §. 84.

196) Berwerflich ist die Meinung, nach der die Quatembergelder zur Anerkennung eines Obereigenthumes entrichtet würden.

197) Wenk de dom. part. met. p. 8.

198) Freiesleben, Darstellung. — Noch bemerke ich, daß, wenn sich in diesem Artikel Manches findet, was schon in der neuesten Ausgabe von Rittermajer's Grundsätzen des deutschen Privatrechtes steht, deßhalb die gütige Erklärung des Verfassers in der Vorrede nicht zu übersehen ist. — Endlich erwähne ich, daß mehrere speciellere Rechtsgrundzüge aus ungedruckten Bergurtheilen hergeleitet sind, ohne daß diese, wie es in der Natur der Sache liegt, besonders citirt wurden.

keine Rechte begründet, weil man durch ihn keine Handstufen erlangt¹⁹⁹⁾. Würde man aber von den wesentlichen Grundbestimmungen abweichen, den eigenthümlichen Character des Bergrechtes mit gemeinen civilrechtlichen Grundsätzen vertauschen, das noch lebende ständische Element im Bergvolk verschwinden machen und das bestehende Verhältniß des Bergbaues zum Staat auflösen, so würde dieß unfehlbar den Untergang eines großen Theiles des Bergbaues in Deutschland zur Folge haben. Bei dem Bergbaue erscheint der bloß wirthschaftliche Gesichtspunct als ein einseitiger.

Julius Reich.

199) Sternberg, Umriffe II. S. 342.