

S y s t e m

des

gemeinen deutschen Privatrechts.

Von

Dr. Georg Beseler.

Erster Band.

Leipzig,

Weidmann'sche Buchhandlung.

1847.

V o r r e d e .

Wenn es dem Gelingen einer Arbeit förderlich ist, daß man von Anfang an die Schwierigkeiten, welche bei derselben zu überwinden sind, klar erkannt hat; so darf ich für dieses Werk, dessen ersten Band ich jetzt dem Publicum vorlege, eine gute Meinung in Anspruch nehmen. Denn, gerade die Erwägung jener Schwierigkeiten hat mich abgehalten, schon früher damit hervorzutreten.

Es sind nicht so sehr die allgemeinen Zweifel und Bedenken, ob wir auch wirklich noch ein gemeines deutsches Recht haben und ob dieses für die Privatrechtsverhältnisse aus den einheimischen Quellen abgeleitet werden kann, welche ich hier im Auge habe. Denn für denjenigen, welcher eine bestimmte Lehre zu praktischen Zwecken darstellen will, muß diese Vorfrage erledigt sein, und es kommt nur darauf an, welche wissenschaftlichen Mittel ihm zu Gebote stehen, seiner Ansicht Geltung zu verschaffen, um die Grundlage des ganzen Werkes zu sichern. Aber bei der weiteren Ausführung desselben zeigen sich noch manche andere Bedenken, welche zu beseitigen sind. Die Grenze, welche zwischen dem Staatsrecht und dem Privatrecht hinläuft, ist in unserm deutschen Rechtswesen noch nicht scharf genug gezogen; deutsches und römisches Recht haben sich, wenigstens in manchen Instituten noch nicht so innig durchdrungen, daß es sich stets ganz sicher bestimmen ließe, woher das leitende Princip, die einzelne Regel zu entnehmen. Und ferner: wie ist das rechte Maas zu halten zwischen der geschichtlichen Entwicklung, bestimmt die geltende Rechtslehre begründen zu helfen, und der Rechtsgeschichte selbst, die immer belehrend, doch in ihrer selbständigen Bedeutung nicht der Dogmatik einverleibt werden darf? — Daß es nöthig ist, auch auf das Recht verwandter Völker Rücksicht zu nehmen, kann

nicht bezweifelt werden; und doch wird man dadurch so leicht verführt, den Combinationen einer vergleichenden Rechtswissenschaft nachzugehen, und den festen Kern des einheimischen Rechts gegen eine unbestimmte Masse allgemeiner Rechtsinstitute, welche in dieser Form nirgends Gültigkeit haben, einzutauschen. Die deutschen Particularrechte endlich sind auch für die Darstellung des gemeinen Rechts unentbehrlich, selbst wenn sie den formellen Zusammenhang mit demselben aufgegeben haben; aber soll hier Vollständigkeit angestrebt werden? ist die genaue Rechtsstatistik, so außerordentlich wichtig an und für sich, doch nicht eine Klippe für die strenge, principienmäßige Entwicklung gemeinrechtlicher Institute, die in der bunten Mannichfaltigkeit particularrechtlicher, oft willkürlicher Satzungen so leicht um alle Einheit und Haltung kommen? Und auf der andern Seite, wie gefährlich ist es doch, ohne die gehörige Berücksichtigung des in concreten Erscheinungen bestimmt ausgeprägten Rechtslebens bloß der Luft der Deduction aus allgemeinen Begriffen sich hinzugeben!

Schon lange habe ich die Ueberzeugung gehegt, daß vor Allem ein Mittel nöthig ist, auf diesem gefährlichen Wasser eine sichere Fahrt herzustellen, — nämlich die Revision der Lehre von den Rechtsquellen. Was ich darüber mit Beziehung auf die Reform unsers deutschen Rechtswesens überhaupt vor einigen Jahren veröffentlicht habe, hat jetzt eine vollständige, mehr zusammengekommene und schulgemäß formulierte Darstellung gefunden; es wird dadurch, wie ich hoffe, mit verständigen Gegnern eine Verständigung erleichtert sein. Einem gewöhnlichen Schuster freilich begreiflich machen zu wollen, daß die Leisten, nach welchen er bisher gearbeitet hat, nicht von der rechten Art sind, ist ein bedenklich Unternehmen; doch wird die Wahrheit auch hier schon über das Handwerk den Sieg davon tragen.

Mit der richtigen Auffassung der Lehre von den Rechtsquellen ist es aber noch nicht allein gethan; es kommt ebenso sehr auf die gehörige Kenntniß und Behandlung des Stoffes an. Auch versteht es sich von selbst, daß bei der Darstellung des positiven Rechts bloß subjectiven Neigungen und Gefühlen kein Einfluß eingeräumt werden darf; daß die wissenschaftliche Kritik in ihrer freiesten Bewegung wohl eine Reform anbahnen kann, aber das Bessere bloß

deswegen, weil sie es als solches nachweist, noch nicht zum Bestehenden macht. Zuerst gilt die Frage, was ist Recht? dann mag weiter untersucht werden, was Recht sein könnte und sollte. Hält man an diesem Princip fest, so ist namentlich auch den Germanisten und Romanisten bei der Bearbeitung unseres gemeinen Civilrechts die Möglichkeit einer gemeinsamen Thätigkeit gegeben, indem sie sich gegenseitig fördern und unterstützen. Ja selbst die Lösung der Frage über die Fortbildung unseres Rechtswesens bedingt nicht nothwendig ein feindliches Verhältniß unter ihnen; denn theils ist es doch an und für sich kein entscheidendes Moment, mit welchen Rechtsquellen jemand sich hauptsächlich beschäftigt, und die Erfahrung zeigt es, wie viel Tüchtiges in jeder Weise von ausgezeichneten und verdienstvollen Männern unter den Romanisten gekeifet worden; theils ist der Vorzug, welcher einigen Instituten in ihrer römisch-rechtlichen Ausbildung beigelegt wird, ein wirklich begründeter.

Deffenungeachtet halte ich dafür, daß der Gegensatz, der sich in neuerer Zeit wieder schroffer und allgemeiner zwischen den Germanisten und Romanisten ausgebildet hat, aus der innern Entwicklung unserer Jurisprudenz hervorgegangen und die nothwendige Folge jener nationalen Bewegung ist, welche seit der Mitte des 17. Jahrhunderts gegen die beinahe absolute Herrschaft des römischen Rechts hervortrat. Das letzte Ziel dieses Kampfes, wie er in neuerer Zeit von den Germanisten wieder aufgenommen worden, ist aber nicht darauf gerichtet, den ganzen Inhalt der fremden Quellen aus unserem Rechte zu verdrängen oder von den älteren deutschen Rechtsinstituten einige mehr in Ansehen und Geltung zu bringen; sondern die Aufgabe ist, den gesammten vorhandenen Rechtsstoff wissenschaftlich zu durchdringen, ihn im Geiste einer selbständigen, nationalen Rechtsbildung frei zu beherrschen und den Anforderungen der deutschen Gegenwart dienstbar zu machen. Ist dieses erst gelungen, so wird der Gegensatz von Germanisten und Romanisten von selbst aufhören, und in einer deutschen Jurisprudenz seine Ausgleichung und Versöhnung finden. Bis dahin aber wird und muß der Kampf fort dauern, sei es nun, daß er auf dem Gebiete des gemeinen Rechts in dem Volksleben und der Wissenschaft allein ausgefochten wird, oder daß eine deutsche Rationalgesetzgebung erwächst, welche diese große vaterländische Angelegenheit an sich zieht und sie zum

vollen, festen Abschluß bringt. Der neue von Preußen angeregte Plan zur Herstellung eines gemeinsamen deutschen Wechselgesetzes berechtigt in dieser Beziehung zu den schönsten Hoffnungen. Möge man nur, wenn das Werk zu Stande kommt, auch Sorge tragen, daß es vor der einseitigen Abänderung durch die Beteiligten möglichst sicher gestellt werde.

Ich wünsche, daß auch nach dieser Seite hin, als Vorarbeit für die Gesetzgebung, mein Buch, von welchem der zweite Band bald folgen soll, sich nützlich erweisen möge. Ueber Anlage und Plan desselben habe ich mich gehörigen Ortes ausgesprochen; ich bemerke nur, daß während des Druckes Manches erschienen ist, was früher bekannt geworden, eine Berücksichtigung gefunden haben würde. So wäre §. 64. das preussische Gesetz vom 23. Juli d. J. über die Verhältnisse der Juden zu nennen gewesen; auch Seufferts lobenswerthes Unternehmen, die Entscheidungen der oberen deutschen Gerichtshöfe in übersichtlicher Darstellung zu veröffentlichen, hätte eine Erwähnung gefunden, und bei den Citaten wäre berücksichtigt worden, daß Meyser sein öfters angeführtes Werk jetzt gemeines und württembergisches Privatrecht genannt hat, — eine Aenderung, welche bei der selbständigen Behandlung, welche namentlich der deutschrechtliche Theil des gemeinen Privatrechts darin gefunden hat, nur angemessen erscheinen kann.

Da ich die Correctur größtentheils nicht selbst habe besorgen können, so sind mehrere sinnentstellende Druckfehler stehen geblieben, welche ich nach dem beigegebenen Verzeichnisse zu berichtigen bitte.

Greifswald, im August 1847.

G. Beseler.

Inhaltsverzeichnis.

Erstes Buch.

Allgemeiner Theil.

Erster Abschnitt.

Einleitende Erörterungen.

Erstes Kapitel.

Begriff, Umfang und System des gemeinen deutschen Privatrechts.

I. Das gemeine Recht und seine Gegensätze.

	Seite
§. 1. Gemeines und particuläres Recht	1
§. 2. Das gemeine Recht als Hülferecht	5
§. 3. Gemeines und-anomalisches Recht. Ständerecht	11
§. 4. Das gemeine deutsche Recht der Gegenwart	13

II. Das Privatrecht.

§. 5. Rechtsverhältniß und Rechtsinstitut	18
§. 6. Staatsrecht und öffentliches Recht	21
§. 7. Das Privatrecht	24

III. Das gemeine deutsche Privatrecht.

§. 8. Geschichtliche Einleitung	27
§. 9. Deutsches und römisches Recht	31
§. 10. Trennung des römischen und deutschen Rechts in der wissenschaftlichen Behandlung	37
§. 11. Umfang und System dieses Rechts	41

Zweites Kapitel.

Methode des gemeinen deutschen Privatrechts.

§. 12. Von der juristischen Methode im Allgemeinen	44
§. 13. Methode des gemeinen deutschen Privatrechts	47
§. 14. Von der f. g. Natur der Sache	52
§. 15. Verhältniß der Methode zu den Rechtsquellen	57

Zweiter Abschnitt. Die Rechtsquellen.

Erstes Kapitel.

Die Rechtsquellen im Allgemeinen.

	Seite
§. 16. Die Rechtszeugung überhaupt	59
§. 17. Begriff und Arten der Rechtsquellen	62
I. Das geschriebene Recht.	
A. Das Gesetz.	
§. 18. Begriff und Eintheilung der Gesetze	65
§. 19. Form der Gesetze	68
§. 20. Umfang und Maaß der Geltung der Gesetze	72
§. 21. Verbot der Rückwirkung neuer Gesetze	73
§. 22. Folgen der Nichtbeachtung der Gesetze	78
§. 23. Aufhebung und Umänderung der Gesetze	82
§. 24. Von der Auslegung der Gesetze	85
§. 25. Von der Auslegung der Gesetze. (Fortsetzung.)	87
B. Von der Autonomie.	
§. 26. Begriff der Autonomie	94
§. 27. Begründung und Umfang der Autonomie	98
§. 28. Von der Abfassung der Statuten	102
II. Das ungeschriebene Recht.	
§. 29. Begriffsbildung im Allgemeinen	105
A. Das Volksrecht.	
§. 30. Begriff und Erfordernisse	108
§. 31. Erkenntnisquellen und Methode des Volksrechts	114
§. 32. Umfang und Kraft des Volksrechts	120
§. 33. Das Herkommen	124
B. Das Juristenrecht.	
§. 34. Begriff und Erfordernisse	128
§. 35. Verhältniß des Juristenrechts zum Volksrecht	134
§. 36. Methode des Juristenrechts	138
III. Verhältniß der Rechtsquellen unter einander.	
§. 37. A. Im Allgemeinen	141
B. Die Collision der Privatrechtsquellen verschiedener Staaten.	
§. 38. 1. Princip der Lehre	145
§. 39. 2. Anwendung des Principis	150

Zweites Kapitel.

Die Quellen des gemeinen deutschen Privatrechts.

	Seite
§. 40. Im Allgemeinen	158
§. 41. A. Die unmittelbaren Rechtsquellen	163
B. Die mittelbaren Rechtsquellen. -	
§. 42. I. Die juristische Literatur	166
II. Die historischen Rechtsdenkmäler.	
§. 43. Quellen des deutschen Rechts bis zum Ende des 9. Jahrhunderts	177
§. 44. Quellen des deutschen Rechts vom Ende des 9. bis zum Ende des 15. Jahrhunderts	184
§. 45. III. Die deutschen Particularrechte	197
§. 46. IV. Die Rechte verwandter Völker	226

Dritter Abschnitt.

Die Rechtsverhältnisse.

§. 47. Einleitung	231
§. 48. I. Von den Rechtsgeschäften	235
§. 49. Formalismus der Rechtsgeschäfte. (Fortsetzung.)	240
§. 50. II. Von den Privilegien	245
III. Einwirkung der Zeit auf die Rechtsverhältnisse.	
§. 51. Zeitberechnung und Zeitfristen	253
§. 52. Von der unvordenklichen Verjährung	259
IV. Schutz und Sicherung der Rechtsverhältnisse.	
§. 53. Von den Klagen	267
§. 54. Mittel für die Sicherung der Rechte	272
§. 55. Das Pfändungsrecht	285

Zweites Buch.

Das gemeine Landrecht.

Erster Abschnitt.

Das Personenrecht.

Erstes Kapitel.

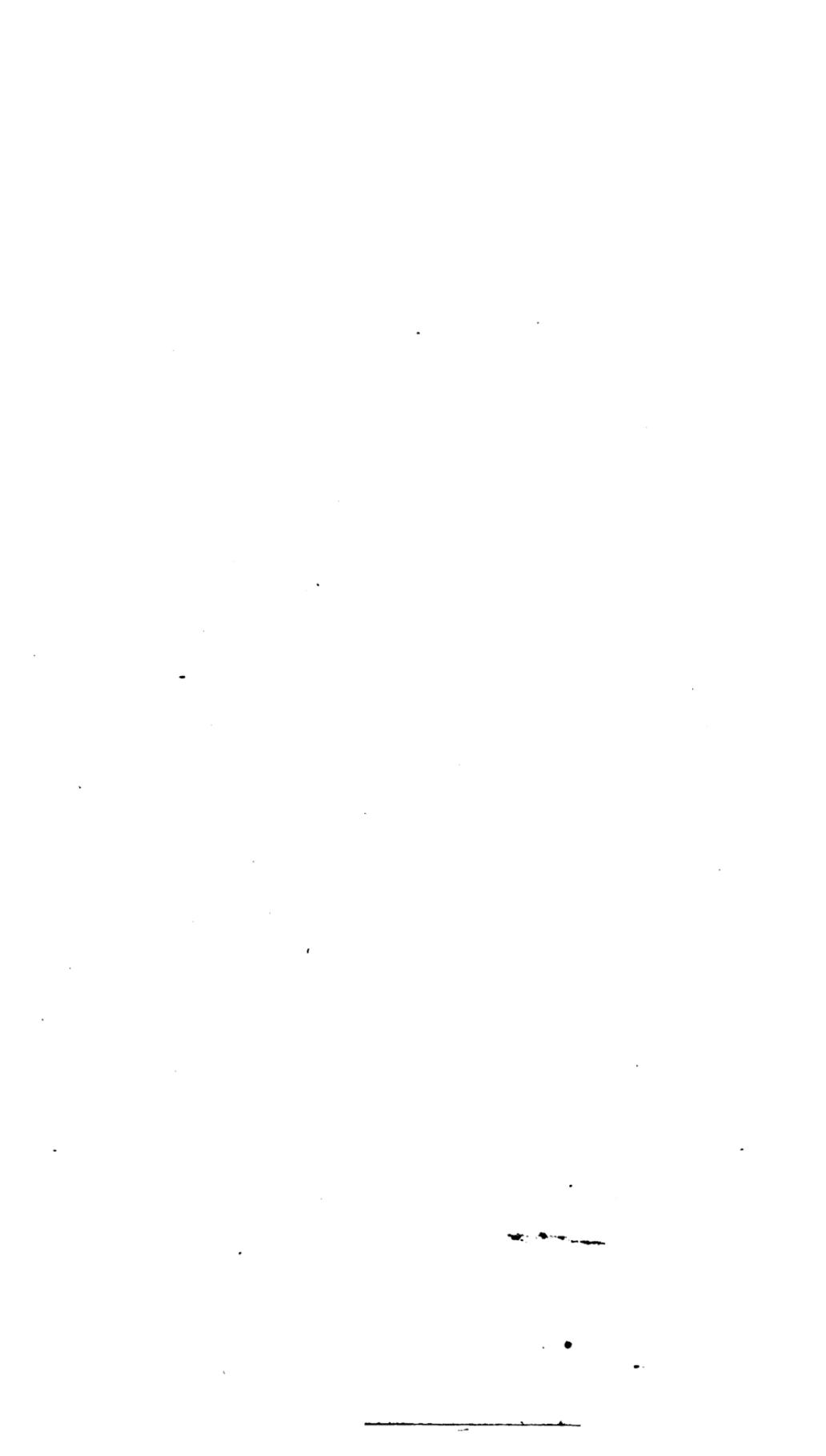
Die einzelnen Menschen als Personen.

§. 56. I. Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit	297
II. Anfang und Ende der Rechtsfähigkeit.	
§. 57. Die Geburt	299

	Seite
§. 58. Der Tod	303
§. 59. III. Geschlecht. Alter. Gesundheit	309
IV. Von der bürgerlichen Ehre und deren Verlust oder Verminderung.	
§. 60. Einleitung	314
§. 61. Das ältere deutsche Recht	317
§. 62. Geltendes Recht	324
V. Von dem Einfluß des religiösen Bekenntnisses auf die Rechtsfähigkeit.	
§. 63. Von den christlichen Religionsparteien	333
§. 64. Von den Juden	337
§. 65. VI. Einheimische und Fremde	343
Zweites Kapitel.	
Die juristischen Personen.	
I. Im Allgemeinen.	
§. 66. Begriff und Arten	349
§. 67. Entstehung der juristischen Personen	353
II. Die Corporation.	
§. 68. Princip und Bedeutung	357
§. 69. Rechtliche Stellung und Verfassung	364
§. 70. Die Gemeinde	374
§. 71. Die Genossenschaft	377
§. 72. III. Die Stiftung	383

Erstes Buch.

Allgemeiner Theil.



Erster Abschnitt.

Einleitende Erörterungen.

Erstes Kapitel.

Begriff, Umfang und System des gemeinen deutschen
Privatrechts.

I. Das gemeine Recht und seine Gegensätze.

§. 1.

Gemeines und particuläres Recht.

Das Recht als Inbegriff der Rechtsregeln (s. g. Recht im objectiven Sinn) wird seinem Umfange und seiner Beschaffenheit nach auf verschiedene Weise eingetheilt; für die Aufgabe dieses Werkes aber ist es von besonderer Wichtigkeit, den Begriff des gemeinen Rechts zuerst festzustellen, und zwar in seiner bestimmten Beziehung auf Deutschland. Denn an und für sich ist dieser Begriff kein nothwendiger, und auch nicht immer in demselben Sinne aufzufassen; er bekommt vielmehr seine nähere Bestimmung erst durch seine Gegensätze, und ist mit diesen die Folge einer eigenthümlichen Rechtsbildung, ohne deren Berücksichtigung die richtige Erkenntniß nicht gewonnen werden kann. Daher erklärt es sich, daß unter dem gemeinen Recht bei den verschiedenen Völkern nicht immer dasselbe ver-

standen wird¹⁾, ja daß es sogar bei demselben Volke im Laufe der Zeiten seine Bedeutung verändern kann und verändern muß, wenn die staatlichen und socialen Verhältnisse, auf denen es beruht, einer wesentlichen Umgestaltung unterworfen werden, — ein Umstand, der auch für das deutsche Recht wohl zu beachten ist.

Gemeines Recht, *jus commune*, bedeutet dem Wortsinne nach ein solches Recht, welches für einen größeren Kreis in einer gewissen Allgemeinheit zur Anwendung kommt, und die einzelnen Theile dieses gegebenen Ganzen zu einer Rechtsgemeinschaft zusammen faßt. Ist dieselbe nun eine unbedingte, und finden sich, etwa bis auf ganz unbedeutende und vereinzelte Verschiedenheiten, keine Abweichungen im Rechte des Gesamtgebiets, so versteht sich der Begriff des gemeinen Rechts von selbst, und es bedarf, eben weil der Gegensatz fehlt, keiner besonderen Bezeichnung dafür. Wie weit man aber den Kreis zu ziehen hat, für welchen der Begriff des gemeinen Rechts gelten soll, das hängt von den besonderen Verhältnissen ab, welche eben diese Bestimmung erheischen. Selbst das *jus gentium* der Römer läßt sich in mancher Hinsicht eben so gut als gemeines Recht bezeichnen, wie ein solches in wichtigen Beziehungen für die abendländische Christenheit des Mittelalters gegolten hat; und will man die allgemeinen Rechtsideen, die sich bei allen Völkern von einer gewissen Bildung beinahe mit Nothwendigkeit verwirklichen und wiederholen, unter diese Kategorie bringen, so ist vom Standpunkt einer philosophischen Betrachtung aus auch dagegen nichts einzuwenden. Hier ist aber nur von dem Rechte eines bestimmten Volkes, des deutschen, zu

1) Das zeigt sich schon, wenn man das *droit commun* der Franzosen und das englische *common law* unter einander und mit unserm gemeinen Recht vergleicht. Ueber die Ausbildung des ersteren s. den lehrreichen Vortrag von Warkönig, mitgetheilt in der Zeitschrift für deutsches Recht, X. S. 517—20.

handeln, und bei diesem finden wir von ältester Zeit her auch für das Recht den allgemeinen Grundcharakter des germanischen Wesens ausgeprägt: die Einheit in der Mannigfaltigkeit. Die erstere, anfangs nur durch die unsichtbar wirkenden Kräfte der Nationalität gehalten, gewann doch bereits für die in der fränkischen Monarchie vereinigten Stämme einen bestimmten, formellen Ausdruck, so daß das gemeinsame Recht schon zu Karls des Großen Zeit als *lex communis* bezeichnet werden konnte²⁾. Später, als sich die Deutschen zur Reichsverbinding selbständig constituirt hatten, blieb freilich die Einheit des Stammesrechts noch lange Zeit das hauptsächlichste Band der Rechtsgemeinschaft³⁾; ja diese zog sich häufig in die noch engeren Kreise einer Grafschaft, eines Stiftes u. s. w. zurück, und auch dieß gemeinsame Recht kleinerer Districte ward dann wohl als gemeines Landesrecht, *jus terrae commune*, bezeichnet⁴⁾: aber die durch die Reichsverfassung begründete Einheit blieb doch nicht ohne Einfluß auf das Rechtswesen, und so findet sich schon im frühen Mittelalter ein gemeines deutsches Recht, gewöhnlich Kaiserrecht genannt, für das ganze Reich

2) *Capit. Langob. inc. ai. cap. 6.* (Pertz, L. L. I. p. 192). — — *De caeteris vero causis communi lege vivamus, quod domnus excellentissimus Karolus rex Francorum atque Langobardorum in aedicto adjunxit.* Vgl. Phillips, Grundsätze des gem. deutsch. Privatr. (3. Aufl.) I. §. 1. Note 3.

3) Ganz ist diese Selbständigkeit des Stammesrechts, welche für die spätere Zeit nach Begründung der Territorialität viel zu wenig beachtet wird, noch nicht gebrochen; eine wichtige, wenn gleich sehr beschränkte Fortführung derselben findet sich namentlich in dem f. g. gemeinen Sachsenrecht (*jus commune saxonium*).

4) *Terra* wird dann in demselben Sinn gebraucht, wie in dem Diplom König Heinrichs von 1231 (Pertz, L. L. II. p. 283.) *domini* und *meliores et majores terrae* vorkommen. Beispiele davon s. bei Haltaus, *glossarium germanicum medii aevi s. v. gemein Recht* p. 641. 642. und Landrecht p. 1172—73. aus dem 13. und 14. Jahrhundert von Holstein, Mecklenburg, Hessen, Utrecht. Haltaus freilich hat diesen Sinn der Worte von dem des gemeinen Reichsrechts nicht immer gehörig unterschieden.

anerkannt und in Geltung⁵⁾. Dieß gemeine Reichsrecht war denn nicht bloß in den Reichsgesetzen enthalten, sondern es konnte auch ungeschriebenes sein und wird als solches ausdrücklich angeführt⁶⁾. Als endlich die fremden Rechte in Deutschland aufgenommen waren, gelangte das gemeine Recht zu einer Bedeutung, welche in diesem Umfange freilich der früheren Zeit unbekannt gewesen war.

Das gemeine Recht in Deutschland ist aber nie zu einer solchen Ausbildung gelangt, daß es, wie etwa seit der Revolution in Frankreich, zu einem absolut herrschenden geworden wäre. Gewisse Satzungen, welche die Reichs- und Bundesverfassung betreffen, können freilich keine Abweichungen neben sich dulden, und es ist auch sonst geschehen, daß nach den Willen der Centralgewalt einzelnen Rechtsregeln aus besondern Gründen die Kraft einer absoluten Geltung ist beigelegt worden⁷⁾; aber im Allgemeinen hat sich das Rechtswesen Deutschlands so entwickelt, daß sich in den einzelnen, mehr oder weniger selbstän-

5) C. Haltaus, l. c. s. v. gemein Recht und Kayserrecht. — Kraut, Grundriß zu Vorlesungen über das deutsche Privatr. (3. Ausg.) §. 17. Nr. 30—33. 52—59. — Meyser in der Zeitschrift für deutsches Recht. I. C. 14—24. IX. C. 384—404.

6) Erfurter Willkühr ai. 1300. Art. 2. Kraut a. a. D. Nr. 32). Die Sache ist geurtheilt nach der Stadt Rechte und Gewonheit des Reichs und anderer Städte. — Stiftungsurkunde für Freiburg i. B. ai. 1120. in dem Programm v. H. Schreiber (Freiburg 1833. 4.). C. 31. Si quando disceptacio vel questio inter burgenses meos orta fuerit, non secundum meum arbitrium vel rectoris eorum discucietur sed pro consuetudinario et legitimo iure omnium mercatorum precipue autem Coloniensium examinabitur iudicio. — Vgl. Handfeste der Stadt Bern von 1228. Art. 5.

7) Dahin gehören z. B. die Vorschriften der deutschen B. A. Art. 14. über die Stellung der früher reichsständischen Familien. Aus der Zeit des deutschen Reichs findet sich ein Beispiel in dem Gesetz über das Repräsentationsrecht der Enkel, Freiburger N. A. von 1498. §. 37, Succession der Töchtern und Enkeln betreffend. (Neue Sammlung der Reichsabschiede II. C. 46). Hier ist am Schluß des §. bis zum künftigen Reichstag für entgegenstehende Landesgebräuche noch ein Vorbehalt gemacht, der aber bereits in der R. G. D. von 1500 §. 19. (a. a. D. C. 71.) weggelassen ist.

digen Theilen des Gesamtgebiets neben dem gemeinen Recht noch ein specielles findet, welches nur für die Theile als solche Geltung hat und das particuläre Recht (Landrecht, Provinzialrecht u. s. w.) genannt wird. Zwischen beiden besteht denn das Verhältniß der Regel und der Ausnahme: diese kommt zuerst zur Anwendung, und jene erst dann, wenn eine Lücke im Particularrecht sich zeigt, welche eben aus dem gemeinen Recht ergänzt werden muß. Darauf beruht der Charakter des letzteren als eines subsidiären oder Hilfsrechts, — ein Begriff, der für das Privatrecht aber erst vollständig ausgebildet und praktisch durchgeführt werden konnte, als der fast fanatische Eifer der Romanisten für das gemeine römische Recht durch Gesetz und Sitte gemäßigt und eine unbefangene Berücksichtigung des Besonderen gewonnen war⁸⁾.

Das gemeine Recht in dem Sinne, wie es hier für Deutschland aufgefaßt worden, beruht nun aber nicht auf einer zufälligen Gleichheit oder Ähnlichkeit der Rechtsbildung; es ist nicht bloß die Summe übereinstimmender Particularrechte, sondern unabhängig von deren Gestaltung, gilt es vermöge seiner innern Beschaffenheit und der Natur seiner Quellen als Einheit für das Ganze und deswegen auch für die einzelnen Theile, insoweit diese sich nicht seiner Herrschaft entzogen haben. Eine bloß zufällige, durch äußere Gründe veranlaßte Uebereinstimmung mehrerer Particularrechte hat nur ein Aggregat gleichförmiger Regeln, aber kein gemeines Recht zur Folge, welches als solches schon in den einzelnen Theilen des Gesamtgebiets anzuwenden wäre. Selbst wenn man annehmen wollte, daß es in Deutschland Fälle von irgend einer Bedeutung gäbe, wo alle Particularrechte, ohne durch ein gemeinrechtliches Princip bestimmt zu sein, in ihren Satzungen genau zusammen träfen, so würde daraus noch kein gemeines Recht

8) Vgl. Volkrecht und Juristenrecht, S. 43. ff. — J. Weiste, praktische Untersuchungen, Heft III. (Leipzig 1847) S. 36—40.

abzuleiten sein. Eine solche absolute Gleichförmigkeit des Besonderen würde indessen immer eine Merkwürdigkeit sein, und meistens wird es wohl, wenn man sie zu finden glaubt, darin liegen, daß man eben den gemeinrechtlichen Kern nicht zu erkennen weiß. Doch legen Manche auf diese Unterscheidung ein Gewicht, und setzen dem gemeinen Recht ein allgemeines (*jus universale s. generale*) entgegen⁹⁾, oder befassen es unter dem Ausdrucke des factisch (historisch, materiell) gemeinen Rechts im Gegensatz zu dem juristisch gemeinen¹⁰⁾.

§. 2.

Das gemeine Recht als Hülferecht.

Von dem gemeinen Recht in der Bedeutung eines Hülferechts, welches nur in subsidium zur Anwendung kommt, ist schon im Allgemeinen gehandelt worden, doch bedarf dieß noch einer genaueren Erörterung, weil in Beziehung auf die Art der Wirksamkeit hier eine Verschiedenheit stattfinden kann. Es sind nämlich folgende Fälle zu unterscheiden:

I. Das gemeine Recht ist seiner Beschaffenheit und dem Umfange seiner Geltung nach von so allgemeiner Natur, daß

9) G. Hufeland, Beiträge zur Berichtigung und Erweiterung der positiven Rechtswissenschaft. Stück I. Nr. 1. S. 7. ff. Nr. III. S. 63. ff. — Maurenbrecher, Lehrbuch des deutschen Privatr. (2. Aufl.) I. §. 3. — Ich bemerke, daß hier eben von dem Gegensatz des gemeinen und allgemeinen Rechts die Rede ist, nicht aber von der Frage, inwiefern der erste Begriff mit dem zweiten zusammenfällt; vgl. Völkerrecht und Zurechtsrecht S. 91. ff.

10) v. Wächter, gemeines Recht Deutschlands, S. 6. ff. — Mit dieser Unterscheidung ist es nicht zu verwechseln, wenn Meyser (Zeitschr. für deutsches Recht. I. S. 14. ff. IX. S. 339.) das gemeine Recht in ein formell und materiell gemeines zerfallen läßt, je nachdem es durch Gesetz und Gewohnheit, oder vermöge der innern Wahrheit seiner Sätze (nach der Natur der Sache) geltend geworden. Dieser Gegensatz hängt mit der Auffassung der Quellenlehre zusammen, während Wächter den seinigen mit der Erörterung der Frage, ob es noch ein gemeines deutsches Recht giebt, in Verbindung gebracht hat.

es unter den gegebenen Verhältnissen ohne weitere positive Voraussetzungen zur Anwendung kommen kann, falls nur das Particularrecht es für ein gegebenes Rechtsverhältniß nicht ausdrücklich ausschließt, oder die entsprechenden Rechtsregeln schon ganz vollständig enthält, und einer weiteren Ergänzung also nicht mehr bedarf. Das drückte man früher so aus: wer sich auf das gemeine Recht berufe, habe *fundatam intentionem*, und brauche seine Anwendbarkeit nicht besonders nachzuweisen.

II. Allein das gemeine Recht hat nicht nothwendig und nicht immer eine solche unbedingte Wirksamkeit; außer jenen negativen Voraussetzungen, von denen seine Anwendbarkeit, insofern es ein bloßes Hülfrecht ist, überhaupt abhängt, können auch noch gewisse positive Erfordernisse hinzukommen, von deren Vorhandensein man sich überzeugen muß, ehe für die Geltung zu entscheiden ist. Verschiedene Umstände vermögen es, eine solche weitere Beschränkung der Wirksamkeit hervorzurufen.

a) Das gemeine Recht, welches in Deutschland gilt, ist theils einheimischen theils fremden Ursprungs; aus beiden Quellen nun sind Institute hervorgegangen, welche sich auf gewisse Rechtsverhältnisse beziehen und diese selbständig und eigenthümlich normiren, so daß sie nicht gleichzeitig zur Anwendung gebracht werden können, und doch aus allgemeinen Gründen für keines ein Vorzug herzuleiten ist. Hier muß nun, ehe man sich für das Eine oder das Andere entscheiden kann, untersucht werden, welches denn das für den vorliegenden Fall geltende ist, um damit die Lücke des Particularrechts auszufüllen; — ob z. B. die Erbpacht als Emphyteuse oder Erbleihe zu beurtheilen ist, ob die öffentliche Hypothek des römischen oder deutschen Rechts, die Tradition oder die Auflassung gilt.

b) Es gibt Institute, welche nicht auf einzelne, bestimmt abgeschlossene Bezirke beschränkt sind, auch ihrer Natur nach einen allgemeinen Charakter an sich tragen und nicht aus bloß particularrechtlichen Quellen abgeleitet werden können; welche aber doch in ihrer eigenthümlichen Gestaltung keine allgemeine

Geltung erlangt haben, und nur dann als rechtsbeständig angesehen werden können, wenn sie im Particularrecht, sei es durch Gesetz oder Gewohnheit, bestimmt anerkannt sind. Dieß Verhältnis findet nicht bloß dann statt, wenn das Vorkommen des Instituts unmittelbar und ausschließlich von einer Rechtsregel abhängt, deren Folge es ist, z. B. bei den Stammgütern des Adels, den Retractrechten; sondern es tritt mit demselben Nachdruck hervor, wenn der Vertrag oder die einseitige Verfügung Einzelner es zur Anwendung bringen will. Das ist eben nur dann möglich, wenn das betreffende Particularrecht ein solches Rechtsverhältnis überhaupt anerkennt und gestattet. In dieser beschränkten Weise ist z. B. die gemeinrechtliche Gültigkeit der Einkindschaft aufzufassen¹⁾, während dagegen die Erbverträge, das Familienfideicommiss u. s. w. der besonderen Anerkennung in den Particularrechten nicht bedürfen.

c) Endlich gehört der Fall hierher, wenn ein Rechtsinstitut sich nicht gleichmäßig entwickelt hat, sondern in verschiedenen Formen aufgetreten ist, ohne daß die besondere Ausprägung desselben rein particularrechtlich geblieben. Wenn dann auch die Vorfrage erledigt worden, ob das Institut überhaupt unter den gegebenen Umständen gilt, so ist noch weiter zu bestimmen, welche Art desselben in Frage steht. Ein Beispiel gewährt die eheliche Gütergemeinschaft in ihrer vielgestaltigen Ausbildung.

In Fällen der angeführten Art hat das Institut, wie man sich ausdrückt, nur die Bedeutung eines hypothetisch gemeinen Rechts, dessen einzelne Regeln erst dann zur Anwendung kommen, wenn über die Geltung des Instituts selbst keine Zweifel mehr bestehen²⁾. Da aber das gesammte gemeine Recht nach den hervorgehobenen Gegenständen in zwei ihrer Wirksamkeit nach

1) S. die Lehre von den Erbvertr. II. 2. S. 188—91.

2) Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht, §. 40. Note c. — Albrecht, in den Berliner Jahrbüchern. 1830. S. 504. — Der Ausdruck: hypothetisch gemeines Recht ist der Terminologie des älteren Naturrechts entlehnt; vgl. Glück, Pandecten-Commentar, I. S. 119.

verschiedene Massen zerfällt, so ist es gut, daß man dafür auch eine bezeichnende Terminologie annimmt, und so kann man nach den oben angegebenen Momenten ein unbedingt und bedingt gemeines Recht, oder noch genauer ein gemeines, unbedingt oder bedingt subsidiäres Recht unterscheiden ³⁾.

§. 3.

Gemeines und anomalisches Recht. Ständerecht.

Bis jetzt ist das gemeine Recht nur mit Rücksicht auf den Umfang und die Art seiner Geltung betrachtet worden; in diesem Sinne wird es auch gewöhnlich aufgefaßt, so daß, wenn nicht der Zusammenhang der Rede auf etwas Anderes schließen läßt, das Wort in der angegebenen Bedeutung zu nehmen ist. Allein der Ausdruck wird auch auf die Beschaffenheit des Inhalts bezogen, und darüber ist hier noch in der Kürze zu handeln. Wenn nämlich vorher gesagt wurde, das gemeine Recht verhalte sich zum Particularrecht wie die Regel zur Ausnahme, so ward dabei zunächst nur an die Rangordnung bei der Anwendung gedacht; man versteht aber auch unter dem gemeinen Recht, welches in diesem Sinne bei den Römern gleichfalls als *jus commune* bezeichnet ward ¹⁾, den Inbegriff derjenigen Rechtsregeln, welche dem Geiste eines positiven Rechtssystems, der *ratio juris* entsprechen, also den Charakter des Regelmäßigen an sich tragen, während das ihm gegenüberstehende besondere oder anomalische Recht (*jus singulare* oder *privilegium* im weiteren Sinne) nicht auf dem reinen Rechtsgebiet entsprungen ist, sondern den Grund seiner Geltung in einer Berücksichtigung der Zweckmäßigkeit oder Billigkeit hat. Dieß anomalische Recht kann aber in einem eben so weiten Umfange zur Anwendung kommen, wie das regelmäßige, und ist in dieser Hinsicht

3) S. Volkrecht und Juristen. S. 96—98. und v. Wächter, gemeines Recht Deutschlands, S. 184. Note 223.

1) L. 15. D. de vulg. et pupill. substitut. (28. 6.).

balb gemeines, bald particuläres Recht; aber auch in diesem letzteren Fall ist es von den bloß individuellen Ausnahmen wohl zu unterscheiden, welche, meistens durch ausdrückliche Bestimmungen der höchsten Gewalt im Staate, von der Anwendung der Rechtsregeln gemacht sind und jetzt gewöhnlich Privilegien genant werden²⁾.

Als eine Art des anomalischen Rechts pflegt man auch das besondere Recht der einzelnen Stände aufzufassen, und in der That hat dieß, anders als im späteren Mittelalter, wo das gemeine Recht beinahe ganz darin aufgegangen war, gegenwärtig nur eine untergeordnete Bedeutung, welche es in manchen Beziehungen als eine unregelmäßige, dem Geiste des gemeinen Rechts widerstrebende Rechtsbildung erscheinen läßt. Doch ist dieß auch jetzt, namentlich in Deutschland, noch nicht unbedingt der Fall; das Ständewesen der früheren Zeit zeigt sich noch in Instituten wirksam, welche, wenn auch wesentlich modificirt, doch nur im Zusammenhange mit ihrer ursprünglichen Wurzel vollständig begriffen und dargestellt werden können, wovon das Lehnrecht und die Lehre von den Familienfideicommissen Beispiele liefern. Das Recht aber des hohen Adels und manche Institute, welche nur für die, besonders durch Handel und Gewerbe begründeten Berufsstände gelten, tragen einen so selbständigen Charakter an sich und sind als bloße Ausnahmen vom gemeinen Recht so ungehörig bezeichnet³⁾, daß es vielmehr

2) Vgl. überhaupt Kierulff, Theorie des gemeinen Civilrechts, I. S. 47. ff. — v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, I. S. 61. ff.

3) Es ist freilich richtig, wenn Kierulff a. a. O. S. 48. bemerkt, daß das anomalische Recht wieder seine eigene ratio hat, wozu eben das dem gemeinen Recht gleichgültig gebliebene (oder, füge ich hinzu, widerstrebende) Moment erhoben wird; allein eben diese singuläre ratio und daß sie es geworden, macht gerade den Charakter dieser Rechtsbildung aus, während z. B. die Familiengenossenschaft beim hohen Adel und der in der Handelswelt wirksame kaufmännische Credit ganz selbständige Rechtsgründe für die Erscheinungen des Ständerechts sind, denen im übrigen gemeinen

nothwendig ist, sie als einen Theil desselben, aber unter Hervorhebung ihrer Eigenthümlichkeit zu behandeln. Nach dem Vorgange des Mittelalters, welches dem in besonderen Kreisen vorkommenden städtischen, geistlichen, feudalen Rechte das Landrecht als regelmäßig für die gesammte freie Bevölkerung geltend gegenüberstellte⁴⁾, mag es daher auch jetzt noch passend erscheinen, das Ständerecht als eigenen Rechtstheil vom Landrecht zu unterscheiden⁵⁾.

Es ist also, um diese Darstellung in ihren wichtigsten Resultaten noch einmal zusammen zu fassen, das Recht nach dem Umfange seiner Geltung entweder gemeines oder particuläres; ersteres aber wieder ein ausschließlich geltendes oder subsidiäres Recht, sei dieses nun bedingt oder unbedingt. Das Recht aber nach der Beschaffenheit seines Inhalts betrachtet, ist entweder ein regelmäßiges, welches auch wohl als gemeines bezeichnet wird, und sich in das Landrecht und Ständerecht theilt, oder ein unregelmäßiges, anomalisches.

§. 4.

Das gemeine deutsche Recht der Gegenwart.

Nachdem der Begriff des gemeinen Rechts festgestellt worden, bleibt noch die Frage zu beantworten, ob, wie bisher stillschweigend vorausgesetzt worden, auch jetzt noch ein solches Recht in Deutschland gilt, — eine Frage, die namentlich nach Auflösung des deutschen Reichs erörtert, in neuerer Zeit wieder

Recht keine entsprechenden Institute, von welchen sie eine Ausnahme bilden könnten, gegenüberstehen.

4) Vgl. Halltaus, glossarium s. v. Landrecht, p. 1173.

5) Der Sprachgebrauch ist hier freilich sehr schwankend, wie denn das preussische Gesetzbuch nicht allein das gesammte Privatrecht, sondern auch das Strafrecht und einen Theil des Staatsrechts unter dem Landrecht befaßt.

aufgeworfen und von einigen Schriftstellern verneint worden ist ¹⁾. Eine unbefangene Untersuchung dieses wichtigen Gegenstandes wird aber zu dem entgegengesetzten Resultate führen, so daß wir wenigstens noch nicht gezwungen sind, den Verlust auch dieses nationalen Gutes zu beklagen ²⁾. — Es sind namentlich zwei Gründe, welche dafür angeführt werden, daß das deutsche Recht aufgehört habe, ein gemeines zu sein.

1) Durch die seit der Mitte des 18. Jahrhunderts begründeten selbständigen Gesetzgebungen in einzelnen deutschen Staaten, in denen die subsidiäre Geltung des gemeinen Rechts ausgeschlossen worden, sei dieses selbst vernichtet; denn ein Recht der Gesamtheit als solches bestehe nicht mehr, wenn auch nur ein Theil sich ganz davon losgesagt habe ³⁾. Allein diese Argumentation beruht auf einer Verwechslung des gemeinen mit dem s. g. allgemeinen Recht. Die ausschließliche Geltung der angeführten Gesetzgebungen hat für das gemeine Recht bloß den Erfolg gehabt, daß dessen subsidiäre Anwendbarkeit geographisch beschränkt worden; an seinem Begriff und Wesen hat es keine Veränderung erlitten. Denn das Ganze hängt seiner Natur nach nicht von dem Theile ab.

2) Das gemeine Recht sei nur möglich in einer Staatsverbindung, welche eben als dessen nothwendige Voraus-

1) Der Verfasser des Aufsages in der deutschen Vierteljahrschrift. 1843. Heft 1. S. 50—82. (N. v. Mohl) darf aber eigentlich nicht hierher gerechnet werden, da er ein gemeines deutsches Staatsrecht, von welchem er allein handelt, nicht so sehr leugnet, als nur seinem Inhalte nach weit enger faßt, wie dieß gewöhnlich geschieht.

2) Bei allen Anfechtungen, welche das gemeine Recht in Deutschland schon erlitten hat, und bei allen Gefahren, die ihm noch drohen, dürfen wir doch darauf anwenden, was der Dichter zu der alten Weibe singt:

Du gleichest meinem Vaterlande,
Dem tief in sich zerspalt'nen,
Von einem tiefern Lebensbände
Zusammen doch gehalt'nen.

3) v. Wächter, gemeines Recht Deutschlands, S. 11—13. 165.

setzung angesehen werden müsse; dieselbe habe aber für Deutschland mit der Auflösung des deutschen Reichs aufgehört, und gleichzeitig sei daher auch das gemeine Recht zu Grabe gegangen: es bestehe nur noch als Theil des particulären Rechts in den einzelnen deutschen Staaten fort⁴⁾. Die Rechtsgemeinschaft, die sich etwa noch finde, sei bloß eine factische, könne aber kein juristisch oder formell gemeinsames Recht enthalten⁵⁾, da dessen Gültigkeit auf einem fortbauernnd gemeinsamen juristischen Grunde beruhen müsse, der sich regelmäßig nur im Staate, ausnahmsweise etwa in Folge besonderer völkerrechtlicher Vereinbarungen finde. — Gegen diese Ansicht ist nun schon mit Fug eingewandt worden, daß sie ganz ohne Einfluß auf den wirklichen Rechtszustand geblieben sei und von der irrigen Annahme ausgehe, als müsse mit der Auflösung einer Staatsgewalt auch alles durch sie oder unter ihrem Einfluß Gebildete mit aufhören⁶⁾. Allein ganz trifft dieser Grund doch nicht zu; denn will man auch die Behauptung, das früher gemeine Recht bestehe nur noch als particuläres fort, durch die Berufung auf den thatsächlichen Rechtszustand für widerlegt halten, so ist doch die weitere Fortbildung des gemeinen Rechts als solchen auch nach Aufhebung des deutschen Reichs, worauf es besonders ankommt, dadurch noch nicht gerechtfertigt und erklärt. — Auch darauf will ich kein zu großes Gewicht legen, daß die Verfassung des deutschen Reichs in seinen letzten Zeiten kaum auf den Charakter einer Staatsverbindung Anspruch machen konnte, und daß dasselbe mehr aus einander fiel, als aufgelöst ward. Denn eine

4) Falk, juristische Encyclopädie, §. 12. — Ortlöff, Grundzüge eines Systems des deutschen Privatrechts, §. 4. Note 5. — v. Wächter, a. a. D. S. 11. 169—71. 177. 206. 216. 218. — Wächter thut übrigens des Guten doch zu viel, wenn er das gemeine Recht zweimal aufhören läßt: erst durch die Codification einzelner Staaten und dann wieder durch die Aufhebung des deutschen Reichs; vgl. namentlich a. a. D. S. 165. und 171.

5) S. oben §. 1. Note 10.

6) v. Savigny, System, I. S. 4.

gewisse formelle Gemeinschaft, namentlich in Beziehung auf die Rechtspflege (in dieser Hinsicht freilich durch die privilegia de non appellando der bedeutenderen Reichsstände immer mehr beschränkt), und auf die Möglichkeit neuer Reichsgesetze bestand allerdings noch bis zu jenem Ereigniß; die Rheinbundszeit lieferte dafür keinen Ersatz, und wenn auch im deutschen Bunde trotz seiner völkerrechtlichen Natur sich eine stärkere Macht der Vereinigung, als in Kaiser und Reich während ihrer letzten Periode darstellen sollte, so war doch der Zusammenhang zwischen diesen beiden Formen der Staatsverbindung in der Zwischenzeit gebrochen. Ist es denn in dieser Hinsicht auch überaus wichtig, daß von Bundeswegen die Fortdauer des gemeinen Rechts ausdrücklich anerkannt worden, da die Austrägal-Instanzen bei ihren Entscheidungen auf dasselbe, wie es in Deutschland hergebracht, verwiesen sind⁷⁾; so läßt sich doch auch denken, daß man diesen Umstand nicht für entscheidend hält und über den Sinn und die Bedeutung jener Verfügung streitet. Daher ist der Hauptgrund für die Fortdauer des gemeinen Rechts als solchen immer darein zu setzen, daß es ein ungeschriebenes Recht ist, — selbst, richtig verstanden, der römische Theil desselben, wenigstens insofern er durch die moderne Rechtsbildung umgeändert worden. Nimmt man nun an, was gegenwärtig von wenigen mehr geleugnet wird, daß das Gewohnheitsrecht zu seiner Erzeugung keiner Staatsgenehmigung bedarf, daß es sich vielmehr neben dem Gesetze selbständig entwickelt, so ist auch

7) B. B. vom 16. Juni 1817, die Austrägal-Ordnung enthaltend, Art. III. Nr. 7. Das Erkenntniß in der Hauptsache selbst aber erfolgt, in Ermangelung besonderer Entscheidungsquellen, nach den in Deutschland hergebrachten gemeinen Rechten. — W. S. A. Art. 23. Wo keine besondere Entscheidungs-Normen vorhanden sind, hat das Austrägal-Gericht nach den in Rechtsstreitigkeiten derselben Art vormals von den Reichsgerichten subsidiarisch befolgten Rechtsquellen, insofern solche auf die jetzigen Verhältnisse der Bundesglieder noch anwendbar sind, zu erkennen. — Vgl. Klüber, öffentl. Recht des deutschen Bundes, (4. Aufl.) §. 175. Note a. — Sintonis, das practische gemeine Civilrecht, I. S. 11. Note 9.

nach Aufhebung des deutschen Reichs für das gemeine Recht die Möglichkeit der Fortbauer und der weiteren Ausbildung dargethan. Volkseinheit, nicht Staats einheit ist dazu erforderlich ⁸⁾.

Wenn übrigens von dem gemeinen Recht in einem eminent juristischen Sinn gehandelt wird, so ist dabei doch zunächst an die subsidiäre Geltung desselben zu denken. Nun aber scheint es eine reine Willkühr zu sein, wenn behauptet wird, das gesammte Material des gemeinen Rechts sei durch die Auflösung des deutschen Reichs ein in so und so vielen Staaten sich wiederholendes Particularrecht geworden, — als ob durch jenes Ereigniß plötzlich dieselbe Wirkung wäre erreicht worden, welche sonst nur der Codification zugeschrieben zu werden pflegt. Diesen Verlauf konnte die Sache damals unmöglich nehmen. Denn

8) Ich will damit nicht sagen, daß nicht auch für das ungeschriebene Recht die Gestaltung des Staatswesens von großem Einfluß ist, sondern nur, daß darin nicht das entscheidende Moment gesucht werden darf. Für die deutschen Bundesstaaten, welche noch das gemeine Recht haben, kommt namentlich in Betracht, daß hier doch in wesentlichen Beziehungen eine Gleichheit der staatlichen Verhältnisse vorliegt; aber auch für deutsche Länder außerhalb des Bundes kann die Rechtsbildung auf dem Boden des gemeinen Rechts sich ganz regelmäßig fortsetzen. Man muß hier nur unterscheiden: I. Wo ein positives Hinderniß einer solchen nationalen Rechtswissenschaft entgegensteht, wie in den deutschen Provinzen Frankreichs und in neuerer Zeit theilweise auch Russlands, da kann sie sich natürlich nicht geltend machen und erhalten. II. Löst sich ein Theil der Nation von ihrem allgemeinen Bildungsgange in den öffentlichen Verhältnissen ab, und nimmt in dieser Hinsicht eine selbständige Entwicklung, wie die Schweiz, seitdem sie sich dem R. R. O. und dem römischen Recht entzog und die republikanischen Formen befestigte, so wird die Rechtsgemeinschaft und die Herrschaft des gemeinen Rechts nur in sehr beschränkter Weise stattfinden. III. Ohne solche Hindernisse kann aber das Nationalrecht auch mit juristischer Wirkung im Wesentlichen gemeinsam bleiben, wenn nur ein geistiges Band für die gleichmäßige Entwicklung noch erhalten wird. So hat Schleswigs Verbindung mit Holstein trotz des jütischen Loos dem gemeinen Recht dort die Herrschaft erworben, und ähnlich verhielt es sich mit dem Königreich Preußen trotz der polnischen Lehnsherrschaft und der späteren Souverainität.

das gemeine Recht wurzelt ja eben, auch wenn man den praktisch geltenden Theil des *Corpus Juris* anders betrachten will, einem großen Theile nach als Gewohnheitsrecht in der Rechtsüberzeugung und Uebung des ganzen Volkes, der Nation und ihrer Juristen; ein solcher Zustand mit seiner Begründung läßt sich aber nicht so gelegentlich von der Gesamtheit auf die einzelnen Theile übertragen. Eben wenn das Particularrecht schwieg, mußte man sich an die subsidiären Rechtsquellen wenden, um die Lücke auszufüllen, und muß es noch thun, wenn man denselben Zweck erreichen will. Wäre das gemeine Recht als solches erloschen, und sollte nun als particuläres Recht weiter gelten, so hätte es dazu eines ausdrücklichen Actes der Gesetzgebung oder einer neuen Reception durch die Gewohnheit der einzelnen Länder bedurft, und auch dann würde man nur den Inhalt des gemeinen Rechts gewonnen haben, wie er gerade zur Zeit, da das Gesetz erlassen ward, oder die Reception vor sich ging, beschaffen war; an eine stoffliche Fortbildung über die Grenze des Particularrechts hinaus wäre nicht mehr zu denken gewesen. Das werden nun auch die Gegner der hier vertheidigten Ansicht, wenn auch mit Bedauern, annehmen; aber es wird sich später Gelegenheit finden, noch bestimmter, als es bisher geschehen, darzuthun, daß sie auch in dieser Hinsicht den thatsächlich vorhandenen Rechtszustand verkennen.

II. Das Privatrecht.

§. 5.

Rechtsverhältniß und Rechtsinstitut.

Ueberschaut man den gesammten Rechtsstoff, wie er sich in seiner positiven Gestaltung und in seinen Beziehungen zum äußern Leben darstellt, so zeigt sich bei dem ersten oberflächlichen Blick nur eine Menge einzelner Rechtsnormen und ihr entsprechend eine Mannigfaltigkeit menschlicher Verhältnisse, welche durch jene bestimmt und beherrscht werden, und sich nach der

verschiedenen Stellung der dabei Betheiligten in Rechte oder Befugnisse (s. g. Recht im subjectiven Sinne) und in Verbindlichkeiten auflösen lassen. Wird dann ein solches Verhältniß zwischen bestimmten Personen Gegenstand des Streites und zur rechtlichen Entscheidung gebracht, so nennt man es einen Rechtsfall (casus), und die bloß mechanische Jurisprudenz stellt es sich zur Aufgabe, für einen solchen aus dem Vorrath der vorhandenen Rechtsregeln die entsprechende Norm aufzusuchen und ihn darnach zu entscheiden. Aber eine tiefere, wissenschaftliche Betrachtung muß dahin führen, daß man sich nicht damit begnügt, die Kenntniß einer Masse von Einzelheiten zu erwerben, oder diese doch nur nach einer äußerlichen, willkürlich erfundenen Ordnung unter einander in Verbindung zu bringen. Die Rechtsregeln, das läßt sich nicht wohl übersehen, sind ihrer Natur und ihrem Umfange nach nicht von derselben Bedeutung; die enger gefaßten Normen stellen sich nur als die Folgerungen aus der weiteren Regel und als deren genauere Determination dar, und indem nun das Gleichartige zusammengefaßt und dem höheren Princip unterordnet wird, tritt zuletzt ein innerlich zusammenhängendes System heraus, in welchem sich die leitenden Principien mit den von ihnen abhängigen Regeln an gehöriger Stelle eingereiht finden, und wieder als Ganzes für sich ein Rechtsinstitut bilden.

Aber nicht bloß für das Recht im objectiven Sinne läßt sich in einem nicht künstlich verdorbenen Rechtssysteme ein solcher innerlich begründeter Organismus der einzelnen Lehren nachweisen; auch die Lebensverhältnisse selbst, für welche jene zum Rechtsinstitut verbundenen Regeln bestimmt sind, dürfen nicht bloß als vereinzelte Erscheinungen in ihrer concreten Wirklichkeit aufgefaßt werden¹⁾. Auch hier finden wir, daß

1) Es kommt eben darauf an, daß aus dem Mannigfaltigen das Einfache, Principienmäßige hervorgehoben, das Unwesentliche ausgeschieden werde, um die schwankende und bewegliche Masse der Rechtsfälle zum

das Engere, Beschränktere aus dem Allgemeineren entspringt; daß durch eine Reihe gleichartiger Momente derselbe Trieb menschlicher Bedürfnisse hindurch geht, der sich zu verwirklichen strebt, und in bestimmten Beziehungen, Einrichtungen und Geschäften seine Befriedigung findet. Den Inbegriff solcher einzelnen Erscheinungen in der menschlichen Gesellschaft, welche von einer allgemeineren, leitenden Idee beherrscht werden und ihr dienen, nennen wir eben ein Lebensverhältniß, und wenn sie auf dem Rechtsgebiet sich bewegen und Gegenstand rechtlicher Normirung geworden sind, — ein Rechtsverhältniß, obgleich dieser Ausdruck auch wieder für die concrete Beziehung bestimmter Personen zu einander gebraucht wird²⁾. — Da nun das Bestimmende und das Bestimmte in einer nothwendigen Wechselwirkung zu einander stehen, so wird es nur natürlich erscheinen, daß dem Rechtsverhältniß in jener zuerst hervorgehobenen Bedeutung gegenüber sich auch ein entsprechender Kreis von organisch gegliederten Rechtsregeln findet, der jenes als seine materielle Substanz umfaßt und es seinem ganzen Umfange nach beherrscht. Dem Rechtsverhältniß wird also das Rechtsinstitut entsprechen, wie das Thatsächliche (factum) und das Recht (jus) überhaupt neben und in einander bestehen und sich wechselseitig bedingen³⁾.

organisch verbundenen Rechtsverhältniß zusammen zu fassen. Beide Begriffe hat namentlich Buchta verwechselt (Cursus der Institutionen, I. S. 51. ff.) und dadurch seine ganze Rechtsanschauung getrübt.

2) Es ist schlimm, daß unsere Rechtssprache in diesem Falle die Schärfe der Begriffsbestimmung noch nicht durch eine entsprechende Terminologie unterstützt; der Begriff des Thatsächlichen im Gegensatz zum Rechtsinstitut wird durch: Rechtsverhältniß nur matt und unvollständig bezeichnet. Es muß geradezu ein besserer Ausdruck erfunden werden. Sollte man vielleicht Rechtsinstitut und Institut in dem angegebenen Sinne unterscheiden dürfen?

3) Vgl. Stahl, Rechts- und Staatslehre, I. S. 231–34. und v. Savigny, System, I. S. 6–10, denen ich bei der obigen Darstellung im Wesentlichen gefolgt bin. Nur scheint mir v. Savigny zu einseitig die Rechtsverhältnisse in die wechselseitigen Beziehungen bestimmter Perso-

§. 6.

Staatsrecht und öffentliches Recht.

Durch die so eben gegebene, auch sonst noch einflußreiche Begriffsbestimmung wird namentlich die Möglichkeit gewonnen, die einzelnen Rechtstheile und namentlich das Privatrecht und Staatsrecht seinem Inhalte nach wissenschaftlich zu begrenzen. Es handelt sich dabei nämlich nicht von dem Inbegriff gewisser Rechtsregeln oder Rechte, sondern es kommt darauf an, daß man das bestimmende Moment in den Rechtsverhältnissen und den ihnen entsprechenden Rechtsinstituten sucht. Insofern diese nämlich zunächst um der einzelnen Menschen wegen da sind und deren Bedürfnisse befriedigen, gehören sie dem Privatrecht an; insofern sie aber unmittelbar der im Staat verbundenen Gesamtheit dienen, bilden sie das Staatsrecht. Dabei wird sich denn auch bei diesem vermöge seiner Beziehung auf das Höhere und Allgemeine mehr die objective Macht und Ruhe der im Staat dargestellten sittlichen Ordnung geltend machen, während das Privatrecht mehr dem beweglichen Interesse der Einzelnen unterworfen ist. Doch liegt darin kein Gegensatz, sondern nur ein Unterschied dem Grade nach; denn so wie einerseits auch im Staate dem politischen Volke in

nen sich auflösen zu lassen, ohne der Rechtsordnung, die sich anstattlich über sie erheben kann, die gehörige Berücksichtigung zu gewähren. Von Stahl weiche ich dagegen darin ab, daß er das Rechtsinstitut nicht rein als Recht nimmt, sondern es nur als das vom Recht erfaßte Lebensverhältniß (welches er, in so fern es bestimmt ist einer rechtlichen Normirung unterworfen zu werden, Rechtsverhältniß nennt) dem rein Factischen gegenüber stellt. Aber das Recht schwebt doch selbständig über dem Rechtsverhältniß (oder Rechtsinstitut in Stahl's Bedeutung) wenn es dasselbe auch, ideal aufgefaßt, umspannen und durchbringen muß. An einem andern Orte (S. 195.) hat Stahl sich auch der von Savigny gewählten und von mir befolgten Terminologie angeschlossen, indem er sagt, die Gewohnheit entstehe zugleich mit den Lebensverhältnissen und gebe ihnen die Norm, mache sie zu Rechtsverhältnissen.

seinen verfassungsmäßigen Organen die freie Selbstbestimmung bleibt, so verwirklicht sich auf der andern Seite im Privatrecht, wenigstens in seinen höheren, von Sitte und Nationalstinn getragenen Instituten, eine geistige Macht, welche über die Willenssphäre und das Bedürfnis des Einzelnen hinausragt, und selbst, wie bei den Genossenschaften, in der Dauer den staatlichen Anstalten sich nähert. Dadurch bekommt es theilweise einen der Privatwillkühr entzogenen Charakter, der ihm nicht bloß aus Rücksichten der Zweckmäßigkeit von der Staatsgewalt aufgedrückt wird. Dieß führt auf den Begriff des öffentlichen Rechts.

Man verbindet mit diesem Ausdrucke verschiedene Bedeutungen. Einmal gebraucht man ihn wohl als gleichbedeutend mit Staatsrecht, indem man davon wieder das Staatsrecht im engeren Sinn ausscheidet und unter diesem diejenigen Rechtsinstitute befaßt, welche sich unmittelbar auf die Staatsverfassung beziehen. Dieses und die mit der Staatsverfassung mehr mittelbar verbundenen Rechtstheile, wie das Strafrecht, das Proceßrecht, beziehungsweise auch das Kirchenrecht¹⁾ werden dann als das öffentliche Recht bezeichnet. Dabei hält man aber noch an einer Vertheilung des Rechtsstoffs nach bestimmten Rechtsinstituten fest; in einem andern Sinn nimmt man das öffentliche Recht bloß mit Rücksicht auf die Beschaffenheit der einzelnen Rechtsnormen, ob dieselben nämlich allein zu dem Zwecke dienen, um für die Beurtheilung der Privatrechtsverhältnisse einen Anhalt zu gewähren, ohne daß die Betheiligten bei der Abschließung ihrer Geschäfte daran gebunden sind, oder ob sie aus irgend einem, die Privatwillkühr bindenden Grunde,

1) Insofern man nämlich die Kirche dem Staate nicht selbständig, wenn auch von demselben beschränkt und bedingt, gegenüberstellt, was allerdings dem Princip der katholischen Kirche gemäß ist, während die deutsch-protestantische ein eigenes, dem Einfluß der Staatsgewalt entzogenes Rechtsgebiet bisher nur in einem sehr beschränkten Umfange sich erworben hat.

des Staatswohls oder der guten Sitten wegen eine nothwendige Geltung haben, und keine Abänderung gestatten²⁾. Rechtsregeln dieser Art, welche passend als absolutes Recht im Gegensatz zu dem bloß vermittelnden bezeichnet werden, finden sich nicht nur im Staatsrecht, sondern auch im Privatrecht sehr häufig, und können beinahe bei jedem Rechtsverhältnis wirksam werden, da man z. B. bei einem Vertrage wohl über den Grad der zu leistenden Sorgfalt, nicht aber über die Freistellung einer arglistigen Handlungsweise sich vereinbaren darf. Ein großer Theil des Familien- und Erbrechts, des Rechts der Grundstücke, des Rechtsformalismus u. s. w. ist von dieser Beschaffenheit. Dieselbe hängt denn nicht bloß von ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift, sondern auch von dem Wesen der Rechtsverhältnisse und dem Rechtsgefühl des Volkes ab, indem eine Handlungsweise, welche von diesem für schimpflich und durchaus unehrenhaft (*inhonestum, contra honos mores*) angesehen wird, auf rechtliche Gültigkeit keinen Anspruch machen darf, wenn sie nicht durch das positive Recht eine formelle Sanction erhalten hat³⁾. Dieß nationale Rechtsgefühl, welches sich entweder als Grund der Gesetzgebung oder ohne diese mit einer mehr negativen Wirkung geltend macht⁴⁾, ist doch, wenn es sich auch bei edleren Völkern mit einer gewissen Gleichmäßigkeit wieder-

2) L. 38. D. de pactis (II. 14.) *Jus publicum privatorum pactis mutari non potest.* — Code civ. art. 6. *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois, qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs.* — Vgl. überhaupt v. Savigny, System, I. §. 16.

3) L. 15. D. de condit. institut. (XXVIII. 7.) — — *nam quae facta laedunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram et (ut generaliter dixerim) contra bonos mores sunt, nec facere nos posse credendum est.* — Vgl. Burchar di, Grundzüge des Rechtssystems der Römer, §. 43.

4) Unter diesem Gesichtspunkt muß z. B. die Frage beurtheilt werden, ob die Bedingung des Religionswechsels bei Erbeseinzetzungen u. s. w. eine unsatthafte (*moralisch unmögliche*) ist. Dem religiösen Rechtsgefühl der Deutschen widersprecht es, weltlichen Gewinn in Verbindung mit Glaubenssachen und namentlich mit der Aenderung des Bekenntnisses bringen zu lassen.

holen wird, in einzelnen Beziehungen nicht immer dasselbe, wie z. B. eine Vergleichung der römischen und deutschen Ansichten über die Testirfreiheit und deren Modification durch Erbverträge und Testamentsercutoren ergiebt⁵⁾.

§. 7.

Das Privatrecht.

Es ist also die Natur und die Bestimmung der Rechtsverhältnisse und Rechtsinstitute, nach welchen der Begriff des Privatrechts (Civilrechts, bürgerlichen Rechts) festzustellen und demselben sein Inhalt anzuweisen ist. Aber wenn nach diesen Momenten das Gebiet auch im Allgemeinen bezeichnet und begrenzt ist, so fehlt es doch bei der Durchführung im Einzelnen nicht an manchen Schwierigkeiten. Ich zähle freilich dahin nicht das Bedenken, auf welches von Manchen ein besonderes Gewicht gelegt wird¹⁾, daß auch der Staat selbst bei Privatrechtsverhältnissen sich wie eine Privatperson betheiligen kann; denn da es eben nur auf die allgemeine Natur der Rechtsinstitute ankommt, so ist es natürlich für deren Beurtheilung gleichgültig, ob auch der Staat und ebenso die Gemeinde wegen ihrer Rechtsfähigkeit in Beziehung auf das Vermögen unter die betreffenden Rechtsregeln können zu stehen kommen. Die Pachtung z. B. wird ihren privatrechtlichen Charakter behalten, auch

5) Auf einer solchen Anschauung beruhte die wunderliche Eintheilung der *boni mores* bei älteren Rechtslehrern in *naturales et civiles, juris civilis et canonici*. S. Schilter, *praxis jur. rom. Exerc. VIII. §. 39.* — S. Stryck, *tract. de success. ab intest. Diss. VIII. cap. II. §. 12.*

1) S. z. B. Wächter, *Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Privatrechts*, Bd. I. Abth. 1. §. 1., welcher aus diesem Grunde und weil er, wie billig, das Privatrecht nicht auf die Privatrechte (im subjectiven Sinn) bauen will, an einer Definition ganz verzweifelt, und es nur negativ dem Staatsrecht gegenüber stellt. Aber dieselbe Schwierigkeit würde sich wohl ergeben, wenn nun das Letztere definiert werden sollte, so daß man denn in diesem Fall überhaupt auf jede Begriffsbestimmung verzichten müßte.

wenn von Staatswegen Domänen zum Gegenstand des Geschäftes gemacht sind. — Allein bei manchen Rechtsinstituten kann man mit Fug zweifeln, auf welches Gebiet man sie verlegen soll, sei es nun, daß sie sich auf der Grenze zwischen dem Staatsrecht und Privatrecht zu befinden scheinen, oder daß sie wirklich eine gemischte Natur an sich tragen. Bei einem consequent durchgeführten, durch die politische Verfassung getragenen Rechtssystem, wie dem französischen, wird sich eine solche Verwicklung der Rechtsinstitute nicht leicht finden, obgleich sie schwerlich in einem positiven Rechte je ganz wird vermieden werden können; aber im deutschen Recht sind Grenzstreitigkeiten dieser Art nur zu häufig. So hat das Ständewesen in seinen verschiedenen Beziehungen eine staatsrechtliche und privatrechtliche Seite; wohin das Lehnenrecht zu stellen, kann sehr zweifelhaft erscheinen; die Corporationen gravitiren bald nach der einen bald nach der andern Seite; bei der Lehre von den Regalien, wenigstens wie sie gewöhnlich aufgefaßt wird, ist diese doppelte Natur unverkennbar; das Vormundschafswesen ist nach der Einrichtung, welche es gegenwärtig hat, nicht ohne eine staatsrechtliche Färbung; auch bei dem Recht des Grundbesitzes macht sich ein wichtiges politisches Interesse geltend und zeigt sich der Einfluß öffentlicher Behörden u. s. w. In allen diesen Fällen eine sichere, principienmäßige Scheidung durchzuführen, ist bei der Beschaffenheit des Gegenstandes nicht wohl möglich, und zuweilen wird für die wissenschaftliche Behandlung selbst ein gewisser Einfluß des litterarischen Herkommens anzuerkennen sein, indem man z. B. das Recht der Ehe, obgleich entschieden privatrechtlicher Natur, zum Theil dem Kirchenrecht zuweist, dessen Inhalt nicht bloß durch die Beschaffenheit der Rechtsverhältnisse, sondern auch durch die Art der Rechtsquellen bestimmt worden ist. Auf der andern Seite erscheint es vollkommen gerechtfertigt, wenn einzelne Theile des Civilprocesses und des Strafrechts — jenes insofern er einen unmittelbaren Einfluß auf das materielle Recht ausübt, und dieses hinsichtlich

der civilrechtlichen Folgen der Verbrechen — in die Darstellung des Privatrechts hineingezogen werden. Im Allgemeinen aber hat man zu prüfen, auf welcher Seite denn bei den zweifelhaften Rechtsinstituten der eigentliche Schwerpunkt für das Rechtsleben der Gegenwart zu suchen ist, und darnach die Classification vorzunehmen. So läßt sich auch jetzt noch die privatrechtliche Natur der Vormundschaft nicht verkennen, wie auch der Grundbesitz, als Theil des Vermögens betrachtet, unzweifelhaft von derselben rechtlichen Beschaffenheit ist. Das Lehenrecht ferner hat den politischen Charakter, der im Mittelalter dabei vorherrschte, beinahe ganz verloren, und stellt sich im Wesentlichen nur als eine besondere Modification des Rechts am Grundbesitz dar; das Ständewesen hat sich überhaupt, insofern es noch besondere Rechtsinstitute begründet, fast ganz zum Privatrecht umgesetzt, und selbst das s. g. Privatsfürstenrecht ist, abgesehen von den das besondere Recht der souveränen Häuser bestimmenden Grundsätzen, mit Fug dahin gezählt worden. Die Lehre von den Regalien, welche aus wesentlichen Hoheitsrechten und nuzbaren Zuständigkeiten unorganisch ist zusammengetragen worden, bedarf aber überhaupt einer kritischen Revision, welche zu einer Zerlegung des Stoffs in mehrere, wesentlich verschiedene Bestandtheile führen wird. Bei den Corporationen ferner wird man diejenigen, welche wie die Gemeinde, einen rein politischen Charakter an sich tragen, von den zunächst nur Privatziwecken dienenden Genossenschaften zu unterscheiden haben, und erstere nur insofern sie als Träger rein privatrechtlicher Verhältnisse sich herausstellen, z. B. bei den Nutzungen der Gemeindegüter durch die einzelnen Bürger, in dem Privatrecht behandeln u. s. w.

So wird die unbefangene wissenschaftliche Prüfung, welche sich ihres Princips bewußt ist, dieses auch bei der Durchführung des Einzelnen zu handhaben, und die meisten Schwierigkeiten, welche entgegen zu stehen scheinen, zu entfernen wissen.

III. Das gemeine deutsche Privatrecht.

§. 8.

Geschichtliche Einleitung.

Nach den vorhergehenden Erörterungen wird es scheinen, als ob die Beantwortung der Frage, was unter dem gemeinen deutschen Privatrecht zu verstehen sei, sich von selbst ergebe; man wird es darnach eben als das in Deutschland geltende gemeine Civilrecht aufzufassen haben. Wenn dessenungeachtet der Begriff gewöhnlich in einem engerm Sinne genommen wird, so muß das in einem besondern Umstande seinen Grund haben, und ein solcher liegt in der That auch vor: es ist die Verschiedenheit der Quellen und der daraus abzuleitenden Institute des gemeinen Rechts, je nachdem sie einheimischen oder fremden Ursprungs sind. In Deutschland ist nämlich seit dem 15. Jahrhundert ein großer Theil des in Justinians Sammlung enthaltenen römischen und des canonischen Rechts so wie des im Liber feudorum enthaltenen Langobardischen Lehenrechts zur gemeinrechtlichen Geltung gekommen. Während man nun das gemeine deutsche Lehenrecht, so wie die übrigen Rechtstheile: Strafrecht, Proceß u. s. w. ohne Rücksicht auf den Ursprung ihrer Quellen als ein Ganzes in einem System abzuhandeln pflegt, ist für das Privatrecht seit dem Anfange des 18. Jahrhunderts eine andere Behandlungsweise üblich geworden, welche zu einer Scheidung des gemeinen Civilrechts in zwei Disciplinen geführt hat. Es verhielt sich damit also.

Nach der Aufnahme der fremden Rechte bildeten dieselben für die Juristen beinahe ausschließlich den Gegenstand litterarischer Beschäftigung und wurden namentlich auch auf den Universitäten gelehrt. Selbst die Versuche des 16. Jahrhunderts, die neue Lehre auf gewisse Weise zu nationalisiren, sie dem Volke oder doch den ungelehrten Richtern in ihrer Sprache zugänglich zu machen und mit einzelnen deutschen Rechtsinstituten

zu vermischen¹⁾, — hatten keinen dauernden Erfolg. Mit der stets weiter geführten Umänderung der Gerichtsverfassung und der Benutzung der Juristenfacultäten als Spruchbehörden anstatt der Oberhöfe, besonders auch unter dem Einfluß des Reichskammergerichts trat das römische Recht immer mächtiger auch in der Praxis auf, und was sich vom einheimischen Recht erhalten konnte, flüchtete sich in die Particulargesetze, oder fand in der Analogie römischer Institute und der *communis D. D. opinio* eine freilich nur schwache Stütze, so daß nur wenigen f. g. allgemeinen Gewohnheiten eine volle Anerkennung zu Theil ward²⁾. Selbst im Staatsrecht wollte man anfangs dasselbe Verfahren consequent durchführen³⁾, wenn auch hier natürlich mit dem geringsten Erfolg: im Allgemeinen aber blieb das römische Recht mit den ihm angehängten Modificationen schlechthin das *jus commune*. — Gegen diese rein romanistische Auffassung des gemeinen Rechts trat nun zuerst eine Reaction

1) Dahin gehören z. B. die f. g. Rhetoriken und Formulare aus dem Ende des 15. und dem Anfang des 16. Jahrhunderts, von denen ein Verzeichniß bei Eichhorn, deutsche Staats- und Rechtsgesch. III. §. 443. Note k., besonders aber folgende Werke: U. Tengler, Layenspiegel von rechtmäßigen Ordnungen in bürgerlichen und peinlichen Regimenten. Augsburg, 1509. fol. und öfter. — Justin Gobler von St. Gewarn, der Rechten Spiegel. Aus natürlichem, den beschribnen, geistlichen, weltlichen und andern gebreuchlichen Rechten, Auch gemeynen im Heiligen Reich Teutscher Nation Constitutionen und übungen zugericht. Zuerst Frankf. a. M. 1550. fol. — Andr. Berneder, Institutiones, Auszug und anzeygung aller Kayserlichen und des heiligen Reichs Rechte. Zuerst Ingolstadt 1544. fol. u. f. w. — Vgl. Kraut, Grundriß, S. 90.

2) Selbst wenn das thatfächliche Bestehen solcher deutschen Gewohnheiten nicht in Abrede zu stellen war, zeigte man sich bei ihrer Anerkennung oft schwierig genug. Vgl. U. Zasius, in novum Dig. de V. O. L. 61. — A. Gaill, pract. observat. II. obs. 125. und überhaupt Lehre von den Erbv. II. 1. §. 5.

3) Sogar bei solchen Lehren, die auch gar kein privatrechtliches Element in sich hatten, machte man diesen Versuch; die Landeshoheit z. B. ward als *imperium merum et mixtum* und *jurisdictio* behandelt. S. Zasius ad L. 3. D. de jurisdict. — Joach. Mynsinger, respons. jur. 10. 32. und gegen diese Auffassung J. Schilter, praxis jur. rom. exerc. VI.

ein bei dem sächsischen Volksstamm, der sich ungeachtet der Aufnahme des fremden Rechts einen Theil seiner alten Gebräuche, wie sie namentlich im Sachsenspiegel verzeichnet waren, bewahrt hatte; die sächsischen Constitutionen von 1572, so sehr sie auch romanisirten, und ursprünglich nur für Chursachsen erlassen, gaben diesem einheimischen Rechtsstoff doch eine neue Stütze, welche durch Theorie und Praxis der im hohen Ansehen stehenden sächsischen Juristen noch mehr verstärkt ward. So bildete sich für die meisten Gegenden, in welchen das alte Sachsenrecht gegolten hatte, eine gemeinsame Rechtsquelle aus, der man für den Umfang ihrer Geltung die Kraft eines gemeinen Rechts beilegte: das gemeine Sachsenrecht, *jus commune saxonicum*⁴⁾. Daneben fing man ~~schon~~ auch an, andern Particularrechten eine selbständige wissenschaftliche Bearbeitung zu widmen, wodurch die in denselben enthaltenen deutschrechtlichen Institute den Juristen mehr erschlossen wurden, und wenn namentlich auch David Mevius in seinem berühmten Commentar über das lübische Recht sich noch nicht als Germanisten bewähren konnte, so stellte er doch darin schon den Grundsatz auf, daß das Statutarrecht selbständig aus sich heraus und ohne an römische Begriffe gebunden zu sein, erklärt werden müsse⁵⁾. Von ganz besonderem Einfluß aber war es, daß Herrmann Conring in bestimmter Richtung auf die Förderung des nationalen Rechtsstudiums die erste Bearbeitung einer Geschichte der deutschen Rechtsquellen unternahm⁶⁾, und dadurch nicht bloß überhaupt auf sie aufmerksam machte, sondern auch die Juristen veranlaßte, sie nicht bloß in historisch-antiquarischem Interesse, sondern auch zu praktischen Zwecken zu benutzen.

4) B. Carpov, *jurisprudentia for. romanosaxon.* P. II. const. 35. def. 8.

5) D. Mevius, *commentarii in jns lub.* (zuerst Lipsiae 1642. 4.) qu. I. praelim. nu. 57. — P. II. tit. 2. art. 33. nu. 7. — Vgl. Carpov, I. c. P. II. const. 14. def. 53.

6) H. Conring, *de origine juris germanici.* Helmstadii 1643 u. öft.

Das hat namentlich zuerst mit großem Eifer und Erfolg Joh. Schilter gethan⁷⁾; er stellte schon für eine Reihe deutschrechtlicher Institute aus einheimischen Quellen geschöpfte gemeinrechtliche Regeln auf, und wenn er auch das römische Recht sorgfältig genug berücksichtigte und überhaupt nach der Legalordnung lehrte, so hatte er dabei doch zunächst die besondere Gestalt, welche dasselbe in der deutschen Praxis angenommen, im Auge. Ihm folgte in einer verwandten Richtung, wenn auch mit einer schwächeren historischen Grundlage, S. Stryke⁸⁾, während J. H. Böhmmer den Dualismus in unserm gemeinen Rechte schon klar erkannte, und mit bestimmter Ueberlegung den Stoff desselben nach seinem Entstehungsgrund vertheilte, ohne deswegen für das Privatrecht eine ~~Ver~~änderung in der formellen Behandlung vorzunehmen⁹⁾.

Während so die bedeutendsten Juristen Deutschlands bemüht waren, einheimisches Recht neben dem fremden darzustellen und immermehr zur Anerkennung und Geltung zu bringen, gab ein sonst nicht eben ausgezeichnete Rechtslehrer der ganzen Sache durch einen glücklichen Griff eine neue Wendung. Georg Beier, Professor in Wittenberg, nahm aus dem gemeinen Civilrecht, wie es damals gelehrt ward, den deutschrechtlichen Stoff heraus, und hielt darüber seit 1707 Vorlesungen

7) Jo. Schilter, *praxis juri romani in foro germanico* (zuerst unter dem Titel: *Exercitationes ad pandect.* 1672—84.) ed. Chr. Thomasius, 1713. fol. — Schon vor Schilter hatte ein sonst obscurer Jurist, Henning Rennemann eine *jurisprudentia romano-germanica* geschrieben. Das Werk, von dem mir *membrum secundum de jure rerum*. Erf. 1651. 4. vorliegt, ist aber ganz ungenießbar. Viel bedeutender und lange von großer Autorität, wenn auch dem Schilterschen Werke nicht zu vergleichen, ist G. A. Struv, *jurisprudentia romano-germanica forensis*, (zuerst 1670.) der f. g. kleine Struv im Gegensatz zum *syntagma juris civ.* desselben Verfassers.

8) S. Stryk, *usus modernus pandect.* zuerst 1690.

9) J. H. Boehmer, *exercitationes ad pand. I. exerc. X. De injusta theoriae et praxeos oppositione forensi* 2. 5—7. 15. 18.

in Wittenberg¹⁰⁾. Von da an datirt das *jus germanicum privatum* oder schlechthin *jus germanicum*, das deutsche oder gemeine deutsche Privatrecht als eine besondere Disciplin in der deutschen Rechtswissenschaft. Manche behielten freilich die frühere Anordnung noch bei, und behandelten zugleich den römischen und deutschen Bestandtheil des gemeinen Privatrechts, ja die meisten Lehrbücher des s. g. Pandectenrechts haben von dem einheimischen mehr oder weniger aufgenommen; aber seit Beier hat doch die selbständige Behandlung des deutschen Privatrechts im Gegensatz zu dem römischen nicht wieder aufgehört.

§. 9.

Deutsches und römisches Recht.

Diese Scheidung des gemeinen Privatrechts nach seinen Quellen, je nachdem sie einheimischen oder fremden Ursprungs sind, ist nicht ohne wesentlichen Nutzen für dessen Ausbildung und Behandlung geblieben; namentlich hat man sich dadurch veranlaßt gesehen, den Rechtsstoff mehr, wie es bisher für andere Lehren geschehen ist, seinen Bestandtheilen nach zu zerlegen und in seiner geschichtlichen Entwicklung aufzudecken, was denn nothwendig zu einer tieferen wissenschaftlichen Einsicht führen mußte. Aber auf der andern Seite hat diese Theilung der Arbeit zwischen Romanisten und Germanisten auch große Nachtheile zur Folge gehabt, da sie, ganz abgesehen davon, daß der Grenzproceß nur zu oft zum Nachtheil des deutschrechtlichen Elements entschieden ward, zu der Ansicht Veranlassung gegeben oder sie doch begünstigt hat, daß in unserm gemeinen Civilrecht römisches

10) Nach Beiers Tode kam ein kurzes Lehrbuch desselben Inhalts von ihm heraus, *delineatio juris germanici; opus posthumum ex rec. G. M. Griebner*, Hal. 1718. — Dieselbe Tendenz, welche Beier verfolgte, ist auch in der Behandlung der Differentien des einheimischen und römischen Rechts in Beziehung auf bestimmte Rechtsinstitute ausgesprochen. Allein J. P. von Ludwig behandelte in 22 Abhandlungen, welche zu Halle von 1712—42 herauskamen, solche *differentiae juris romani et germanici*.

und deutsches Recht unvermittelt neben einander bestehen, ja wohl gar in einem nothwendigen Streite sich befinden. Davon ist denn eine weitere Folge gewesen, daß man oft die gemeinrechtliche Natur des deutschen Elements, wenn man sie überhaupt gelten ließ, anders glaubte auffassen zu müssen, wie die des römischen, und zwar so, daß das letztere als das stärkere, bevorzugte erschien. Dieß Alles ist nun noch einer genaueren Betrachtung zu unterziehen.

Zuvörderst wird es aber nöthig sein näher zu bestimmen, was denn eigentlich als deutschrechtlicher Bestandtheil unseres Privatrechts anzusehen und dem römischen Recht gegenüber zu stellen ist. Das läßt sich nun kurz so angeben: deutsches Recht ist Alles, was als die Folge deutscher Rechtsbildung erscheint, und aus einheimischen Quellen abgeleitet werden kann. Zunächst werden darunter also diejenigen Rechtsinstitute begriffen sein, welche sich schon vor Aufnahme des römischen Rechts in Deutschland vorfanden, und ungeachtet dieser Aufnahme sich doch noch in gemeinrechtlicher Geltung erhalten haben: also z. B. die wichtigsten Lehren des deutschen ehelichen Güterrechts; die Real-lasten; das Familienrecht des hohen Adels u. s. w. Allein es ist offenbar einseitig und willkürlich, wenn man nur diese älteren deutschen Rechtsinstitute zum eigentlich deutschen Recht zählen will; auch nach der Reception des römischen Rechts hat die Rechtszeugung in Deutschland, selbst die des gemeinen Rechts, nicht ganz aufgehört, so daß die Annahme falsch ist, nur die fremden Rechte in ihrer ursprünglichen Gestalt und die Reste des älteren deutschen Rechtssystems beständen neben einander. Das Bedürfniß der modernen Zeit hat sich vielmehr auch auf dem Gebiet des gemeinen Rechts nach verschiedenen Seiten hin geltend gemacht und seine Befriedigung gefunden, sei es in selbständigen Instituten, wie dem Familienfideicommiß, dem Erbvertrag, manchen handelsrechtlichen Einrichtungen und Geschäften; sei es in eigenthümlichen Modificationen, welche altdeutsche Rechtsinstitute so gut wie rein römische erfahren

haben, und wodurch sie von ihrer ursprünglichen Natur Manches einbüßen mußten. In dieser letzteren Hinsicht kann nicht genug hervorgehoben werden, daß auf der einen Seite kaum ein deutsches Rechtsinstitut besteht, welches nicht mehr oder weniger vom römischen Recht ist ergriffen und bestimmt worden¹⁾; daß aber andererseits dieß römische Recht, so störend und gewaltsam es auch in unser Rechtswesen eingedrungen ist, bei weitem nicht in dem Umfange und in dem Maasse, wie die älteren Romanisten es beabsichtigten, zur Geltung gelangen konnte²⁾. Wenn nämlich auch ursprünglich die Absicht darauf gerichtet war, das römische Recht, wie es unter Justinian zusammen gefaßt, in Bologna glossirt war, vollständig und unbedingt zur Anwendung zu bringen, so hat dieser Plan doch nicht durchgeführt werden können. Ein großer Theil des römischen Rechts, und nicht bloß des öffentlichen, ist in Deutschland nie praktisch geworden, und Vieles, was als römisches Recht gelehrt wurde, war modernen Ursprungs und nur durch die Doctrin jenem zugerechnet³⁾. — Will man daher nach den hier angegebenen Gesichtspunkten das gesammte gemeine Privatrecht, wie es in Deutschland praktisch geworden, in bestimmte Rechtsinstitute zerlegt auf seinen Ursprung zurückführen, so wird man folgende Bestandtheile zu unterscheiden haben:

1) Wenn nicht unmittelbar, so doch mittelbar, z. B. bei den Reallasten durch die Entfernung des Begriffs der deutschen Gewere aus dem heutigen Rechte; bei dem Retracte durch die rechtliche Bestimmung des Kaufgeschäfts, überhaupt aber durch den Einfluß auf die Lehre von den Klagen u. s. w.

2) Vgl. Eichhorn, deutsche Staats- und Rechtsgesch. III. §. 440 44. — Volkrecht und Juristenrecht, S. 29. ff.

3) Darauf, daß ein großer Theil dieser Modificationen des römischen Rechts schon von den italienischen Juristen begründet oder doch angedeutet war, bevor man sich in Deutschland damit beschäftigte, braucht hier kein besonderes Gewicht gelegt zu werden. Denn römischen Ursprungs sind diese Modificationen keinenfalls, und für das deutsche Rechtswesen erst von Bedeutung, nachdem sie von den deutschen Juristen aufgefaßt und selbständig verarbeitet worden.

deutsche Rechtsinstitute, die mehr oder weniger vom römischen Recht, und römische Rechtsinstitute, die mehr oder weniger vom deutschen Recht modificirt sind⁴).

Zwischen diesen beiden Bestandtheilen des gemeinen deutschen Privatrechts glaubte man nun, als man sie überhaupt schon in ihrer selbständigen Begründung neben einander anerkannte, doch einen Unterschied machen zu müssen, wonach das römische Recht als das bevorzugte, im Besitz befindliche erschien, gegen welches dem einheimischen Recht erst die Geltung zu erstreiten sei. Man ging dabei von der Ansicht aus, das römisch-justinianische Recht sei als ein Ganzes (in complexu) und zwar als ein Gesetzbuch recipirt worden, so daß, wer sich darauf berufe, schon dadurch ein rechtliches Klagefundament (fundatam intentionem) habe, während derjenige, welcher behaupte, eine römische Vorschrift sei nicht geltend geworden oder es komme statt dessen einheimisches Recht zur Anwendung, den Beweis dieser Behauptung übernehmen müsse⁵). Diese Ansicht hängt denn genau mit der älteren Lehre vom Beweise des Gewohnheitsrechts zusammen, welche, wie unten §. 31. gezeigt werden

4) Man pflegt wohl noch f. g. gemischte Institute zu unterscheiden, die aus deutschen und römischen Rechtsprincipien zusammengesetzt sind, und dafür den Erbvertrag, das Familienfideicommiss u. dgl. anzuführen (s. Mittermaier, Grundsätze I. §. 1. — J. Weiske, praktische Untersuchungen III. S. 23. 24.): allein dieß sind, wie oben bemerkt worden, Institute neuern Ursprungs und deutsch-rechtlicher Natur, bei deren Construction nur mehr römisch-rechtliches Material, wie gewöhnlich, verwandt worden ist.

5) Das ist im Wesentlichen noch die Ansicht von Schilter, praxis jur. rom. Exerc. I. §. 12. und dazu das in der Ausgabe von Thomafius irrthümlich zu II. §. 12. gestellte additamentum. Eben deswegen ward er von Culpis, (Conradi Sinceri civis Germani de germanicarum legum veterum ac Romani juris in republica nostra origine auctoritateque praesenti dissertatio epistolica cap. 88.) Thomafius (in der Vorrede zur Ausgabe von Schilters Exercitationen und in der Note 55. zu Culpis) und andern angegriffen, während z. B. Strube, Nebenstunden V. S. 77. ff. in der Hauptsache mit Schilter übereinstimmt.

wird, überhaupt nicht haltbar ist; denn der Richter soll das Recht selbständig kennen, und die Anwendbarkeit desselben nicht von dem zufälligen Erfolg der Beweisführung der Parteien abhängig machen. Aber auch die Modification jener älteren Ansicht, das deutsche Recht sei nur ein bedingt gemeines und setze, damit es zur Anwendung gebracht werden könne, die Anerkennung im Particularrecht voraus⁶⁾, ist so allgemein gefaßt und im Gegensatz zum römischen Recht nicht für begründet zu halten. Denn nicht der einheimische oder fremde Ursprung der Rechtsquellen, sondern deren Natur und die Beschaffenheit der Rechtsinstitute bestimmt den Umfang und die Art ihrer gemeinrechtlichen Geltung⁷⁾. Das römische Recht in Deutschland gilt nicht als Gesetzbuch, weil ihm dazu, von allem Andern abgesehen, das wesentliche Erforderniß der Publication fehlt; es gilt vielmehr nur, weil und insoweit es auf dem Wege des Gewohnheitsrechts ist recipirt worden, — eine Reception, welche theils wegen der Unanwendbarkeit mancher römischer, theils wegen der Herrschaft mancher einheimischer Rechtsinstitute nur eine beschränkte gewesen ist. In beiden Beziehungen hat sich aber die in der Gewohnheit dargelegte Wirkung der Reception in den verschiedenen Perioden der neueren deutschen Rechtsgeschichte verschieden gestaltet, wie sich schon ergibt, wenn man über den Einfluß des römischen Rechts auf

6) Hufeland, Beiträge zur Verichtigung und Erweiterung der positiven Rechtswissenschaft, Stück I. Abhandl. 3. — Ehr. E. Munde, deutsches ehel. Güterrecht, §. 4. und in der Zeitschrift für deutsches Recht, VII. S. 7. 8. — Wenn dagegen Falck, juristische Encyclopädie, §. 124. Note 69. — dem Gerber, das wissenschaftliche Princip des gemeinen deutschen Privatrechts, S. 276. gefolgt ist, — das gemeine deutsche Privatrecht nur als Einleitung in das Studium der Particularrechte gelten läßt, so hört es freilich damit auf, ein Recht zu sein, da ein solches ohne die Möglichkeit einer unmittelbaren Anwendung nicht gedacht werden kann.

7) D. Mevius, decision. P. III. dec. 270. — Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht, §. 40. Note e. — Volkrecht und Juristenrecht, S. 98. ff.

das Staatsrecht, über die Bedeutung desselben für die Auslegung der Particularrechte, über sein Verhältniß zum einheimischen gemeinen Privatrecht Untersuchungen anstellt. Der Richter kann daher das römische Recht, auch abgesehen von dessen subsidiärer Natur und von der möglichen Collision zwischen den Regeln des einheimischen und fremden Rechts, nie ganz im Allgemeinen und unbedingt, etwa wie ein Landesgesetz, zur Anwendung bringen; sondern er muß sich stets über dessen Anwendbarkeit im Einzelnen Rechenschaft ablegen. Dieß ist freilich sehr erleichtert und für manche Fälle eine selbständige Untersuchung darüber ganz unnöthig geworden, weil es für gewisse Lehren schon wissenschaftlich festgestellt ist, ob und inwieweit ihnen eine gemeinrechtliche Geltung zuerkennen; aber in jedem zweifelhaften Fall muß doch die Geschichte der Reception, welche in ihrer schwankenden Bedeutung bis auf die Gegenwart sich erstreckt, den Ausschlag geben ⁸⁾).

An und für sich steht sich daher das gemeine Recht, mag es einheimischen oder fremden Ursprungs sein, seiner Natur

8) v. Wächter, gemeines Recht Deutschlands, S. 186 ff. sucht freilich die hier bestrittene Ansicht, daß das römische Recht noch jetzt für in complexu recipirt gelten könne und, dem gemeinen deutschen Recht gegenüber, die Vermuthung für sich habe, aufrecht zu halten; aber am Ende kommt er doch beinahe zu dem im Text angegebenen Resultate. Denn wenn er (S. 190) verlangt, daß nur keine besonderen Gründe der Unanwendbarkeit vorliegen dürfen, so muß sich der Richter, scheint es, jedesmal erst davon überzeugen, ob und inwieweit dieß eben nicht der Fall ist, und so ist doch eigentlich zugestanden, daß dem Corpus Juris die Bedeutung eines Gesetzbuchs nicht beigelegt werden kann. Ist es doch auch gerade als das wichtigste Resultat der neueren wissenschaftlichen Behandlung des römischen Rechts zu bezeichnen, daß nicht die einzelnen, im Corpus Juris enthaltenen Regeln, sondern die darin ausgeprägten Rechtsinstitute das heutige, bei uns geltende römische Recht bilden. Eine Zurückführung desselben auf den buchstäblichen Inhalt der Fragmente, wie bei einem Gesetzbuch nöthig wäre, läßt sich ja auch mit wissenschaftlicher Consequenz gar nicht durchführen. S. Glück, Pandecten-Commentar, I. S. 206. — Kierulff, Theorie des gemeinen Civilrechts, I. S. XV. ff. — Kriß, Sammlung von Rechtsfällen, IV. S. 1—140.

und Wirkung nach gleich; die dazu gehörigen Rechtsinstitute sind bald bedingt, bald unbedingt subsidiarisch. Freilich ist das römische Recht reicher an Satzungen der letzteren Art, wie das deutsche; aber auch diesem fehlen sie nicht, wie die Aufhebungsgründe der väterlichen Gewalt, die allgemeine Gültigkeit formloser Verträge, die Erbverträge, das Lehnenrecht, das Familienfideicommiss, das Handelsrecht u. s. w. beweisen.

§. 10.

Trennung des römischen und deutschen Rechts in der wissenschaftlichen Behandlung.

Wenn nun nach dem Angeführten das in Deutschland geltende gemeine Privatrecht aus zwei, an sich gleich berechtigten Bestandtheilen, die sich wechselseitig ergänzen, und deswegen schon nicht verschiedener Natur sein können, zusammengesetzt ist, so muß es doch nur natürlich erscheinen, die im Anfang des vorigen Jahrhunderts unternommene Scheidung des Rechtsstoffes nach seinem Ursprunge als eine willkürliche wieder aufzugeben, und das gesammte Material auch hier, wie bei andern Rechtstheilen, als eine einheitliche Masse zusammen zu fassen. Dazu liegt eine um so größere Aufforderung vor, da das gesammte Civilrecht durch die modernen Codificationen in diesem Sinn legislatorisch durchgearbeitet und vereinigt worden, so daß auch für die wissenschaftliche Behandlung, die überhaupt in neuerer Zeit ihres Gegenstandes viel besser Herr geworden, ein bedeutendes Beispiel gegeben ist. In der That fängt man auch schon wieder an, sich diesem Ziele mehr zuzuneigen, und es ist geradezu behauptet worden, so sehr auch das historische römische und deutsche Recht in ihren Principien sich theilweise entgegenständen, — in dem praktischen Recht seien diese Verschiedenheiten ausgeglichen; die Frage, ob ein Fall nach deutschem oder römischem Rechte zu entscheiden, enthalte im Grunde einen Widerspruch, da auch das römische Recht, insofern es in Deutschland geltend geworden, nur als deutsches in Betracht

kommen könne¹⁾. Allein so einfach verhält es sich hiermit doch noch nicht. Wenn man nämlich auch, um diesen Punkt zuerst hervorzuheben, die Einwirkung der modernen Codificationen auf das gemeine deutsche Recht noch so hoch anschlagen will, so ist sie doch immer nur eine mittelbare, die wissenschaftliche Behandlung fördernde gewesen; unmittelbar konnte sie natürlich über die Grenzen des Staates, für welche die Gesetzgebung erlassen worden, nicht Platz greifen. Ueberhaupt aber, und darauf kommt es bei der ganzen hier behandelten Frage vorzugsweise an, — überhaupt aber hat in den verschiedenen Staaten Deutschlands, in denen das gemeine Recht noch gilt, die Rechtsbildung keinen ganz gleichmäßigen Verlauf genommen. Wäre dieß geschehen, so müßte sich freilich das gemeine Recht ohne Rücksicht auf seinen Ursprung als ein Ganzes darstellen, indem nur die particularrechtlichen Modificationen und zwar im Wesentlichen gleichmäßig in Betracht kämen. Die Frage, ob ein römisches oder deutsches Rechtsinstitut das gemeine geworden, könnte wohl zur Beantwortung sich aufdringen; aber wenn sie erledigt worden, so würde damit auch die allgemeine Herrschaft des zur Anwendung gekommenen Principis gewahrt sein. Allein die Rechtsbildung in den einzelnen deutschen Staaten und selbst in den kleineren Kreisen derselben ist bekanntlich eine sehr verschiedene gewesen, namentlich auch in der Hinsicht, daß man sich entweder im Allgemeinen oder doch in Beziehung auf einzelne Rechtsinstitute bald mehr dem einheimischen, bald mehr dem römischen Rechtssysteme angeschlossen hat. Da nun für manche Rechtsverhältnisse, z. B. eheliches Güterrecht, Hypothekewesen, Erbpacht u. s. w. sich in beiden die entsprechenden Institute finden, so mußte es unter den gegebenen Umständen geschehen, daß, wenn sie nicht neben einander bestehen konnten oder sollten, das Eine hier, das Andere dort particularrechtlich zur Anwendung

1) Reyscher in der Zeitschrift für deutsches Recht, 1. S. 7. IX. S. 368. ff.

kam, womit denn auch zugleich entschieden war, aus welchen Rechtsquellen die subsidiäre Ergänzung zu nehmen sei. In solchen Fällen nun ist für das gemeine Recht ein Dualismus thatsächlich vorhanden, der, mag man das ursprünglich fremde Recht als nationalisirt ansehen oder nicht, sich praktisch sehr fühlbar macht und die genaue Erörterung der Frage nicht umgehen läßt, welches von den verschiedenen Rechtsinstituten denn jedesmal gerade vorliege.

Wenn indessen auch verschiedene römische und deutsche Rechtsinstitute über denselben Gegenstand vorkommen, so liegt doch im Allgemeinen in diesem Umstande noch kein Hinderniß, sie vollständig neben einander aufzuführen, und wenn auch keine innere Einheit der Principien, so doch eine äußerliche des Systems für die Darstellung des gesammten gemeinen deutschen Civilrechts zu gewinnen. Die Anforderung, der allerdings der Praktiker für den Bereich seiner Thätigkeit sich nicht entziehen kann, würde denn auch an die wissenschaftliche Behandlung zu stellen sein, daß sie nämlich für die unbedingt subsidiären Rechtsinstitute das wirklich principienmäßige Geltende zur Einheit zusammenfasse und darstelle, während bei Lehren, die nur bedingt gemeinrechtlich sind, die verschiedenen Formen ihrer Erscheinung neben einander berücksichtigt würden. Eine solche Verbindung der Lehren, welche in den s. g. Pandekten und dem deutschen Privatrecht getrennt abgehandelt werden, zu einer Disciplin kann nicht als unzulässig erscheinen, wie sie auch noch in späterer Zeit von solchen, welche das gemeine Privatrecht nicht bloß als römisches Recht mit einzelnen neueren Modificationen aufgefaßt haben, ist versucht worden²⁾. Es stellt sich vielmehr entschieden als die Aufgabe der deutschen Jurisprudenz heraus,

2) Es ist hier besonders zu erwähnen Hofacker, *principia juris civilis romano-germanici*. 3 voll. 1788 ff. — In neuester Zeit ist diese Richtung namentlich von Reyscher und Wächter bei der Bearbeitung des württembergischen Particularrechts in Verbindung mit dem gemeinen Recht befolgt worden.

eine solche gleichmäßige Durchdringung und Verarbeitung des gesammten praktischen Rechtsstoffes mit aller Kraft anzustreben, und in dieser Beziehung nicht allein den Anforderungen des gegenwärtigen Rechtslebens Genüge zu leisten, sondern auch einer späteren Nationalgesetzgebung, welche freilich noch über ganz andere Mittel zu gebieten hat, vorzuarbeiten. Natürlich kann hier keinem ernstern, wissenschaftlichen Streben willkürlich eine Schranke gesetzt werden, und je mehr jemand in einer solchen Beherrschung des Gesamtstoffes unseres gemeinen Rechts zu leisten und sie zu fördern im Stande ist, desto größer wird sein Verdienst sein. Indessen fehlt es nicht an sehr erheblichen Schwierigkeiten, welche einem so umfassenden Werke entgegenstehen, und nicht zu gering angeschlagen werden dürfen. Weder das römische noch das deutsche Recht sind in Beziehung auf ihre praktische Bedeutung für unser Rechtswesen bereits so vollständig durchforscht und verarbeitet worden, daß ohne große und selbständige Studien eine wissenschaftliche Darstellung derselben gegeben werden kann. Es erscheint daher vorläufig immer noch angemessen, um die Aufgabe nach allen Seiten gründlich und erschöpfend zu behandeln, daß eine Theilung der Arbeit vorgenommen werde, indem Romanisten und Germanisten nicht aufhören, ihr besonderes Feld zu bestellen³⁾; doch ist natürlich keine feste Grenzscheide zwischen beiden Gebieten zu ziehen, sondern es der Einsicht und dem Beruf jedes Einzelnen zu überlassen, wieweit er seine Forschungen erstrecken und deren Ergebnisse dem Publikum vorlegen will. — In diesem Sinn sind denn auch die neueren Werke über das gemeine deutsche Privatrecht geschrieben, indem sie dasselbe eben im Gegensatz zum römisch=canonischen Recht als dasjenige auffassen, welches vorzugsweise den deutschen Rechtsquellen zu entnehmen ist⁴⁾.

3) Vgl. Maurenbrecher, Lehrbuch des gemeinen deutschen Privatrechts, (2. Aufl.) I. §. 14.

4) S. J. Fr. Runde, Grundzüge des gemeinen deutschen Privatrechts, (8. von Ehr. L. Runde besorgte Ausgabe) §. 6. — W. A. F.

§. 11.

Umfang und System dieses Werkes.

In demselben Sinne, wie das deutsche Privatrecht bisher ist behandelt worden, ist es auch in diesem Werke geschehen, indem dasselbe nicht das gesammte Civilrecht zu seinem Gegenstande hat, sondern nur den germanischen Theil desselben. Doch ist dieser in einer weiteren Ausdehnung aufgefaßt worden, als es wenigstens gewöhnlich in verwandten Schriften geschehen ist. Denn einmal finden die allgemeinen Lehren von den Rechtsquellen und Rechtsverhältnissen, welche für die Germanisten und Romanisten die gleiche Bedeutung haben, ihre genauere Entwicklung, und außerdem sollen nicht allein die einheimischen Rechtsinstitute mit den Modificationen, welche sie in Folge der Aufnahme des römischen Rechts erfahren haben, vollständig dargestellt werden, sondern auch umgekehrt diejenigen Modificationen römischer Rechtsinstitute, welche durch die moderne Rechtsbildung hervorgerufen sind, insofern sie nur einen selbständigen, principienmäßigen zu entwickelnden Charakter an sich tragen. So ist z. B. die Testamentslehre im Allgemeinen als rein römisch zu betrachten; aber die Lehre von der gerichtlichen Form der Testamente, den wechselseitigen Testamenten, den Testamentsercutoren darf als Theil des einheimischen Rechts bei dessen Darstellung abgehandelt werden, und ebenso ist bei anderen Rechtsinstituten zu verfahren. Ganz ausgeschlossen bleibt nur das rein römische Recht mit Einschluß der Controversen, welche nur aus diesem zu entscheiden sind. Doch soll bei jeder Lehre angegeben werden, inwieweit sie nach einheimischem oder frem-

Danz, Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts, 1. §. 6. — Eichhorn, Einleitung in das gemeine deutsche Privatrecht, §. 1. — Rittermaier, Grundsätze des gem. deutschen Privatrechts, §. 1. — Phillips, Grundsätze des gem. deutschen Privatrechts, 1. §. 2. — Maurenbrecher a. a. O. §. 14. ff. — Wolff, Lehrbuch des gem. deutschen Privatrechts, 1. §. 1. u. f. w.

dem Rechte zu construiren ist und in welchem Verhältniß beide Elemente dabei zu einander zu stehen kommen. Dadurch wird es denn auch möglich, eine gewisse Vollständigkeit des Systems, wenn gleich nicht in der genaueren Ausführung alles Einzelnen, so doch in der allgemeinen Anordnung und übersichtlichen Darstellung zu erreichen. — Die Rechtsgeschichte wird aber immer nur insoweit herbeigezogen, als sie für die dogmatische Begründung der deutschrechtlichen Lehren und für die Grenzbestimmung zwischen dem einheimischen und fremden Recht unentbehrlich ist. Sonst ist der Plan bestimmt darauf gerichtet, nur praktisches Recht zu geben, was die Rechtsalterthümer fern hält, und nur gemeines Recht, wodurch den Particularrechten ihre untergeordnete, nur die gemeinrechtliche Deduction unterstützende Bedeutung für dieses Werk angewiesen ist. Doch kann hier, schon des wissenschaftlichen Zusammenhangs wegen, nicht immer ängstlich die Grenze bewahrt bleiben, und die Inconsequenz zuweilen auch auf solche Institute Rücksicht zu nehmen, welche eine gemeinrechtliche Darstellung nicht gestatten, wird schon zu verzeihen sein, wenn sich die wahre Lage der Sache nur stets gehörig bezeichnet findet. Kann doch schon deswegen ein Eingehen auf solche Lehren nothwendig werden, damit sich eben klar und bestimmt herausstelle, daß sie auf eine gemeinrechtliche Geltung keinen Anspruch machen können, und daß es sich dabei etwa nur, wie bei dem Recht der Rittergüter, um eine historisch-statistische Einleitung in die Particularrechte handelt.

So viel von dem Umfang und Plan dieses Werkes; über das in demselben befolgte System ist Folgendes zu bemerken. Dem allgemeinen Theil folgt der specielle, welcher in zwei Büchern das gemeine Landrecht und Ständerecht enthält. Gegen diese, von namhaften Autoritäten begründete Eintheilung¹⁾

1) Sie liegt folgenden zwei bedeutenden Werken zum Grunde: *Sauhold*, Lehrbuch des königlich-sächsischen Privatrechts. 3. von *Hänfel* besorgte Ausgabe. Leipzig 1846. und *Chr. F. Weiße*, Einleitung in das gemeine teutsche Privatrecht. 2. Aufl. Leipzig 1832.

läßt sich freilich vom Standpunkte der heutigen Rechtszustände Manches einwenden; aber die Vorzüge derselben sind doch überwiegend, was indessen erst dann gehörig nachgewiesen werden kann, wenn die Bedeutung der Geburts- und Berufsstände für das heutige Rechtsleben näher entwickelt wird²⁾. Vor Allem kommt hier in Betracht, daß ohne eine solche Scheidung des Stoffes eine einfache und übersichtliche Systematisirung des gemeinen Landrechts sehr schwer, und die zusammenhängende Darstellung der dem Ständewesen angehörigen Rechtsinstitute geradezu unmöglich ist. — Daß aber das Lehenrecht im System des gemeinen deutschen Privatrechts seinen Platz findet, wird durch die Zweckmäßigkeit so sehr empfohlen, daß die dagegen vorgebrachten Gründe ohne Wirkung bleiben müssen³⁾; auch gravitirt das Lehenrecht gegenwärtig seiner ganzen Bedeutung nach weit mehr zum Privatrecht als zum Staatsrecht, und ist jedenfalls unentbehrlich, um andere wichtige Rechtsinstitute, namentlich die Erbfolge des hohen Adels und die Familienfideicommissse betreffend, im wissenschaftlichen Zusammenhange entwickeln zu können. Bleibt es ja immerhin einem jeden unbenommen, das Lehenrecht als eine eigene Rechtslehre selbständig und für sich abzuhandeln! — Wenn man aber das gemeine Landrecht nach Ausschcheidung des Ständerechts für eine zusammenhängende Darstellung zugänglich

2) Vgl. Phillips, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts, I. §. 20., der sich in den neueren Auflagen seines Werkes jener Eintheilung im wesentlichen angeschlossen, und auch auf die von Gaupp (Allg. Litt. Zeitung 1831 S. 63. ff.) dagegen erhobenen Bedenken geantwortet hat. Ausführlicher habe ich hierüber gehandelt Volksrecht und Juristenrecht. Cap. 7. — Daß selbst die Franzosen das Handelsrecht in einem besondern Gesetzbuch behandelt haben, ist für unsere Verhältnisse doch ein bedeutsamer Wink, noch einen Schritt weiter zu gehen, und z. B. wenigstens für eine wissenschaftliche Darstellung auch dem Landwirthschaftsrechte einen besondern Platz anzuweisen. Man muß sich dabei freilich über den Begriff und die Bedeutung der Stände erst verständigen.

3) Die Wichtigkeit, welche namentlich Dieck, Zeitschrift für deutsches Recht, III. S. 160—92. der ganzen Frage beilagt, scheint sie mir auf keinen Fall zu verdienen. Vgl. auch Phillips, a. a. D. §. 28.

gemacht hat, so sehe ich nicht ein, warum nicht die hergebrachte Eintheilung in Personen-, Sachen-, Obligationen-, Familien- und Erbrecht, welche in der Natur und Stellung der Rechtsverhältnisse ihre Begründung findet, auch hier zur Anwendung kommen soll. Voigtei, Gewere und die andern altdeutschen Rechtsbegriffe sind freilich auch jetzt noch von großer geschichtlicher Bedeutung, und selbst für die dogmatische Behandlung einzelner Rechtsinstitute fruchtbar; aber sie zum Mittelpunkt eines Systems des geltenden Rechts machen, heißt doch die Anforderungen der Gegenwart und vollendete Thatsachen der Geschichte ignoriren! — Der Gang des Systems im Einzelnen bestimmt sich aber nach der Natur der von den Rechtsverhältnissen getragenen Rechtsinstitute und nach den verschiedenen, für sie, einzeln genommen, und in ihren wechselseitigen Beziehungen wirksamen Momenten. Es muß eben eine dialektische Bewegung im System herrschen, die aber nicht von außen her durch fremdartige Bestimmungen hineingetragen wird, sondern in dem Wesen der Dinge selbst ihren Grund hat⁴⁾.

Zweites Kapitel.

Methode des gemeinen deutschen Privatrechts.

§. 12.

Von der juristischen Methode im Allgemeinen.

Die wissenschaftliche Darstellung oder Theorie des positiven Rechts hat die Aufgabe, den Inhalt desselben, wie er sich in den Rechtsquellen niedergelegt findet, zu entwickeln und in seinem innern Zusammenhange nachzuweisen; es kommt also nicht bloß

4) Vgl. Stahl, Rechts- und Staatslehre, I. §: 30 - 35.

darauf an, daß der Stoff mit gehöriger Vollständigkeit und Genauigkeit gelehrt werde, sondern auch darauf, daß er wissenschaftlich verarbeitet und geordnet sei. Das ist aber nicht der Fall, wenn eine Masse einzelner Rechtsätze, in einer gewissen äußeren Ordnung zusammengefaßt, als geltendes Recht gelehrt werden; denn wenn auch jede einzelne Regel an sich ganz richtig und eine gewisse Vollständigkeit in der Aufzählung erreicht worden ist, so fehlt doch noch viel, daß sie das Recht enthalten, wie es ist und wissenschaftlich zu begreifen ist. Vor Allem muß die Anforderung an die wahre Theorie gestellt werden, daß sie, wenn auch nur mit einem bestimmten Theile des Rechts beschäftigt, dieses doch in seinem ganzen Zusammenhange als System überblickt, die Beziehung des Einzelnen zu diesem Ganzen klar erkennt und anderen zum vollen Verständniß zu enthüllen weiß. Dann aber kommt es hauptsächlich darauf an, die leitenden Principien, den eigentlich wesentlichen Inhalt der Lehre, fest und bestimmt hinzustellen, — ein Ergebnis, welches nur dann erreicht werden kann, wenn man es unternimmt, das organisch Verbundene als solches zu erkennen, also die Rechtsinstitute ihrer allgemeinen Natur nach und in ihrer concreten Gestaltung zu schildern.

Nun ist es freilich für die vollständige Rechtskenntniß nicht genügend, daß man sich im Besitz der allgemeinen Principien befinde, welche die Rechtsinstitute beherrschen; auch die einzelnen Rechtsregeln, nach welchen die Fälle des praktischen Lebens zu beurtheilen sind, dürfen dem Juristen natürlich nicht fremd sein. Allein Rechtsprincip und Rechtsregel sind keine neben einander stehende, gleiche Größen; die letzteren sind vielmehr in dem ersteren implicite enthalten und mit ihm zugleich gesetzt, so daß es nur, insofern das positive Recht durch eine ausdrückliche Sanction keine bestimmten Hindernisse entgegenstellt, der consequenten Entwicklung bedarf, um sie aus demselben abzuleiten und als gültig zu begründen. Diese logische Operation aber, in der die römischen Juristen Meister waren, ist nicht nothwendig

und keinesfalls in aller Vollständigkeit die Aufgabe der wissenschaftlichen Theorie, so wenig als der Gesetzgebung; das Meiste ist hier der praktischen Jurisprudenz zu überlassen. Nur zur Anweisung und Belehrung und namentlich zur größeren Veranschaulichung des Principis ist es in der Regel angemessen, die Wirksamkeit desselben in seinen einzelnen Folgerungen darzuthun, und auf diese Art der ganzen Darstellung diejenige Sicherheit und Bestimmtheit zu geben, welche nur durch die genauere Darlegung des Stoffs zu erreichen ist. Eine vollständige Aufzählung der einzelnen Rechtsregeln ist aber hiervon wesentlich verschieden, und kann der Wissenschaft nur dann zugemuthet werden, wenn sie es nicht mit einem frei und principienmäßig ausgebildeten Rechtswesen, sondern mit einem solchen zu thun hat, wo in den Rechtsquellen auch das Besondere kleinlich und ängstlich fixirt worden ist, und die Gesetzgebung die Aufgabe der Jurisprudenz an sich zu ziehen versucht hat. — Aber auch damit ist es nicht allein gethan, daß die Rechtslehre gehörig erfaßt und dargestellt werde; sie darf auch in der Theorie nicht losgebunden vom Rechtsleben gedacht werden, sondern dieses, in den Rechtsverhältnissen wirksam und vertreten, bildet für das Recht selbst die thatsächliche Basis, auf der es erwächst und für die es seine Entwicklung findet. Diese Wechselwirkung zwischen jus und factum, Recht und Verhältniß findet nicht bloß für die Praktiker statt; auch der Theoretiker muß sich ihrer im eminenten Sinne bewußt sein und sie zur Anschauung gebracht haben, wenn seine Lehre nicht, aller Unmittelbarkeit und Frische entbehrend, in Gefahr gerathen soll, statt den Stoff lebendig zu durchbringen und zu reproduciren, ein todtcs, nur in sich ruhendes Wissen zu überliefern, oder gar zu Resultaten zu gelangen, welche den Anforderungen des Lebens und den thatsächlichen Verhältnissen geradezu widersprechen. Es ist ein trauriger Irrthum und ein Zeichen tiefen Verfalls, wenn in der Jurisprudenz eine Theorie für möglich und berechtigt gilt, welche sich gleichgültig gegen die Praxis verhält.

Aus dem Angeführten ergibt sich, daß für die wissenschaftliche Behandlung des positiven Rechts mit der Ableitung desselben aus den Rechtsquellen noch nicht Alles gethan ist; daß vielmehr noch eine andere, freiere Thätigkeit des Geistes hinzukommen muß, wenn allen Anforderungen Genüge geschehen soll. Natürlich aber bleibt doch die richtige Benutzung der Rechtsquellen die erste, unerläßliche Pflicht für jede positive Rechtslehre; denn ohne den sicheren, wissenschaftlich begründeten Stoff bleibt alle geistige Ausstattung desselben trügerisch und eitel.

§. 13.

Methode des gemeinen deutschen Privatrechts.

Das gemeine Recht Deutschlands, in wie viele Theile man es auch seinem Gegenstande nach zerlegen mag, hat im Wesentlichen dieselbe Natur und dieselben Quellen; es wird daher, auch abgesehen von den so eben entwickelten allgemeinen Anforderungen an eine wissenschaftliche Theorie, für die Darstellung des gemeinen Rechts im Allgemeinen dieselbe Methode zur Anwendung zu bringen sein. Während man sich aber bei den andern Rechtslehren gewöhnlich wenig mit dieser Frage beschäftigt, so ist sie gerade für das deutsche Privatrecht mit besonderm Fleiße behandelt worden, und zwar meistens in dem Sinn, als ob es sich hier von etwas ganz Besonderem handelte, welches für andere Theile des gemeinen Rechts nicht zu berücksichtigen sei oder doch nicht dieselbe Bedeutung habe¹⁾. Diese Erscheinung, welche bei einer näheren Uebersetzung sehr auffallen muß, findet in der That auch nur in der Geschichte ihre Erklärung; sie ist eben durch die Lostrennung des einheimischen gemeinen Privatrechts von dem römischen und durch den damit in Verbindung

1) Selbst Eichhorn in seiner vortrefflichen Abhandlung über das geschichtliche Studium des deutschen Rechts (Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, I. S. 124—46.) spricht nur vom bürgerlichen Recht.

stehenden Kampf um die Anerkennung des ersteren hervorgerufen worden. Betrachten wir dieses etwas näher.

Es ist bereits oben (§. 8.) gezeigt worden, wie seit dem Ende des 15. Jahrhunderts das römische Recht die ganze deutsche Jurisprudenz beherrschte, und selbst das, was vom einheimischen Recht erhalten blieb, einer romanisirenden Betrachtungsweise unterworfen ward. Sogar für das Staatsrecht machte sich diese Richtung geltend; aber hier war doch die Macht des thatsächlich Bestehenden zu groß, als daß das römische Recht, wenn es auch einen gewissen Einfluß darauf ausübte, es hätte unter seine Herrschaft bringen können; mit Ausnahme weniger Lehren ward es aus diesem Kreise verdrängt, so daß selbst die noch äußerlich romanisirende publicistische Deduction, von Hermann Conring, Ludolph Hugo und anderen energisch bekämpft, bereits im 17. Jahrhundert in Abnahme kam. Die Romanisten überließen es nun den Publicisten, sich in ihrer Provinz zurecht zu finden, und diese suchten denn, so gut es gehen wollte, die verfallene Reichsverfassung und das krause Wesen des deutschen Territorialstaatsrechts zur rechtlichen Erkenntniß zu bringen. Dabei bedienten sie sich, soweit die Reichsgesetze keinen Anhalt gewährten, bald der historischen Deduction, bald lehnten sie sich mehr an die Staatspraxis und Analogie an, ohne jedoch daraus eine consequent durchgeführte Methode zu bilden und deren tiefere, wissenschaftliche Begründung für nöthig zu halten. — Aehnlich wie die Publicisten, erfreuten sich auch die Feudalisten, welche das Lehenrecht noch als besondere Disciplin behandelten, und die Canonisten mit ihrem umfassenden Quellenvorrath einer von jeher anerkannten Selbständigkeit, und wenn unter den letzteren auch J. H. Böhmer das protestantische Kirchenrecht nur als einen *usus modernus juris canonici* zu begründen vermochte, so lag doch auch hier nach der Natur des Gegenstandes eine Materie vor, deren man sich mit den gewöhnlichen Hilfsmitteln der Jurisprudenz bemächtigen zu können hoffen durfte. Auch die Bearbeiter des Strafrechts

und Processus, durch die Reichsgesetze und die Autorität der reichsgerichtlichen Praxis gestützt, hatten ihr besonderes, von dem römischen Recht abgeschlossenes Gebiet, und es war eben ihre Sache zu bestimmen, wie viel sie von jenem als geltend anerkennen wollten, und was sie den einheimischen Rechtsquellen glaubten entnehmen zu müssen. Ebenso verhielt es sich jedoch mit dem gemeinen Civilrecht, so lange dasselbe ohne Rücksicht auf seine Herkunft, den Gegenstand derselben Vorträge und Schriften ausmachte: der Eine gab mehr, der Andere weniger auf das, was man Gewohnheit, Praxis, Sitte der Deutschen nannte, und selbst Schilter ward noch, wie Thomasius es als eine Art göttlicher Fügung preist²⁾, von den Romanisten geduldet, weil er doch die Vermuthung für die Anwendbarkeit des römischen Rechts gab, während Kulpis wegen seiner mehr energischen Vertretung des einheimischen Rechts die heftigsten Angriffe abzuwehren hatte. Aber was sich in diesem Streite schon angedeutet findet, das ward bald nachher verwirklicht: die Trennung des deutschen Privatrechts von der römischen Rechtslehre. Nun konnte es nicht fehlen, daß die Bearbeiter des Ersteren, die Germanisten, indem die unvermittelte Beschäftigung mit den Rechtsalterthümern und dem *usus modernus* sie nicht mehr befriedigte³⁾, sich Rechenschaft darüber zu geben suchten,

2) S. Note 60. zu der oben §. 9. Note 5. citirten, von Thomasius herausgegebenen Schrift des Kulpis. *Eadem est sententia nostra de Schiltero, quamvis supra strenue adversus ipsum ex amore veritatis in quaestione praejudiciali de autoritate juris Romani pugnaverimus. Fuit haetenus non solum primus, sed et pene solus de restaurando jure patrio (privato, nam de publico aliquot alii viri illustres et clarissimi, quamvis pauci, fuere solliciti) immortaliter meritus. Et in nuperrima praefatione ad novam editionem Exercitationum ad Pandectas non sine ratione singulari directioni divinae providentiae adscripti, quod Schilterus in ista quaestione praejudiciali aberraverit a veritatis tramite, ut videlicet eo minus ab osoribus juris patrii scripta ejus contemnerentur aut impedirentur.*

3) Dies gilt namentlich von J. G. Heinkecius, der in seinem Werk: *Elementa juris privati germanici*, 2. voll. Hal. 1737. das deutsche Privatrecht zuerst einer wissenschaftlichen Bearbeitung unterwarf, wenn er

welche Quellen ihnen denn zu Gebote ständen und wie sie es überhaupt anzufangen hätten, um auch ihrerseits eine gemeinrechtliche Lehre zu begründen, — eine Aufgabe, deren wissenschaftliche Lösung um so nothwendiger ward, da theils das in den Reichsgesetzen und den nach damaliger Ansicht beweisbaren allgemeinen Gewohnheiten enthaltene Material sehr gering war, theils aber bei der so oft entgegenstehenden und zu bekämpfenden romanistischen Auffassung der Institute ein principienloses Aufzählen deutschrechtlicher Regeln ohne deren innere Begründung auch damals schon nicht befriedigen konnte. Daher nun bei der lebendigen Ueberzeugung der Germanisten, es müsse ein dem römischen Recht gleich stehender, gemeinrechtlicher Stoff einheimischen Ursprungs zu finden sein, das männliche, ausharrende Bestreben, dieses einheimischen Rechts sich zu bemächtigen und die richtige Methode, welche dahin führen könne, zu entdecken. Es hat manchen verfehlten Versuch, manche getäuschte Erwartung, manche stille Kränkung gekostet, ehe die Germanisten bis zu dem Ziele gelangt sind, an welchem sie jetzt stehen, und für vollendet ist ihre Aufgabe noch nicht zu halten, bis ein gemeins deutsches Nationalrecht gewonnen ist; aber sie haben für eine hohe, nationale Idee gekämpft und gerungen, und das, was sie zunächst nur dem Privatrecht zugebracht haben, wird immer mehr dem ganzen deutschen Rechtswesen zu Gute kommen.

Die älteren Versuche, welche darauf gerichtet waren, für die Behandlung des gemeinen deutschen Privatrechts eine wissenschaftliche Methode zu begründen, haben fast nur noch eine litterär-geschichtliche Bedeutung⁴⁾. Dieß gilt namentlich von der

dabei auch keine bestimmte Methode entwickelte und die Rechtsalterthümer mehr als billig berücksichtigte.

4) Vgl. im Allgemeinen Eichhorn, Einleitung §. 39. 42. — Mittermaier, Grundsätze, I. §. 35—41. — Gaupp in der allgem. Litt. Zeitung 1831. S. 53—61. — Türck, Vorlesungen über das deutsche Privatrecht, S. 407—444. — Maurenbrecher, Lehrbuch, I. §. 111—116. — Reyscher, Zeitschrift für deutsches Recht, IX. S. 344—365. —

Ansicht, daß man berechtigt sei, aus der Uebereinstimmung vieler Particularrechte auf das Dasein einer gemeinrechtlichen Regel zu schließen, — eine Ansicht, auf welche Pütter⁵⁾ seine Analogie des deutschen Privatrechts baute, und welche Seichow⁶⁾ vor Allem durch eine umfassende Sammlung von Particularrechten zu heben und fruchtbar zu machen suchte. Allein da eine solche Uebereinstimmung auch aus andern Gründen, als weil ein gemeinrechtliches Princip sich darin ausgesprochen hat, entstehen kann, so liegt der ganzen Auffassung eine Verwechslung des bloß Möglichen oder Wahrscheinlichen mit dem Gewissen zum Grunde, weswegen sie als unhaltbar hat aufgegeben werden müssen. An deren Stelle machte sich die historische Methode, welche aus der Geschichte der Rechtsverhältnisse und Rechtsinstitute deren Natur und Wesen, und also die Principien des jetzt geltenden gemeinen Rechts zu entwickeln sucht, immer mehr auch für das Privatrecht geltend, während man sie schon früher für das Staatsrecht mit nicht geringem Erfolg angewandt hatte. Zuerst von Pütter⁷⁾ angedeutet, ist sie von Tafinger⁸⁾ wissenschaftlich formulirt und von Eichhorn⁹⁾ so fest begründet worden, daß sie jetzt von allen Germanisten für unentbehrlich gehalten wird, wenn sie ihr auch nicht, wie der zuletzt genannte Gelehrte, dem Weiße¹⁰⁾ und

Gerber, das wissenschaftliche Princip des gemeinen deutschen Privatrechts, S. 15—105.

5) Elementa juris germ. pr. hodierni. §. 65. 66. na. IV. 70. 71.

6) Elementa jur. germ. pr. hod. p. XXIII. in der Vorrede zur 2. Ausg.

7) Beiträge zum teutschen Staats- und Fürstenrecht, 2. Th. (Göttingen. 1779) Nr. XXVIII. S. 96. 97.

8) W. G. Tafinger, über die Bestimmung des Begriffs der Analogie des teutschen Privatrechts. (Ulm, 1787.) §. 50. S. 165. 166.

9) Ueber das geschichtliche Studium des deutschen Rechts in der Zeitschrift für gesch. Rechtsw., 1. S. 124—46. — Einleitung in das deutsche Privatrecht, §. 39—41.

10) G. G. Weiße, Einleitung in das gemeine teutsche Privatrecht, §. 44.

Phillips¹¹⁾ im Wesentlichen folgen, die ausschließliche Be-
rechtigung zugestehen. Es liegt nämlich hiergegen das Beden-
ken nahe, daß die geschichtliche Begründung der Rechtsinstitute
doch nur dann nothwendig erscheint, wenn in dem Rechtsleben
der Gegenwart die dazu erforderlichen Momente nicht vorhanden
sind und erfaßt werden können; und daß sich, auch wenn man
es mit einem ungeschriebenen Recht zu thun hat, recht wohl
Fälle denken lassen und auch wirklich vorkommen (man nehme
Beispielsweise nur das gemeine deutsche Handelsrecht), für welche
das historische Material durchaus unzureichend ist oder ganz
fehlt, um aus demselben ein Rechtsinstitut seinem Wesen nach
zu begreifen und in seinen leitenden Principien darzustellen.
Kann man es nun unter der ersten Voraussetzung mit Rücksicht
auf die Entwicklung des praktischen Rechts für durchaus noth-
wendig halten, die Geschichte jedes einzelnen Rechtsinstituts zu
verfolgen? und soll man im zweiten Fall auf jede gemeinrecht-
liche Begründung von vorne herein verzichten, weil sie nicht der
Geschichte entnommen werden kann? Diesen Bedenken scheint
dadurch abgeholfen zu werden, daß man für die Methode des
gemeinen deutschen Privatrechts eine Lehre aufstellt, in welcher
die historische Deduction nur als ein wichtiges Hülfsmittel an-
erkannt wird, ohne dabei eine ausschließliche Herrschaft auszu-
üben. Darauf beruht die Ansicht derer, welche den gemein-
rechtlichen Stoff durch die Entwicklung aus der Natur
der Sache gewinnen wollen. Hierüber bedarf es aber einer
näheren Erörterung.

§. 14.

Von der f. g. Natur der Sache.

Was unter der Natur der Sache zu verstehen, ist nicht so
leicht anzugeben, da der Ausdruck vieldeutig ist. Er wird ein-
mal in einem allgemeineren, nicht technisch juristischen Sinne

11) Grundsätze des gem. deutschen Privatrechts, I. §. 27.

gebraucht, und bedeutet dann, ähnlich wie man von der Vernunft, dem Wesen der Dinge, der *rerum natura* spricht das Vernunft- und Naturgemäße, den Verhältnissen allein Angemessene, — ohne eine nothwendige Beziehung auf das thatsächlich Bestehende¹⁾. In einer andern, schon mehr eigenthümlich juristischen Bedeutung wird unter der Natur der Sache das allgemeine Wesen der Rechtsverhältnisse in ihrer nothwendigen Entwicklung verstanden, so daß sie die allgemein gültige Substanz des positiven Rechts bilden, ohne besondere Beziehung auf die Eigenthümlichkeit und Selbständigkeit eines bestimmten, concret ausgebildeten nationalen Rechtslebens. In diesem Sinne spricht Zöpfel²⁾ von einer juristischen Denklehre oder Logik, indem die allgemeine Natur des Consensus, des Vertrags, Schadenersatzes u. s. w. als Grundlage für die juristische Deduction gebraucht wird, — eine Methode, die namentlich von Haffse in seinen späteren Abhandlungen mit genialer Meisterschaft angewandt worden ist, und von ihm als freie Beherrschung des Rechtsstoffes bezeichnet wird³⁾. — Endlich in einer dritten Bedeutung wird unter Natur der Sache das Princip verstanden, welches in den concret ausgebildeten Rechtsverhältnissen wirksam ist, so daß es mit ihnen zugleich gesetzt, sie beherrscht und daher auch, wenn es aufgedeckt und zum wissenschaftlichen Verständniß gebracht ist, als die rechtliche Norm erscheint, nach welcher, falls sonst keine positive Sagung vorhanden ist, die Rechtsverhältnisse beurtheilt werden müssen. In diesem Sinn ist die

1) Vgl. Heffter, System des römischen und deutschen Civilprocesses, 2. Ausg. §. 20. Note 43.

2) Ueber das Verhältniß des rationalen und nationalen Rechts, in der Zeitschrift für deutsches Recht, IV. S. 107. ff. — Vgl. auch Stahl, Rechts- und Staatslehre, I. S. 183. 184., der jedoch den Begriff der Natur der Sache enger faßt, und ihn dem *τελος* der Rechtsverhältnisse, d. h. dem in ihnen wohnenden und in ihnen verwirklichten Trieb und Zweck der Natur entgegensetzt; a. a. D. S. 166. 167. Dagegen wird S. 212. Note * *τελος* nur als das Bedürfniß der Rechtsgeschäfte bezeichnet.

3) S. z. B. Rhein. Museum für Jurisprudenz, III. S. 373.

Natur der Sache schon von Pütter⁴⁾ berücksichtigt worden; vor Allen aber hat sie J. F. Runde⁵⁾ als wirksamstes Moment der germanistischen Methode hervorgehoben; worin ihm dann Andere gefolgt sind⁶⁾, und namentlich hat Reyscher⁷⁾ diese Lehre neu zu begründen und weiter zu führen gesucht, indem er mit Bestimmtheit die von der Vernunft und der Menschennatur gebotene Regel von der in den thatsächlichen Ver-

4) An der oben §. 13. Note 7. citirten Stelle. Es sollen hier die Rechtsquellen angegeben werden, nach denen man deutsche Rechtsverhältnisse zu beurtheilen hat. Da heißt es denn: „Man forsche nach, wie es bisher in solchen Fällen gehalten worden. Man gehe, so viel möglich, bis auf den Ursprung, bis auf die erste Quelle der ganzen Sache zurück. Man denke über die Natur der Sache, über die Veranlassung ihres Gebrauchs, über die Gründe, die sich aus der Denkungsart oder der Verfassung der Nation herausbringen lassen, nach. So wird man ergiebige Quellen genug entdecken, um nicht unsicherer, als an geschriebenen Gesetzen, sich daran halten zu können“ u. s. w. — Zuerst wird von Pütter also das Gewohnheitsrecht, die geschichtliche Methode hervorgehoben; das weitere aber bezieht sich auf eine Betrachtung der Rechtsverhältnisse in ihrer historischen-nationalen Bedeutung. Wie aber daraus die Rechtsregel zu entnehmen und was der letzte Grund ihrer Gültigkeit sei, — darüber wird freilich keine Auskunft gegeben.

5) Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts, (zuerst Göttingen 1791.) §. 6. 80. — Daß Runde unter der Natur der Sache die aus den Rechtsverhältnissen abstrahirte Rechtsregel verstanden, und ihr unabhängig von der Sanction des Gesetzgebers und von dem Herkommen eine unmittelbare Gültigkeit beigelegt hat, geht aus den Worten des §. 80. unzweifelhaft hervor. Er verdunkelt nur den von ihm aufgestellten Begriff wieder, indem er zur Befestigung desselben auf das Vernunftrecht und die naturalis ratio der Römer sich beruft. Indessen war das Naturrecht vor Kant von einer solchen Abstraction des Rechts von den thatsächlichen Lebensverhältnissen nicht weit entfernt, s. Bornemann, systemat. Darstellung des preussischen Civilrechts, (2. Ausg.) §. 22.; und auf alle Fälle zeigt die Ausführung des Rundeschen Werkes, daß er den positiven Rechtsstoff wohl zu erfassen und zu handhaben wußte.

6) Poffe, Abhandlungen einiger vorzüglichen Gegenstände des deutschen Staats- und Privatrechts, Heft 1. Nr. 1. S. 46. — Schmalz, Lehrbuch des deutschen Privatrechts, §. 38.

7) Zeitschrift für deutsches Recht, I. S. 11–53. X. S. 153–180. — Vgl. das gesammte württemb. Privatrecht, (2. Ausg.) §. 58. 59.

hältnissen des nationalen Lebens ausgesprochenen unterscheidet, wenn er auch Beides unter demselben Ausdrucke zusammen faßt.

Soll nun angegeben werden, in welchem Verhältniß die Natur der Sache zu der Methode des deutschen Privatrechts steht, so wird es zuvörderst angemessen sein, den eigenthümlich juristischen Begriff von dem allgemeineren auszuscheiden. Es soll nicht in Abrede gestellt werden, daß es Rechtswahrheiten giebt, welche über die Grenzen der Rationalität hinaus wirksam, in der „Bermunft der Dinge“ ihre tiefere Begründung haben, so daß sie der Betrachtung eines bestimmten, positiven Rechts nicht immer vollständig entnommen werden können; ebensowenig ist zu leugnen, daß jedes Nationalrecht wieder von allgemeinen Rechtsideen bestimmt und getragen wird, und daß es, je nachdem es ihnen mehr oder weniger entspricht, in allgemein menschlicher Beziehung seinen Werth und die höhere ihm zu Theil gewordene Reihe bekundet. Aber Fragen dieser Art kehren bei jeder wissenschaftlichen Rechtslehre wieder, und erheischen für ihre tiefere Auffassung einen Anhalt, den nur Philosophie und Geschichte gewähren können; die Anforderung dieses rationale Element, welches mit den nirgend zu entbehrenden Gesetzen der formalen Logik nicht zu verwechseln ist, auch im Kreise der praktischen Jurisprudenz zu beachten, ist doch im Grunde nichts Anderes, als die Hinweisung auf die höhere Wissenschaftlichkeit, welche über die Empirie und die gewöhnliche verständige Betrachtungsweise hinaus zum wahren Wissen führt. Für eine besondere germanistische Methode läßt sich hieraus nichts Besonderes entnehmen, wenn man für sie nicht wieder auf den Standpunkt des älteren Naturrechts zurücktreten will. — Nicht anders verhält es sich aber mit der Natur der Sache in dem Sinn, daß darunter das allgemeine Wesen der Rechtsverhältnisse ohne Rücksicht auf ihre bestimmte, concrete Ausprägung verstanden wird. Die lebendige Anschauung von den rechtlichen Beziehungen der Menschen unter einander, wie sie sich zu bestimmten Einrichtungen zusammen schließen und für alle mög-

lichen Gestaltungen im Rechtsleben der Völker den Grundstoff bilden, der denn wieder in den besondern Erscheinungen seine eigenthümliche Färbung erhält, — diese Anschauung und die Kunst, sich der daraus abstrahirten Begriffe für die Rechtsentwicklung mit Leichtigkeit und Sicherheit zu bedienen, ist einer der größten Vorzüge einer gesunden Jurisprudenz, und führt, mit Mäßigung und mit Achtung vor der positiven Rechtsregel und den gegebenen Verhältnissen ausgeübt, zu den schönsten Resultaten. Aber auch eine solche freie Betrachtungsweise menschlicher Beziehungen kommt jeder Rechtslehre zu und darf nicht als etwas der germanistischen Methode Eigenthümliches in Anspruch genommen werden.

Es bleibt nur noch übrig, die Natur der Sache als das Wesen concreter, einem bestimmten Nationalleben angehöriger Rechtsverhältnisse zu betrachten. Hier ist aber die Frage zu beantworten, ob der Germanist aus dieser Natur der Verhältnisse ein Rechtsprincip abstrahiren, ob er unmittelbar aus dem factum das jus entnehmen kann, ohne daß dabei die Vermittlung einer andern Rechtsquelle nothwendig wird. Die Entwicklung des Rechts aus der Natur der Sache ist also in diesem Sinn keine Ableitung einer Rechtsregel aus einem Rechtsprincip; denn dieses letztere soll ja eben erst aufgefunden und begründet werden. Jene Frage läßt sich daher bestimmter so stellen: kann die Natur der Sache selbst als Rechtsquelle angesehen werden? Diejenigen nun, welche zur Feststellung der Natur der Sache die historische Forschung für nothwendig halten, und das gemeine deutsche Recht als Gewohnheitsrecht bezeichnen⁸⁾,

8) Dieß ist die Ansicht von Eichhorn (s. oben §. 13. Note 9.) und von dem Herausgeber der 8. Aufl. des Runderschen Lehrbuchs, der sie in dem §. 80. 3. A. durch folgenden mit Klammern angedeuteten Zusatz ausspricht: „aus der [auf historischem Wege gefundenen und durch passende Anwendung genereller positiver Rechtsgrundsätze bestimmten] Natur der Sache.“ — — Doch liegt in dem Zusatz auch eine Hinweisung auf die Rechtsanalogie.

müssen die Frage verneinen; diejenigen aber, welche neben dem Gewohnheitsrecht eine selbständige Rechtsentwicklung aus der Natur der Sache gelten lassen⁹⁾, rechnen sie dadurch zu den Rechtsquellen. Von diesen ist im folgenden Abschnitt zu handeln, und daselbst auch die hier aufgeworfene Frage wieder aufzunehmen und zur Erledigung zu bringen¹⁰⁾; nur so viel ist im Allgemeinen zu bemerken, daß die Benützung der Natur der Sache für die Rechtsentwicklung von den Germanisten zwar aufgebracht und besonders erwogen, aber ihnen nicht eigenthümlich geblieben ist. Namentlich die Processualisten haben sich ihnen hierin angeschlossen¹¹⁾.

§. 15.

Verhältniß der Methode zu den Rechtsquellen.

Fassen wir nun diese Erörterungen über die Methode des deutschen Privatrechts in ihrem Hauptresultate zusammen, so besteht dieses eben darin, daß es sich dabei nicht von einer besonderen Art der wissenschaftlichen Behandlung im Gegensatz zu andern Theilen der Jurisprudenz handelt, sondern daß die allgemeinen Grundsätze, welche für diese gelten, auch hier ihre Anwendung finden. Denn die Rechtsprincipien können nur aus den Rechtsquellen abgeleitet werden, und die juristische Methode als solche kann sie nicht schaffen, sondern muß sich damit begnügen, sie als begründet nachzuweisen und durch die consequente Entwicklung für die Rechtsanwendung fruchtbar zu machen. Das positive Recht aber ist seiner Entstehung nach zwiefacher Art: entweder ein geschriebenes, welches unmittelbar

9) S. oben Note 4—7.

10) S. unten §. 30. 31.

11) Grolmann, Theorie des gerichtlichen Verfahrens, §. 11. — Bethmann-Hollweg, Grundriß zu Vorlesungen über den gemeinen Civilproceß. (Berlin 1821.) p. XXXIII. — Linde, Lehrbuch des deutschen gemeinen Civilproceßes, §. 24. — Bayer, Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civilproceß, S. 3.

aus den Gesetzen abgeleitet werden kann, also seinen Inhalt durch die Auslegung derselben erhält, oder ein ungeschriebenes, in der Gewohnheit fixirtes, welches auf andere Weise erkundet werden muß. Das deutsche Privatrecht nun, wie das gemeine Recht überhaupt, ist im Wesentlichen ein ungeschriebenes: anstatt also für dessen Begründung die Lehre von den Rechtsquellen, welche namentlich in Beziehung auf das Gewohnheitsrecht von den Romanisten arg vernachlässigt war, zu revidiren, und durch deren richtige Benutzung den Stoff für die germanistische Jurisprudenz zu gewinnen, suchte man sich durch die Entdeckung einer besonderen Methode zu helfen, welche unmöglich zu dem gewünschten Ziele führen konnte. Eine solche ist vielmehr nur insofern anzunehmen, als die eigenthümliche Lage, in der sich das einheimische Recht in Beziehung auf seine Quellen befindet, eine besondere Behandlung nöthig macht.

Das Nähere wird sich bei der Lehre von den Rechtsquellen, welche sogleich folgt, ergeben. Es ist nur vorläufig zu bemerken, daß eine allgemeine Erörterung derselben der genaueren Angabe der Quellen des deutschen Privatrechts vorausgeschickt ist; daß von diesen aber hier nur die des gemeinen Landrechts angegeben sind, während die dem Ständerecht eigenthümlichen später bei dessen Darstellung aufgeführt werden sollen.

Zweiter Abschnitt.

Die Rechtsquellen.

Erstes Kapitel.

Die Rechtsquellen im Allgemeinen*).

§. 16.

Die Rechtserzeugung überhaupt.

Die tiefere Einsicht in das Wesen der menschlichen Dinge lehrt uns, daß es nicht einzelne, zufällige Ereignisse sind, welche den Gang der Geschichte, im Großen und Ganzen genommen, bestimmen: daß vielmehr in ihr Ideen wirksam sind, welche auf den der Menschheit verliehenen Trieben und Kräften beruhen, und sich ihrer innern Natur gemäß mit einer gewissen Nothwendigkeit offenbaren und verwirklichen müssen. In ihnen faßt sich die höhere Bestimmung der Menschheit zusammen, und die einzelnen Völker so gut wie die Individuen werden, bei aller

*) v. Savigny, vom Veruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 2. Aufl. Heidelberg 1828. — Derf. System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1. Berlin 1840. — F. G. Puchta, das Gewohnheitsrecht, 2. Th. Erlangen 1828. 1837. — G. Beseler, Volksrecht und Juristenrecht, Leipzig 1843. — F. J. Stahl, Rechts- und Staatslehre, 1. Abthl. (Heidelberg 1845.) Buch 2. §. 13—19.

Freiheit und Genialität der Persönlichkeit nach der ihnen von der Vorsehung angewiesenen Stellung von denselben erfaßt und in ihren Dienst gezogen. Denn auch die Völker in ihrer höheren, weltgeschichtlichen Bedeutung entbehren der Persönlichkeit nicht; im Kreise seines Volkes aber und indem er von diesem genährt und getragen wird, seine Zeit erfassend, wirkt der einzelne Mensch auf das Ganze ein. — Wer von einem solchen innern Zusammenhange in der Culturgeschichte überzeugt ist, für den wird es keiner weitläufigen Beweisführung bedürfen, daß auch das Recht seinem ursprünglichen Wesen nach kein Product des Zufalls, der Willkühr oder der Weisheit ist; es ist mit der Menschheit selbst gesetzt, eine ursprüngliche, ihr von Gott verliehene, mit dem Staatstrieb untrennbar verbundene Kraft und Begabung, die wohl bei der Unvollkommenheit aller irdischen Dinge nicht rein und ungetrübt heraustreten und sich offenbaren kann, aber ihre Herkunft und ursprüngliche Natur auch nie ganz verleugnen wird. — Aber das Recht im Allgemeinen muß sich zur concreten Gestaltung herausbilden: das geschieht im Volke, dessen eigenthümliche Natur, Sitten und Bedürfnisse ihm sein eigenthümliches Gepräge geben; es verlangt ferner, damit es der Idee der Gerechtigkeit gemäß verwirklicht werde, die sichere Geltung, und diese gewährt ihm der Staat. —

Die Rechtszeugung ist daher ursprünglich eine unmittelbare, vom Volke selbst, — sei es als Ganzes oder nach seinen organischen Gliederungen — geübte Thätigkeit. Bildet sich aber in Zeiten feinerer Cultur unter dem Volke ein besonderer Stand der Juristen aus, der sich mit dem Rechtswesen vorzugsweise beschäftigt, so wird derselbe regelmäßig auf die Rechtszeugung einen selbständigen, bestimmenden Einfluß gewinnen, und soweit dieser reicht, das Volk in seiner unmittelbaren Thätigkeit ersetzen und vertreten. Aber auch der Staat, in welchem das Volk sich ein Organ seines Willens, eine Herrschaft bestellt hat, kann bei der Rechtszeugung sich nicht

gleichgültig verhalten, er nimmt selbst Theil daran, säubernd, ordnend, schaffend, — die Gesetzgebung macht sich geltend mit einer bewußten, auf bestimmte Ziele gerichteten Absicht, indem sie bald ein schon vorhandenes Bedürfniß befriedigt, bald vorschauend künftigen Lebensbeziehungen den Weg bahnt und sie hervorrufft. So tritt neben dem Volksrecht das Juristenrecht und dazu das Gesetzesrecht auf, in welchen Bestandtheilen das gesammte Nationalrecht (oder Volksrecht im weiteren Sinn) enthalten ist, — seiner idealen Entfaltung nach von gleichem Werthe, mag es nun unmittelbar vom Volke, oder nur mittelbar in dessen Geist und Sinn von den es vertretenden Organen erzeugt sein. — Aber freilich lehrt die Geschichte, daß es nicht die Bestimmung menschlicher Einrichtungen ist, unbeirrt und ungestört von äußeren, feindlichen Einflüssen sich in naturgemäßer Weise vollkommen zu entwickeln. Die ganze Anlage und historische Ausbildung eines Volkes kann schon von der Art sein, daß es sich ein Recht schafft, welches an den höheren Anforderungen der Gerechtigkeit gemessen, diesen in wesentlichen Beziehungen nicht entspricht. Aber hier bleibt doch immer das volksthümliche Element gewahrt, und die Fehler pflegen auch bei edleren Völkern durch besondere Vorzüge wieder aufgewogen zu werden: dem starren, egoistischen Geiste des altrömischen Stadtrechts steht die Heiligkeit, welche es dem jus quaesitum gewährt, ausgleichend zur Seite. Schlimmer ist ohne Zweifel die Lage der Dinge, wenn das Volk, an sich und seinem Rechte irre geworden, bei der weiteren Ausbildung desselben von äußeren, zufälligen Einflüssen sich bestimmen läßt: wenn es sich gedankenlos von der Gewohnheit beherrschen läßt, anstatt in ihr bloß die durch die Dauer befestigte Aeußerung seines Rechtsbewußtseins anzuerkennen, oder wenn es gar, politisch zerfallen, von einem Juristenstande, der dem nationalen Geiste untreu geworden, oder von einer unfähigen, in legislativen Experimenten sich ergebenden Gesetzgebung um sein eigenstes, gutes Recht gebracht worden ist. Dann kann es, wenn das

Volk sich aufrafft und besinnt, unabweislich werden, daß der ganze Rechtsstoff einem Läuterungsproceß unterworfen und durch die künstlerisch schaffende Hand des Gesetzgebers, der sich zum Organ des nationalen Strebens macht, zu einem festen, einheitlichen Ganzen umgebildet wird. Das ist die Codification, die sich aber von den allgemeinen geschichtlichen und nationalen Voraussetzungen keineswegs lossagen darf, und daher, richtig verstanden, mehr eine Umbildung und Fixirung des Rechtsstoffs, als eine Rechtserzeugung ist; wenigstens hängt es von den Umständen ab, wie viel Neues sie dem schon Vorhandenen hinzuzufügen hat.

§. 17.

Begriff und Arten der Rechtsquellen.

Nach dem, was so eben über die Ausbildung des Rechts gesagt worden, ergiebt sich, daß dasselbe seinem Entstehungsgrunde nach auf zwei Hauptarten zurückgeführt werden kann: Entweder nämlich beruht es auf dem bestimmt ausgesprochenen Willen des Gesetzgebers, oder es ist ohne dessen Zuthun im Volksleben selbst, sei es unmittelbar oder durch den Einfluß der Juristen, entstanden. Diese beiden Entstehungsgründe des Rechts nennt man die Rechtsquellen, und bezeichnet sie als Gesetz und Gewohnheit. Indessen giebt es auch, wenigstens im deutschen Recht, Normen, welche nicht von der gesetzgebenden Gewalt im Staate ausgegangen sind, und den Grund ihrer Geltung doch auch nicht in der Gewohnheit haben, sondern in dem zur Rechtserzeugung befugten Willen (der Autonomie) einer Corporation, welche sich ähnlich, wie die Gesetzgebung es thut, in einem bestimmten, die Rechtsregel constituirenden Act offenbart. Auf der andern Seite ist zu beachten, daß es bei dem Volks- und Juristenrecht nicht allein auf die Gewohnheit, sondern auch auf den Sinn und die Absicht der Uebung ankommt, und daß diese wieder in verschiedener Weise wirksam wird, so daß die dem Gesetze entsprechende Rechtsquelle in der Gewohnheit nicht

vollständig und gleichmäßig enthalten ist. Zur allgemeinen Bezeichnung der verschiedenen Art der Rechtserzeugung ist daher ein anderer Ausdruck wünschenswerth, der die Gegensätze weniger scharf hervorhebt, und für die Classification der Rechtsquellen einen passenden Anhalt gewährt. Ein solcher ist auch im juristischen Sprachgebrauch vorhanden, indem man ein geschriebenes und ungeschriebenes Recht (*jus scriptum* und *non scriptum*) unterscheidet, ohne dabei jedoch, wenigstens für das deutsche Recht an den Wortsinne sich strenge zu halten. Geschriebenes Recht ist dasjenige, welches durch einen bestimmten, zur Rechtserzeugung befähigten Willensact hervorgerufen ist (Gesetz und autonomisches Statut), ungeschriebenes dagegen dasjenige, welche sich ohne eine solche Begründung im Volks- und Rechtsleben herausgebildet hat.

Unter den Rechtsquellen werden aber nur die Entstehungsgründe des Rechts im objectiven Sinne verstanden. Auch die Rechtsverhältnisse und die einzelnen Rechte bedürfen freilich eines bestimmten Titels, worauf sie beruhen, und wenn ein solcher in dem vertragsweise oder einseitig ausgesprochenen Willen der Betheiligten beruht, so hat er im Kreise seiner Wirksamkeit den Charakter einer bindenden Satzung, welche, soweit sie nicht durch eine Vorschrift des absolut geltenden öffentlichen Rechts beschränkt wird, zunächst die Norm für das Rechtsverhältnis und dessen rechtliche Beurtheilung gewährt. In diesem Sinn spricht man auch wohl von einem Gesetz des Vertrags (*lex contractus*); aber der Ausdruck wird doch nur in einem uneigentlichen Sinn gebraucht, weil eben keine Regel des Rechts zur Anwendung kommt, sondern nur eine vereinzelte, nach dem Inhalt des Vertrags, Testaments u. s. w. unter den Betheiligten wirksame Bestimmung. Es ist freilich oft schwierig, beide Begriffe mit voller Sicherheit aus einander zu halten, wie sich namentlich bei der Lehre von der Autonomie, der Observanz und den individuellen Privilegien zeigen wird, welche letzteren auch zu den Entstehungsgründen der Rechtsverhältnisse

zu rechnen sind¹⁾; aber der Unterschied ist doch mit aller Entschiedenheit fest zu halten, damit nicht der isolirte Privatwille der öffentlichen Autorität und dem naturgemäß wirkenden Gesamtwillen gleichberechtigt zur Seite gestellt zu sein scheine²⁾.

Hat man aber die Rechtsquellen auch nur auf das Recht im objectiven Sinn zu beziehen, so liegt doch darin eine Erweiterung des Begriffs, daß man darunter häufig nicht nur die Entstehungsgründe des Rechts, sondern auch die geschichtlichen Quellen der Rechtswissenschaft befaßt³⁾. Streng genommen ist dies allerdings eine Ungenauigkeit des Ausdrucks; es kann aber auch ein tieferer Sinn damit verbunden werden, der namentlich für manche Partien des deutschen Rechts mit überraschender Wichtigkeit hervortritt. Unser nationales Recht hat sich nämlich in Folge trauriger politischer Einflüsse äußerlich zum Theil nur als particuläres Recht in Geltung erhalten, so daß den Betheiligten das Bewußtsein der großen Rechtsgemeinschaft, worin sie stehen, nicht immer gegenwärtig ist. Da erscheint es nun als eine der höchsten Aufgaben der germanistischen Rechtswissenschaft, diesem scheinbar nur particulären Recht, soweit es wirklich noch den gemeinrechtlichen Charakter in sich trägt, die ihm zukommende Bedeutung zu vindiciren, und diese auch im Bewußtsein wiederzuerwecken. Dazu bedarf es aber einer besonderen wissenschaftlichen Operation, welche die Volksgewohnheit in den particulären Rechtsquellen, ja in geschichtlichen Denkmälern und den verwandten Rechten anderer Nationen nachweist, und so Hülfsmittel der Rechtskenntniß, aus denen das gemeine Recht nicht unmittelbar abgeleitet werden kann, benutzt, um es als bestehend nachzuweisen und zur Geltung zu

1) Vgl. v. Savigny, System des heutigen röm. Rechts. I. §. 6.

2) v. Savigny a. a. O. S. 65. — v. Wächter, Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Privatrechts II. 1. §. 3. — Die entgegenstehende Ansicht ist besonders vertheidigt von A. W. Göhe, das Provinzialrecht der Altmark, (Magdeb. 1836.) Vorrede.

3) v. Savigny a. a. O. §. 6.

bringen. Hier fließen Quelle des Rechts und der Rechtswissenschaft beinahe zusammen, indem letztere jenes freilich nicht erzeugt, aber es doch in seiner wahren Natur aufdeckt und dem Gesamtbewußtsein der Nation wieder zuführt.

1. Das geschriebene Recht.

A. Das Gesetz.

§. 18.

Begriff und Eintheilung der Gesetze.

Gesetz als Quelle des positiven Rechts ist die von der höchsten Gewalt im Staate erlassene formelle Sazung, wodurch Rechtsregeln begründet, abgeändert oder aufgehoben werden. Der Begriff des Gesetzes setzt daher eine Staatsordnung voraus, in der ein verfassungsmäßiges Organ für die Rechtszeugung, eine gesetzgebende Gewalt sich findet, welche den Gesamtwillen mit bindender Kraft auszusprechen befugt ist. Wer aber die Träger dieser Gewalt sind, ob eine demokratische Landesgemeinde, eine besondere Behörde oder ein Fürst in selbsteigener Berechtigung, beschränkt oder unbeschränkt, — das hängt von den Formen der einzelnen Staatsverfassungen ab; es muß nur immer die höchste Gewalt im Staate sein, deren Wille an sich schon das Ganze vertritt und daher, um gültig zu sein, keiner höheren Sanction bedarf. Die gesetzgebende Gewalt ist also ein Attribut der Souveränität, welche in Deutschland, abgesehen von den freien Städten, den Fürsten zusteht, aber, unbeschadet ihrer nach den deutschen Bundesgesetzen begründeten Untheilbarkeit ¹⁾, in den meisten Staaten an die Mitwirkung der Landstände gebunden ist.

1) W. S. A. Art. 57. „Da der deutsche Bund, mit Ausnahme der freien Städte, aus souverainen Fürsten besteht, so muß, dem hierdurch gegebenen Grundbegriffe zufolge, die gesammte Staatsgewalt in dem Oberhaupt des Staats vereinigt bleiben, und der Souverain kann durch eine landständische Verfassung nur in der Ausübung bestimmter Rechte an die Befehle, System I.

Aber gerade diese Mitwirkung der Landstände bei der Ausübung der gesetzgebenden Gewalt erheischt es, daß das Gebiet derselben genau bestimmt wird. Denn das eine Ziel, die Gesetzgebung nicht in eine vom Volksbewußtsein losgebundene Willkühr umschlagen zu lassen, und das Volk in seinen verfassungsmäßigen Vertretern bei dem das Recht setzenden Staatswillen unmittelbar zu theilhaben, darf doch nicht so einseitig verfolgt werden, daß dadurch die Kraft und Energie des Regiments, wie sie sich in der Verwaltung offenbaren sollen, gelähmt oder ganz gebrochen werden. Daher ist die Gesetzgebung nicht über ihren ursprünglichen Begriff auszuweihen, und nicht mit derjenigen Gewalt, welche auf Grund der Gesetze für ihre Handhabung und Vollziehung sorgt, zu vermischen. Dieser Gegensatz ist in einigen constitutionellen Staaten Deutschlands treffend mit den Ausdrücken: Gesetz und Verordnung bezeichnet worden, so daß erstere die mit den Ständen verabschiedeten Satzungen, letztere aber die vom Souverän oder dessen Behörden einseitig erlassenen Verfügungen begreifen²⁾. — In früheren Zeiten, als die Theilnahme der Landstände an der Gesetzgebung keine so principielle Ausbildung erhalten hatte, und überhaupt die verschiedenen Attribute der Landeshoheit noch nicht so bestimmt auseinander gehalten wur-

Mitwirkung der Stände gebunden werden.“ — Das ist der eigentliche Kern des f. g. monarchischen Princips, dessen staatsrechtlicher Inhalt freilich vielfach zu einem politischen ist umgedeutet worden. Beispielsweise ließe sich das obige Verhältniß verständlich machen durch eine Vergleichung mit dem Gegensatz zwischen dominium, als jus infinitum und individuum im Sinne des römischen Rechts, und den jura in re aliena; natürlich aber sollen mit dieser Vergleichung keine weiteren Folgerungen zugegeben sein.

2) C. z. B. W. U. von Württemberg §. 88—91. und v. Wächter, Handbuch, II. §. 5. Vergl. Haubold, Lehrbuch des Königlich Sächsischen Privatrechts, (3. von Hänsel besorgte Ausg.) I. §. 29. a. G. — In Schleswig-Holstein werden durchweg die Landesgesetze Verordnungen genannt: s. Falk, Schl. Holst. Privatrecht, I. §. 142; andere Benennungen bei Paulsen, Lehrbuch des Privatrechts der Herzogthümer Schleswig, Holstein und Lauenburg, (2. Aufl.) §. 5.

den, wie in den modernen constitutionellen Verfassungen, brauchte man nach Form, Inhalt und Entstehungsart sehr verschiedene Bezeichnungen; ohne immer nur den Begriff des Gesetzes, der sich oft in eine bloße Instruction an die Behörden auflöste, gehörig festzuhalten; ja man räumte sogar den im römischen Recht aufgestellten Bestimmungen einen gewissen Einfluß auf diese Lehre ein³⁾. Die Namen wechselten dann aber wieder an sich und hinsichtlich ihrer Bedeutung in den verschiedenen Ländern, wie das auch noch in den meisten deutschen Staaten der Fall ist, so daß eine genauere Feststellung des Einzelnen nur den Particularrechten entnommen werden kann⁴⁾.

Die Natur des Gesetzes bringt es nun mit sich, daß es Maass gebend ist für alle Rechtsverhältnisse, auf welche es nach dem Willen des Gesetzgebers bezogen werden soll; nur durch diesen bekommt es seinen Inhalt und also auch den Gegenstand seiner Anwendung, der natürlich so verschieden sein kann und soweit reicht, als die Macht des Gesetzgebers sich erstreckt: nur in dem Mangel der äußern Erzwingbarkeit ist ihm seine Grenze gesetzt⁵⁾. Doch macht sich auch hier der oben (§. 6.) behandelte Gegensatz zwischen dem öffentlichen (absoluten) und vermittelnden Recht geltend, dessen ungenaue Auffassung zu der unhaltbaren Eintheilung der Gesetze in gebietende, beziehungsweise ver-

3) Die meisten Lehrbücher des römischen Rechts zeigen bei der Darstellung der Lehre von den Gesetzen und ihren verschiedenen Arten eine seltene Naivität; es ist v. Savigny's Verdienst, die Unanwendbarkeit der Vorschriften und der Staatspraxis des römischen Reichs für diesen Gegenstand bestimmt ausgesprochen zu haben; s. System, I. §. 27.

4) Eine Musterkarte solcher Benennungen, wie sie früher in Sachsen vorkamen, s. bei Haubold a. a. D. §. 29. Hier finden sich: Ausschreiben, Patente, Generalien, Rescripte, Decrete, Landtags- und Ausschustags-Abschiede, Decisionen, Ordnungen, Mandate, Constitutionen, Regulative, Edicte.

5) Diese Grenze der Gesetzgebung hat man staatsrechtlich zu formuliren gesucht; s. Zachariä, deutsches Staats- und Bundesrecht, II. §. 126. — Ueber den Unterschied der Gesetze nach ihrem Gegenstande vgl. Günther in Weiske's Rechtslexicon s. v. Gesetz. Band IV. S. 696—700.

bietende und erlaubende (Præceptiv- und Permissiv- oder Dispositivgesetze) die Veranlassung gegeben hat ⁶⁾.

§. 19.

Form der Gesetze.

Das Gesetz ist der den Einzelnen absolut bindende Staatswille; aber es ist dieß nur dann, wenn dieser Wille verfassungsmäßig zu Stande gekommen ist und in der gehörigen Form sich geäußert hat. In ersterer Beziehung genügt in der absoluten Monarchie die Entschließung des Souveräns, wenn auch eine gewisse Betheiligung der Behörden dabei vorgeschrieben sein kann; in der beschränkten Monarchie ist dagegen die Mitwirkung der Landstände, sei es nun als Beirath oder Zustimmung, erforderlich ¹⁾. Der Wille des Gesetzgebers kommt aber in sich zum Abschluß durch die Vollziehung des Gesetzes, die Sanction, welche vom Souverän ausgeht, jedoch fast allgemein die Contrasignatur oder Gegenzeichnung eines Ministers erheischt, und zwar in constitutionellen Staaten als Zeichen der Verantwortlichkeit ²⁾. — Aber auch wenn das Gesetz bereits vollzogen ist, gilt es noch nicht als solches, ist noch nicht für bindend zu achten; dazu bedarf es einer bestimmten, formellen Aeußerung des gesetzgeberischen Willens, welche denselben allgemein bekannt macht und jeden Betheiligten in den Stand setzt, sich die Kunde des Gesetzes zu verschaffen. Das ist der Zweck und die Bedeutung der Veröffentlichung

6) Vgl. Thibaut, System des Pandectenrechts, (8. Aufl.) §. 24. — Meyser, das gesammte Württembergische Privatrecht, (2. Aufl.) I. §. 76. — Günther a. a. O. S. 695.

1) Die verschiedenen Modificationen, welche hier eintreten können, sind im Staatsrecht, und ihrem Detail nach im Particularrecht der einzelnen Staaten aufzuführen. Ueber die völkerrechtlichen Verträge als Rechtsquellen und namentlich über die deutschen Bundesgesetze s. unten §. 41.

2) Vgl. Zacharia, deutsches Staats- und Bundesrecht, I. S. 136. 137. II. S. 3. 124. 125.

(Publication oder Promulgation)³⁾ mit welcher das Gesetz als bestimmendes Moment in das Rechtsleben eintritt.

Ueber die Art und Weise, in welcher Gesetze zu veröffentlichen sind, giebt es im deutschen Recht keine allgemeine Regel; und selbst die einzelnen Particularrechte sind oft sehr ungenau in ihren Bestimmungen darüber⁴⁾. Neben den hie und da noch bewahrten alten Formen: Anschlag an öffentlichen Gebäuden, Vorlesen von der Kanzel u. dgl. hat sich aber in neuerer Zeit immer allgemeiner die Benutzung der Presse zur Veröffentlichung der Gesetze geltend gemacht, und zwar durch eigens dazu bestimmte officiële Blätter. Dabei sollte es aber nicht an einer allgemeinen Vorschrift fehlen, ob das Gesetz vom Augenblicke an, wo das officiële Blatt, in welchem es abgedruckt ist, ausgegeben wird, gelten soll, oder ob noch eine bestimmte Frist gestattet ist, in der sich die Betheiligten mit demselben bekannt machen können⁵⁾. Es versteht sich aber von selbst, daß wenn

3) Manche haben, wohl von der Terminologie des französischen Rechts verleitet, die Promulgation von der Publication unterschieden, und sie bald als gleichbedeutend mit der Vollziehung oder Sanction des Gesetzes genommen (s. Meyser, das gesammte württ. Privatrecht, I. §. 64.), oder darunter im Gegensatz zur Sanction den Befehl verstanden, dem anerkannten Befehl Folge zu leisten: s. Weiß, System des deutschen Staatsrechts, §. 303. — Gegen diese dem deutschen Sprachgebrauch nicht angemessene Auffassung s. Götschen, Vorlesungen über das gemeine Civilrecht, I. S. 57. — v. Wächter, Handbuch des württemb. Privatrechts, II. §. 6. Note 2.

4) Selbst das Oesterr. Gesetzbuch §. 2. sagt nur ganz allgemein: Sobald ein Gesetz gehörig kund gemacht worden ist, kann sich niemand damit entschuldigen, daß ihm dasselbe nicht bekannt gemacht worden sei. Vgl. Winivarter, das österr. bürgerliche Recht, (2. Aufl.) I. S. 49. ff. und Baier. Landr. I. 1. §. 6.

5) Genaue Bestimmungen dieser Art hat zuerst der Code civ. art. 1. gegeben; darnach ist das preussische Gesetz vom 3. Apr. 1846 (G. S. Nr. 9.) gebildet, welches bestimmt: §. 1. Landesherliche Erlasse, welche Gesetzeskraft erhalten sollen, erlangen dieselbe nur durch die Aufnahme in die Gesetzsammlung, ohne Unterschied, ob sie für die ganze Monarchie oder für einen Theil derselben bestimmt sind. — §. 2. Ist in einem durch die G.

der Anfang der Geltung eines bestimmten Gesetzes in diesem weiter hinausgeschoben wird, darnach das Nähere zu ermessen ist, und ebenso muß es sich verhalten, wenn die Frist verkürzt worden, obgleich man dazu nur in sehr dringenden Fällen schreiten wird.

Da nun aber die gehörige Publication eines Gesetzes ein wesentliches Erforderniß seiner Gültigkeit ist, es ohne dieselbe noch gar nicht besteht, (der Souverän würde es sogar bis dahin immer noch einseitig zurückziehen können, wenn er nicht den Ständen gegenüber es feierlich sanctionirt hätte), — so gehört

§. verkündeten Erlasse der Zeitpunkt bestimmt, mit welchem derselbe in Kraft treten soll, so ist der Anfang seiner Gesetzeskraft nach dieser Bestimmung zu beurtheilen. Erhält aber das verkündete Gesetz eine solche Zeitbestimmung nicht, so beginnt dessen Gesetzeskraft

in dem Regierungsbezirke Potsdam mit Berlin mit dem achten Tage,
in den Regierungsbezirken Frankfurt, Stettin, Magdeburg und Merseburg mit dem neunten Tage,

in den Regierungsbezirken Stralsund, Köslin, Posen, Breslau, Liegnitz und Erfurt mit dem eilften Tage,

in den Regierungsbezirken Marienwerder, Bromberg, Dyrnau und Minden mit dem zwölften Tage,

in den Regierungsbezirken Danzig, Münster und Arnberg mit dem dreizehnten Tage,

in den Regierungsbezirken Königsberg und Gumbinnen so wie in der Rheinprovinz mit dem vierzehnten Tage,

nach dem Ablauf desjenigen Tages, an welchem das betreffende Stück der Gesetzsammlung in Berlin ausgegeben worden ist. — §. 3. Auch für diejenigen, welche schon früher von dem Gesetze Kenntniß erhalten haben, beginnt die Verbindlichkeit, nach demselben sich zu achten, erst mit dem im §. 2. bestimmten Zeitpunkte. —

Im Königreich Sachsen ist ein Gesetz oder Verordnung nach dem Ablauf des fünfzehnten Tages nach dem Tage der letzten Zusendung des Blattes der Gesetzsammlung, in welcher das Gesetz oder die Verordnung abgedruckt ist, als publicirt im ganzen Lande anzusehen, obschon sie auch schon früher jeden binden, der mit dem Gesetz oder der Verordnung nach deren Publication sich bekannt gemacht. Ges. vom 6. Sept. 1834 nebst B. D. von dems. Tage; s. Haubold, Königlich Sächs. Privatr. (3. Aufl.) §. 30. a. f. — Der Vorzug des preussischen Gesetzes vor diesem sächsischen ist evident.

auch die Kenntniß der Publication zur Gesetzkennntniß selbst. Der Richter muß sie sich also selbständig erwerben, kann sich etwa nur, wie bei der Erkundung des Gewohnheitsrechts, der Beihülfe der Parteien bedienen; an eine eigentliche Beweislast und eine civilproceßmäßige Beweisführung ist hier nicht zu denken ⁶⁾, und bei älteren Erlassen, bei denen es namentlich zweifelhaft sein kann, ob sie publicirt worden, wird die Anwendung unter Umständen auch die Vermuthung der Veröffentlichung begründen. — Aber der Act der Publication ist nicht das einzige Moment, welches dem Gesetz seine officielle Bedeutung giebt, es muß vorher der zu veröffentlichende Wille auch verfassungsmäßig zu Stande gekommen sein. Erst Beides zusammengenommen: der Wille und dessen bestimmte Aeußerung machen das Gesetz. Daher muß dem Richter, welcher das Recht kennen und anwenden soll, auch die Prüfung freistehen, und beziehungsweise ist er dazu verpflichtet, ob der als Gesetz publicirte Wille auch wirklich der gültige Staatswille gewesen sei, also Recht habe schaffen können. Der Richter hat demnach auch zu untersuchen, ob ein vom Souverän einseitig erlassenes Gesetz der Mitwirkung der Landstände bedurft hätte, und nach dem Ergebnis dieser Prüfung hat er sich in *judicando* zu richten. Dem Einwurf, daß dadurch die richterliche Gewalt über den Souverän gestellt werde, steht entgegen, daß es sich hier immer nur um die Anwendung des Gesetzes auf einen einzelnen Fall handelt, und daß gegen das Erkenntniß der Gebrauch der Rechtsmittel, wie in allen andern Fällen, offen bleibt ⁷⁾.

6) Ortloff, Grundzüge eines Systems des deutschen Privatrechts, §. 28. Note 47. — Kierulff, Theorie des gemeinen Civilrechts, I. §. 3. — v. Wangerow, Leitfaden für Pandekten-Vorlesungen, I. §. 12. Nr. 2. — Die ältere Ansicht, daß die Publication als ein Factum zu beweisen sei, wird noch vertheidigt von Thibaut, System, I. §. 25.

7) Gegen die besonders von Linde (Archiv für civil. Praxis XVI. S. 305—82.) vertheidigte Ansicht, daß dem Richter eine solche Cognition

§. 20.

Umfang und Maaß der Geltung des Gesetzes.

Das Gesetz hat von der Zeit an, wo es in Wirksamkeit tritt, eine absolute Geltung und ist soweit anzuwenden, als der Wille des Gesetzgebers und die Grenzen seiner Macht reichen. Daher gilt es

a. für alle Staatsbürger und für das gesammte Staatsgebiet.

b. Das Gesetz wirkt absolut und hat nur in sich das Maaß seiner Geltung. Es muß daher, auch wenn es Rechte aufhebt und selbst wenn es Vermögensrechte verletzt, vollzogen werden, ohne daß deswegen eine Entschädigungsklage gegen den Fiscus zugelassen ist⁸⁾. Doch wird eine weise und gerechte Gesetzgebung nicht ohne dringende, durch das Interesse der Gesamtheit gebotene Gründe einen Eingriff in Privatrechte sanctioniren, und falls ein nach Geldwerth schätzbarer Schaden damit verbunden ist, diesen wo möglich seinem vollen Werthe nach vergüten lassen⁹⁾.

nicht zureche, s. Puchta, Pandekten, §. 15. — Wächter, Archiv für civil. Pr. XXIV. S. 238. Note 12. und Handbuch des württ. Privatr. II. §. 7. — Reyscher, württ. Privatr. I. §. 63. Note 9.

8) Kierulff, Theorie, I. S. 59. — Zacharia, deutsches Staats- und Bundesr. II. §. 127. — Stahl, Rechts- und Staatslehre, II. S. 468. ff. — Dieß absolute Recht des Staats (jus eminens) folgt aus dem Wesen desselben in seiner modernen Gestaltung, nicht aber, wie ältere Publicisten annahmen, aus einem Obereigenthum des Staates (dominium eminens); s. Posse, über das Staatseigenthum, (Kostock 1794.) S. 10. ff. — Klüber, öffentl. Recht des deutschen Bundes, §. 551. Note b. Ein Beispiel einer solchen gesetzlichen Aufhebung wohlervorbener Rechte ohne Entschädigung liefert der B. V. v. 23. Juni 1817. (Protokoll der Bundesvers. Bd. 3, S. 254.) über die Aufhebung der Privatberechtigten zur stehenden Nachsteuer.

9) Darauf beruhen die modernen Enteignungs- (Expropriations-) Gesetze, welche nicht allein bei Abtretungen von Grundeigenthum zu öffentlichen Bauten, sondern auch bei der Ablösung von Reallasten u. s. w. zur Anwendung gekommen sind. Vgl. Pr. N. L. R. Einleitung §. 70. „Privilegien, auch solche, die durch einen lästigen Vertrag erworben worden,

c. Auch die Rechtsverhältnisse des Souveräns und der Mitglieder des regierenden Hauses werden nach den Landesgesetzen beurtheilt, wenn sie auch in mancher Beziehung, namentlich was das Familienrecht betrifft, unter besonderen Regeln, dem f. g. Privatsürstenrecht, stehen ¹⁰⁾.

d. Eine Ausnahme von dem Gesetz kann im Allgemeinen nur durch dieselbe Gewalt, welche es erlassen hat, begründet werden, und wenn daher die Ausübung der gesetzgebenden Gewalt nur unter Mitwirkung der Landstände geschieht, so sollte auch für die Ertheilung von Privilegien dieselbe Beschränkung gelten ¹¹⁾. Doch kann dem Souverän allgemein das Recht zustehen, das Gesetz für einzelne Fälle außer Uebung zu setzen, worauf das Recht der Begnadigung und der Dispensation (*relaxatio legis*), z. B. von Eheverboten wegen gewisser Verwandtschaftsverhältnisse, beruht.

§. 21.

Verbot der Rückwirkung neuer Gesetze.

Dies Princip in seiner Allgemeinheit ohne alle Rücksicht auf das positive Recht aus allgemeinen Gründen nachweisen zu wollen, hat freilich seine Bedenken ¹⁾; allein in einer ange-

kann der Staat, jedoch nur aus überwiegenden Gründen des gemeinen Wohls und nur gegen hinlängliche Entschädigung des Privilegirten, wieder aufheben.“ —

10) Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 13. §. 17. Rechtsangelegenheiten, welche die Personen- und Familienrechte des Landesherren und seines Hauses betreffen, werden nach den Hausverfassungen und Verträgen bestimmt. — §. 18. Andere Privathandlungen und Geschäfte sind nach den Gesetzen des Landes zu beurtheilen. — Oesterr. Gesetzbuch §. 20. Auch solche Rechtsgeschäfte, die das Oberhaupt des Staates betreffen, aber auf dessen Privat-Eigenthum, oder auf die in dem bürgerlichen Rechte gegründeten Erwerbungsarten sich beziehen, sind von den Gerichtsbehörden nach den Gesetzen zu beurtheilen.

11) S. Meyser, das ges. württ. Privatr. I. §. 78. — v. Wächter, Handbuch des württ. Privatr. II. §. 22.

1) S. dagegen besonders Kierulff, Theorie, I. S. 64.

messenen Beschränkung und namentlich auf den Kreis des Privatrechts angewandt, entspricht es doch durchaus dem Wesen des Gesetzes und dessen Beziehung zu den Rechtsverhältnissen. Denn wenn diese einmal unter der Herrschaft einer bestimmten Rechtsregel gültig entstanden sind, so wird man, wenn der Gesetzgeber die letztere später verändert, bei ihm nicht die Absicht annehmen dürfen, daß er nun auch zugleich die Rechtsverhältnisse, welche er sich einmal hat verwirklichen lassen, nach dem neuen Gesetz beurtheilt wissen will²⁾. Die modernen Gesetzbücher haben es daher nach dem Vorgange des canonischen Rechts³⁾ als absolutes Princip aufgestellt, daß neue Gesetze keine rückwirkende Kraft haben sollen⁴⁾, oder nur für gewisse Fälle eine milbernde Ausnahme davon zugelassen⁵⁾. Auch das

2) C. v. Wächter, Handbuch des württ. Privatr. II. §. 29.

3) cap. 2. X. de constitt. (1, 2.) Rem quae culpa caret, in damnum vocari non convenit. Quotiens vero novum quid statuit, ita solet futuris formam imponere, ut dispendiis praeterita non commendet: ne detrimentum ante prohibitionem possent ignorantes incurrere, quod eos postmodum dignum est vitios sustinere.

4) Code civ. art. 2. La loi ne dispose que pour l'avenir, elle n'a point d'effet rétroactif. — Oesterr. Gesetzbuch §. 5. Gesetze wirken nicht zurück, sie haben daher auf vorhergegangene Handlungen und auf vorher erworbene Rechte keinen Einfluß.

5) Pr. A. L. R. Einleitung, §. 14. Neue Gesetze können auf schon vorhin vorgefallene Handlungen und Begebenheiten nicht angewendet werden. — §. 16. Soll nur die äußere Form einer Handlung geändert, und diese Vorschrift bei allen noch abzuändern möglichen Handlungen beobachtet werden, so muß das Gesetz hierzu eine hinlängliche Frist bestimmt haben. — §. 17. Frühere Handlungen, welche wegen eines Mangels der Förmlichkeit nach den alten Gesetzen ungültig sein würden, sind gültig, insofern nur die nach den neuen Gesetzen erforderlichen Förmlichkeiten, zur Zeit des darüber entstandenen Streits, dabei angetroffen werden. — §. 18. Die Minderung der in einer älteren Verordnung festgesetzten Strafe kommt auch demjenigen Uebertreter zu Statten, an welchem diese Strafe, zur Zeit der Publication des neuen Gesetzes, noch nicht vollzogen war. — §. 19. Insofern aber aus einer verbotenen Handlung Privatrechte entspringen, muß auf die Gesetze, welche zur Zeit der Handlung gültig waren, Rücksicht genommen werden.

römische Recht hat das Princip im Allgemeinen anerkannt, jedoch für besondere Fälle eine Verletzung desselben in das Ermessen des Gesetzgebers gestellt⁶⁾; das gemeine deutsche Recht ist für diese Lehre in Folge einer speciellen Reception dem römischen gefolgt, wovon alle Schriften, welche darüber handeln und auch die Praxis der einzelnen Staaten Zeugniß ablegen⁷⁾. — So einfach nun aber das Princip in seiner allgemeinen Fassung sich ausnimmt, so bietet es doch bei der genaueren Untersuchung manche Schwierigkeiten dar. Folgende Punkte sind für das Privatrecht besonders zu beachten⁸⁾.

a. Das Verbot der rückwirkenden Kraft der Gesetze bezieht sich nur auf schon begründete Rechtsverhältnisse, deren Beur-

6) c. 7. C. de leg. (1, 14.) *Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari: nisi nominatim et de praeterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum sit.* — Daß nicht auch da, wo das Princip unbedingt anerkannt ist, im Einzelnen eine Abweichung rechtlich möglich wäre, soll nicht in Abrede gestellt werden, da eben die Gesetzgebung ohne rechtliche Schranken ist; aber es würde sich ein solches Verfahren als eine arge Inconsequenz herausstellen, ähnlich wie wenn ein französisches Gesetz das Princip der Gleichheit vor dem Gesetz brechen wollte.

7) S. z. B. über Württemberg v. Wächter, Handbuch, II. §. 29. a. G. vgl. auch Baier. Landr. Th. I. Cap. I. §. 8. Es erstreckt sich aber das Gesetz nur auf zukünftige, nicht auf gegenwärtige und vergangene Fälle, ausgenommen in bloßen Erläuterungen eines vorhin schon zweifelhaft gewesenen Gesetzes oder wo es ausdrücklich so verordnet wird.

8) Die hier behandelte Lehre ist besonders genau und scharfsinnig erörtert worden von v. Wangerow, Leitfaden, I. §. 26. — Kierulff, Theorie, I. N. 3—72. und v. Wächter a. a. O. §. 29—30. — Von Werken, die sich ausschließlich damit beschäftigen, sind zu nennen: A. D. Weber, über die Rückanwendung positiver Gesetze, Hannover 1811. und Fr. Bergmann, das Verbot der rückwirkenden Kraft neuer Gesetze im Privatrecht, Hannover 1818; s. auch die Abhandlung von Georgii im Archiv für civ. Pr. III. S. 145—94, die besonders gegen Weber gerichtet ist. — Eine genaue Angabe der Litteratur findet sich bei Thibaut, System, §. 26. Note d.; in Beziehung auf Proceßgesetze ist zu vergleichen Rittermaier im Archiv für civ. Pr. X. S. 118—43, und auf Strafgesetze Aberg im N. Arch. des Criminalr. XIII. Nr. 18. und Zacharia, über die rückwirkende Kraft neuer Strafgesetze, Göttingen 1834.

theilung nach dem neuen Gesetz zu einer Verletzung wohlervorbener Rechte führen würde. Wohlervorbene Rechte (*jura quaesita*) sind aber solche, welche einer bestimmten natürlichen oder juristischen Person zustehen, und in Folge eines bestimmten Rechtsgrundes erworben sind⁹⁾. Dadurch unterscheidet sich das wohlervorbene Recht von solchen, die in Folge einer Rechtsregel allen Staatsbürgern oder doch einer gewissen Classe derselben zukommen; es unterscheidet sich ferner von solchen Zuständen, aus denen in Folge eines bestimmten Ereignisses ein Recht hervorgehen kann, ohne daß es schon geschehen ist. Ist dann ein Ereigniß dieser Art eingetreten, so macht es eben den Rechtsgrund des Erwerbes aus, und darauf bezieht es sich, wenn es heißt, daß neue Gesetze nicht auf schon vollendete Thatsachen (*facta praeterita*) zurückbezogen werden; die Thatsache selbst aber, welche auf diese Weise geschützt wird, kann sowohl eine bewußte Handlung, ein Rechtsgeschäft, als auch bloß zufällig eingetreten sein, z. B. wenn die Intestaterbfolge durch den Tod des Erblassers eröffnet wird. Die bloße Möglichkeit ein Recht zu erwerben, z. B. den noch lebenden Verwandten zu beerben, mit dem vollendeten 21. Jahre volljährig zu werden, bildet denn den bestimmten Gegensatz zu dem schon erworbenen Rechte. Es kann aber freilich, wenn man sich auch diese näheren Bestimmungen vergewärtigt, im einzelnen Fall immer noch schwer genug bleiben, die sichere Lösung zu finden, z. B. bei der Verjährung¹⁰⁾,

9) Kierulff a. a. D. S. 68. — Zacharia, deutsches Staats- und Bundesr. II. S. 94. — Stahl, Rechts- und Staatslehre, II. S. 472.

10) Ist dieselbe schon vollendet, so ist dadurch natürlich ein wohlervorbene Recht begründet; in Beziehung auf die noch laufende Verjährung, über welche ein neues Gesetz verfügt, muß als Princip zur Anwendung kommen, daß die Zeit, welche bereits abgelaufen ist, nach den Vorschriften des alten Gesetzes, die aber, welche noch laufen soll, nach denen des neuen Gesetzes zu beurtheilen ist. Wie aber, wenn letzteres die Verjährungsfrist abkürzt, und dieselbe zur Zeit, da es erlassen wird, schon abgelaufen ist? Z. B. nach älterem Recht sind 15 Jahre erforderlich, nach dem neuen Ge-

oder wenn es sich um Fälle handelt, welche auf der Grenze zwischen dem wohl erworbenen Recht und der bloßen Möglichkeit der Rechtsvererbung zu stehen scheinen. Man muß sich hier denn durch eine genaue Analyse des fraglichen Verhältnisses zu helfen suchen. Beim Erbeinsetzungsvertrag z. B. und der Eventualbelehnung ist auch vor dem Eintritt der Succession ein wohl erworbenes Recht auf dieselbe anzunehmen, weil der Rechtsgrund des Erwerbs schon vorhanden war, und die Ungewißheit, ob er sich später seinem Erfolge nach realisiren wird, die Beschaffenheit des Rechts an und für sich nicht ändert. Noch bestimmter zeigt sich dieß bei den Agnaten, die aus der ersten Belehnung oder, im Privatfürstenrecht, aus dem Familienstatut, — ferner bei den Anwärtern am Familienfideicommiss, welche aus der Stiftungsacte ihre Ansprüche herleiten. Wenn nun doch die Gesetzgebung solche wohl erworbene Rechte erfaßt, z. B. die Fideicommiss- und Lehngüter allodifizirt, oder Junftrechte, Leihherrschaft, Reallasten aufhebt, so ist das nicht die Folge einer rückwirkenden Kraft, welche dem Gesetz beigelegt wird, sondern es wendet sich direct gegen die früher begründeten Rechtszustände, deren Abschaffung oder Umänderung eben das Hauptziel der Verfügung ist, so daß also der oben §. 20. unter b. behandelte Fall dann vorliegt.

b. Wenn ausnahmsweise einem Gesetz in Folge der ausdrücklichen Erklärung des Gesetzgebers rückwirkende Kraft bei-

setz nur 10 Jahre, und so lange hat die Verjährung bereits gedauert. Für die strengere Ansicht, daß die Verjährung nun als vollendet anzusehen, entscheidet sich Kierulff a. a. D. S. 70; allein dagegen tritt das Bedenken ein, daß derjenige, gegen welchen die Verjährung läuft, nun alle Gelegenheit verliert, sie noch zu unterbrechen, womit er, so lange das ältere Recht bestand, noch warten konnte. Auch vertheidigen Andere eine mildere Ansicht mit Rücksicht auf das vorher aufgestellte Princip, indem sie annehmen, daß die nach dem älteren Recht übrig gebliebene Verjährungszeit nach Maßgabe des neuen Gesetzes abzukürzen sei, und dieß scheint das Richtige zu sein; s. v. Wangerow a. a. D. S. 49. 50. — v. Wächter a. a. D. S. 179—81.

gelegt wird, so bleiben doch diejenigen Rechtsverhältnisse davon unberührt, welche durch Vergleich, Zahlung oder rechtskräftiges Urtheil erledigt, oder doch bereits in der Berufungsinstanz anhängig sind, — eine Vorschrift, welche zugleich mit der Ausnahme von dem allgemeinen Princip zu dessen Gunsten aus dem römischen Rechte entlehnt ist ¹¹⁾, und schon deswegen, auch wenn sie sich nicht aus allgemeinen Gründen deduciren ließe ¹²⁾, für das heutige gemeine Recht gerechtfertigt erscheint. Es würde wenigstens eine specielle Aufhebung auch dieser, die Ausnahme beschränkenden Regel mit klaren Worten im Gesetz ausgesprochen sein müssen, wenn sie keine Anwendung finden sollte. Doch ist, wie oben gezeigt worden, die moderne Gesetzgebung einer Beschränkung des Verbots der rückwirkenden Kraft der Gesetze keineswegs günstig, und so wird man um so weniger zu einer so erorbitanten Maßregel, wie die eben angedeutete, schreiten mögen.

c. Authentische Interpretationen, welche in Gesetzesform erlassen werden, enthalten keine neue gesetzliche Regel, sondern bestimmen nur den richtigen Sinn der älteren; hier kann also von der Rückwirkung eines neuen Gesetzes eigentlich gar nicht die Rede sein, weil ein solches eben nicht vorliegt ¹³⁾, und es ist daher wenigstens ungenau, wenn dieser Fall als eine Ausnahme von dem Verbot der Rückwirkung der Gesetze behandelt wird.

§. 22.

Folgen der Nichtbeachtung der Gesetze.

Wenn vorher das Princip aufgestellt worden ist, das Ge-

11) C. Tanta (c. 2. C. de vetere jure enucl. 1, 17.) §. 23. — c. 22. §. 1. C. de S. S. eccl. (1, 2.) — c. 17. C. de fide instr. (4, 21.) — Nov. 115. cap. 1.

12) S. darüber v. Wangerow a. a. D. S. 47.

13) Pr. A. L. R. Einleitung, §. 15. Die von Seiten des Gesetzgebers nöthig befundene und gehörig publicirte Erklärung eines älteren Gesetzes aber giebt, in allen noch zu entscheidenden Rechtsfällen, den Ausschlag.

gesetz müsse unbedingt zur Anwendung gebracht werden, so bezieht sich das so ganz allgemein nur auf die Präceptivgesetze, welche ein Gebot oder Verbot enthalten, und überhaupt in die Sphäre des öffentlichen Rechts gehören. Für bloße Dispositivgesetze, welche dem vermittelnden Rechte zugezählt werden müssen, hat jenes Princip nur eine beschränkte Geltung. Mit der Uebertretung von Präceptivgesetzen sind aber bestimmte rechtliche Nachtheile verbunden, welche, abgesehen von der Strafe, für das Privatrecht besonders in der Richtigkeit der gesetzeswidrigen Handlung bestehen ¹⁾. Doch ist dieß keine nothwendige Folge, da eine Uebertretung des Gesetzes nur mit einer Strafe belegt, das dadurch begründete Geschäft aber als gültig anerkannt werden kann ²⁾. Eine Handlungsweise aber, welche ohne den Buchstaben des Gesetzes zu verlegen, dessen klaren Sinn in trügerischer Absicht (in fraudem legis) zu umgehen sucht, wird als dem Gesetz direct widersprechend beurtheilt ³⁾; es sei denn, daß das Geschäft an sich erlaubt und nicht simulirt ist, und zugleich eine selbständige Rechtssphäre hat, welche von dem Gesetz, welches man vermeiden will, nicht berührt wird ⁴⁾.

Was nun die bloß vermittelndes Recht enthaltenden Dispositivgesetze betrifft, so kommt es darauf an, ob nach dem Willen der Bethelligten eine Abweichung von der gesetzlichen

1) c. 5. C. de legibus (1, 14.)

2) *J. B.* bei Contraventionen gegen Stempelgesetze. Man nennt dieß wohl eine *lex minus quam perfecta* im Gegensatz zu der *lex perfecta*, die außer der Strafe Richtigkeit der Handlung zur Folge hat; vgl. *Götschen*, Vorlesungen, I. §. 18., wo auch der Begriff der *s. g. lex imperfecta* zu retten versucht wird. Es soll ein Gesetz sein, welches die rechtliche Wirkung eines Geschäftes nur durch eine Einrede entfernen läßt, z. B. beim *SCtum Macedonianum*.

3) *L. 29. D. de leg. (1, 3.)* Contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet: in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam ejus circumvenit. Vgl. c. 5. C. cit. und v. *Savigny*, System, I. C. 324.

4) *J. B.* Der Wechselstempel ist nicht für Anweisungen vorgeschrieben, und man wählt nun dieses Geschäft, um der Abgabe zu entgehen. Vgl. *Falck*, Handbuch des Schleswig-Holstein. Privatrechts, I. §. 49.

Regel in gehöriger Weise beliebt worden ist oder nicht. Im ersteren Fall schließt die Privatwillkühr, so weit sie reicht, die Anwendung des Gesetzes aus, und von einer Strafe oder der Richtigkeit der Handlung kann nicht die Rede sein; haben aber die Betheiligten von der ihnen gelassenen Freiheit keinen Gebrauch gemacht, so ist das Gesetz unbedingt zur Anwendung zu bringen. Das ist denn besonders für die Folgen des Rechtsirrhums von Wichtigkeit, — eine Lehre, die aber nach römischem Recht zu beurtheilen ist ⁵⁾. Für das deutsche Privatrecht sind etwa nur folgende Punkte hervorzuheben.

a. Daß der Rechtsirrhum für unser heutiges Recht eher entschuldbar zu sein scheint, als er es bei den Rechtszuständen der Römer war, ist schon bemerkt und aus der gelehrten Färbung unseres gemeinen Rechts und der größeren Bedeutung des particulären hergeleitet worden ⁶⁾. In letzterer Beziehung kommt noch hinzu, daß die neueren Gesetze, selbst die Strafgesetze, oft einen Charakter an sich tragen, der sie mehr als Instructionen für die Richter, denn als Satzungen für das Volk erscheinen läßt. Dessenungeachtet erscheint es nicht richtig, wenn der Irthum über das particuläre Recht eher entschuldigt werden soll, als der über das gemeine. Für die Juristen mag dieß wohl in mancher Hinsicht begründet sein; aber es handelt sich hier doch nicht zunächst um deren Rechtskunde, sondern um die des übrigen Volkes, und dieses wird in seinem besonderen Recht noch eher zu Hause sein als in dem gemeinen, und zwar, je enger das Gebiet der Rechtsregel ist, desto mehr. Nur für fremdes Recht, wozu unter Umständen auch das einer andern Provinz zu achten, wird die Sache sich

⁵⁾ Die Lehre ist freilich sehr controvers; s. vorzüglich Mühlenbruch im Archiv für civ. Pr. II. 361—451. — v. Savigny, System, III. §. 115 und Beilage VIII. — v. Wächter, Handbuch des württ. Privatrechts, II. §. 21.

⁶⁾ v. Savigny a. a. O. S. 336. ff.

andere stellen. Im Allgemeinen darf man sich darüber keiner Täuschung überlassen, daß die Zumuthung, welche an alle Staatsbürger gemacht wird, das Recht zu kennen, so daß ein Irrthum darin regelmäßig nicht entschuldigt wird, bei unsern heutigen Rechtszuständen in Deutschland auf einer Fiction beruht, die zwar unabweislich ist, deren Härte aber dadurch nicht ganz entfernt wird, daß man den Rechtsirrhum eines Laien entschuldigt, wenn er nicht Gelegenheit hatte, sich über das Recht belehren zu lassen. Denn gerade die Unkunde im Recht führt eben leicht dahin, daß man eine Rechtsbelehrung gar nicht für nöthig hält, — und dann die Kosten⁷⁾!

b. Die *rusticitas*, welche nach römischem Recht in gewissen Fällen einen Rechtsirrhum entschuldigt, ist nicht auf den Stand der Bauern, sondern auf die Unbildung roher Menschen zu beziehen⁸⁾.

c. Die Bevorzugung des Soldatenstandes bei der Beurtheilung des Rechtsirrhums kann nach heutigem Recht nicht als praktisch gelten, da sie mit besonderen römischen Staatseinrichtungen zusammenhängt. Doch trifft dieß nicht die Form der Soldatentestamente, welche in den Reichsgesetzen ausdrücklich anerkannt ist, und wenn sich in einem deutschen Particularrecht die specielle Reception jener allgemeinen Bestimmungen des römischen Rechts über den Rechtsirrhum der Soldaten

7) Die neueren Gesetzbücher konnten ihrer Bestimmung nach schon eher eine allgemeine Rechtskenntniß verlangen, obgleich auch in ihrer Sphäre die Fiction nicht beseitigt ist, — und wohl überhaupt bei einer gewissen Ausbildung der socialen Zustände nicht ganz beseitigt werden kann. S. A. Pr. L. R. Einleitung §. 12. Es ist aber auch ein jeder Einwohner des Staates sich um die Gesetze, welche ihn oder sein Gewerbe und seine Handlungen betreffen, genau zu erkundigen gehalten; und es kann sich Niemand mit der Unwissenheit eines gehörig publicirten Gesetzes entschuldigen. — Oesterr. Gesetzbuch §. 2. Sobald ein Gesetz gehörig kund gemacht worden ist, kann sich niemand damit entschuldigen, daß ihm dasselbe nicht bekannt geworden sei.

8) Mühlensbruch a. a. D. C. 446. ff. — v. Savigny a. a. D. C. 436.

nachweisen läßt, so sind sie dadurch für dieses Gebiet geltend geworden ⁹⁾.

§. 23.

Aufhebung und Umänderung der Gesetze.

Gesetze, die einmal gültig erlassen sind, bleiben so lange in Wirksamkeit, bis sie in rechtsverbindlicher Weise wieder aufgehoben oder umgeändert werden. Das kann aber geschehen durch eine dem Gesetz entgegengetretene Gewohnheit (desuetudo, Entwöhnung), wovon später zu handeln ist, und durch die Gesetzgebung selbst ¹⁾. In letzterer Beziehung aber ist zu unterscheiden:

a. Es ist in dem betreffenden Gesetze selbst der Grund seiner Aufhebung oder Umänderung gegeben. Letzteres wird nicht leicht der Fall sein; Ersteres aber findet statt, wenn das Gesetz nur für eine bestimmte Zeit, z. B. bis zu einem gewissen Datum, während eines Krieges, oder für bestimmte Rechtsverhältnisse ²⁾, oder für einen bestimmten Zweck erlassen worden, und nun die Zeit abgelaufen, der Gegenstand weggefallen oder der Zweck erreicht worden ist. Es kommen hier besonders die f. g. transitorischen Gesetze in Betracht, welche erlassen werden, um bei wichtigen Änderungen in der Gesetzgebung den Uebergang in die neue Ordnung der Dinge zu vermitteln, z. B. bei Erlassung neuer Gesetzbücher, Hypothekenordnungen u. s. w. Wenn es dabei auch zunächst auf Erreichung eines vorüber-

⁹⁾ Mit dieser Beschränkung ist die von Savigny (a. a. D. S. 439.) aufgestellte Ansicht zu billigen. In einzelnen Staaten, z. B. in Württemberg werden die Soldaten sogar allgemein, also weiter, wie im römischen Recht, wegen Rechtsirrhum entschuldigt. S. Wächter, Handbuch, II. S. 125. Note 23.

¹⁾ Thibaut, System, §. 39—41. Civilistische Abhandlungen, Nr. VII. S. 108—30. — v. Wächter, a. a. D. §. 27. 28.

²⁾ Die Vorschriften des J. N. A. von 1654. über Zinsen z. B. bezogen sich größtentheils nur auf die während der vorausgegangenen Kriegsjahre contrahirten Schuldverbindlichkeiten.

gehenden Zweckes ankommt, so pflegt doch auch das zweite so eben hervorgehobene Moment, nämlich die Rücksicht auf bestimmte Rechtsverhältnisse, z. B. die nach dem älteren Recht entstandenen Hypotheken, dabei einzuwirken, und es kann selbst die Abwicklung derselben und die Fixirung des neuen Rechtszustandes, — also die Geltung des ganzen transitorischen Gesetzes bis auf einen bestimmten Termin angeordnet werden. — Es ist übrigens einerlei, ob ausdrücklich im Gesetz ausgesprochen worden, daß es nur für Rechtsverhältnisse, deren Erlöschen sich bestimmt voraussehen läßt, gelten soll, oder ob ohne eine solche Vorschrift ein Gesetz dadurch beseitigt wird, daß es den Gegenstand seiner Anwendung verliert. Nur liegt hier der Grund der Aufhebung nicht im Gesetze, sondern in der außerhalb desselben wirkenden Macht der Lebensverhältnisse und, wenn neue Normen ohne Beihülfe der Gesetzgebung an die Stelle der alten treten, des Gewohnheitsrechts³⁾. — Mit dieser Aufhebung des Gesetzes wegen mangelnden Gegenstandes ist aber eine vielfach aufgestellte und mißbrauchte Regel nicht zu verwechseln, daß nämlich, wenn der Grund des Gesetzes wegfalle, dieses selbst zu gelten aufhöre. (*Cessante legis ratione cessat lex ipsa.*) Dieß hat man oft so aufgefaßt, als ob unter *ratio* die Motive des Gesetzgebers zu verstehen seien, und ein Gesetz nicht mehr für anwendbar zu halten, wenn angenommen werden dürfe, daß es unter den veränderten Umständen nicht erlassen wäre, auch wenn in demselben für die Dauer der Geltung

3) So sind die Bestimmungen älterer Gesetze über die Bestrafung der Zauberei nicht mehr anwendbar, weil wir das Verbrechen im früheren Sinn nicht mehr kennen, wenn auch eine Handlung, welche man früher als Zauberei ansah, auch jetzt noch als Betrug strafbar sein kann. — Wunderlich ist die Ansicht mancher Romanisten, von der sich auch Wächter nicht freigelassen hat, als seien gewisse Vorschriften des römischen Rechts außer Uebung gekommen, weil ihr Gegenstand nicht mehr existirt. Solche Vorschriften sind eben bei uns nicht recipirt worden; die erwähnte Auffassung würde sich aber nur da rechtfertigen, wo das römische Recht von jeher gegolten hat.

darauf gar keine Rücksicht genommen ist. Der Wille des Gesetzgebers wird aber durch eine solche Auffassung in seiner Wirksamkeit leicht einer ebenso unbefugten Beschränkung unterworfen, wie der Wille der Contrahenten bei Anwendung der so oft mißbrauchten Regel: *Rebus sic stantibus* in Beziehung auf die Beurtheilung der Verträge.

b. Ein Gesetz wird aufgehoben oder umgeändert durch ein neues Gesetz. Dieses letztere ist dann absolut maßgebend und entscheidet auch, ob und inwieweit das ältere noch fort bestehen soll, — einerlei, ob es sich ausdrücklich als eine Umänderung des früheren Rechtszustandes ankündigt, oder ob dieß nur aus dem Inhalte des neueren Gesetzes von selbst folgt, und im ersteren Fall, ob die s. g. derogatorische Clausel dem neuen Gesetz ausdrücklich einverleibt worden oder nicht. Es kommen hier die gewöhnlichen Regeln über die Auslegung der Gesetze zur Anwendung, und namentlich der Grundsatz, daß die verschiedenen Vorschriften, welche sich in einem Rechtssystem finden, unter einander möglichst in Einklang zu bringen sind. Im Einzelnen ist aber noch folgendes zu bemerken:

1) Es wird an die Stelle eines älteren Rechtsinstituts ein neues gesetzt; und das ältere zugleich mit den Ausnahmen, welche von dessen Princip galten, aufgehoben. Dieß tritt nicht bloß dann ein, wenn die Ausnahmen von dem älteren Institut ausdrücklich für aufgehoben erklärt oder nur einige derselben (und zwar nicht bloß beispielsweise) in ihrer Geltung bestätigt sind, sondern auch dann, wenn das neue Princip, mit dem jene Ausnahmen unvereinbarlich sind, sich als absolut wirksam ankündigt⁴⁾.

4) J. B. mit der Formel: es soll in allen Fällen zur Anwendung kommen. — Mit Recht hat Wächter hier vom Rechtsinstitute, und nicht bloß von der Rechtsregel gehandelt; ebenso ist ihm nur beizustimmen, wenn er sich (a. a. O. S. 164. Note 6.) gegen Thibaut für die absolute Wirkung einer absolut gefaßten Vorschrift erklärt. Die hier bestrittene Ansicht beruht auf dem Fehlschluß: „Das Unbestimmte gilt als absolut, folge

2) An die Stelle des älteren Instituts wird ein neues gesetzt, ohne daß dasselbe als absolut geltend angekündigt wird. Dann fallen alle Folgesätze, die auf dem früheren Princip beruhen, weg, und wenn der eine oder der andere ausdrücklich beibehalten worden, so sind sie doch stricte zu interpretiren. Aber die Ausnahmen von dem älteren Princip bleiben bestehen, weil sie eben auf einem besondern Grunde beruhen, der dadurch nicht erschüttert wird, daß der ihm entgegengesetzte allgemeine Grund aufgehoben worden ist ⁵⁾).

§. 24.

Von der Auslegung der Gesetze.

Die Schwierigkeit dieser Lehre, welche man zum Gegenstand einer eigenen wissenschaftlichen Disciplin, der s. g. Her-

lich kann auch im Zweifel das Absolute nicht mehr wirken, als das Unbestimmte.“ Thibaut, civilist. Abhandl. S. 127., ist durch den Zusatz: im Zweifel und dadurch, daß er neben einander stehende Stellen des römischen Rechts als in Gesetzen, welche der Zeit nach verschieden sind, aufgefaßt hat, zu seiner irrthümlichen Ansicht gekommen. — Falck, Handbuch des Schlesw. Holst. Privatrechts, I. §. 50. unterscheidet zwischen Particularrechten und solchen, welche den Charakter von Privilegien haben. Allein insofern letztere bloß anomalisches Recht enthalten, ohne Grund, während die individuellen Privilegien nicht unter den Begriff der Rechtsquellen, sondern der Entstehungsgründe des Rechts im subjectiven Sinn fallen, also nicht hierher gehören.

5) Z. B. das Ende der Minderjährigkeit wird vom vollendeten 25. Jahre auf das vollendete 24. Jahr heruntergesetzt. Dann fällt für Diejenigen, welche sich zwischen dem 24. und 25. Jahre befinden, auch die Rechtswohlthat der Restitution weg; war aber etwa der Adel nach dem älteren Recht insoweit bevorzugt, daß er schon mit dem vollendeten 21. Jahre großjährig ward, so bleibt unter den im Text angenommenen Voraussetzungen diese Ausnahme bestehen. — Doch darf man in solchen Fällen auch nicht zu einseitig verfahren, und muß das ganze Verhältniß berücksichtigen. War z. B. der ursprüngliche Termin das vollendete 25. Jahr, der Adel nur um 1 Jahr bevorzugt, und nach dem neuen Gesetz tritt die Großjährigkeit schon mit dem vollendeten 21. Jahr ein, so ist anzunehmen, daß auch der Adel, der ja nicht statt des Vorzugs einen Nachtheil bekommen soll, gleichfalls davon erfaßt wird.

meneutik des Rechts gemacht hat, liegt weniger in ihr selbst, als in den Irrthümern, welche sich dabei eingeschlichen haben. Diese selbst aber erklären sich zum Theil aus dem Umstande, daß man Justinians Sammlung als ein deutsches Gesetzbuch ansah und behandeln wollte, und um diese Ansicht praktisch durchzuführen, genöthigt war, Mittel zu erfinden, durch deren Anwendung man des oft ungesügigen Materials besser Herr zu werden hoffen durfte¹⁾. Dazu kam die in vielen Lehren principielle Abweichung zwischen dem einheimischen und fremden Rechte, welche, um nur zu einer äußern Vereinigung zu gelangen, an eine raube Behandlung des positiven Rechtsstoffs gewöhnte, und ferner die Unvollkommenheit der deutschen Gesetzgebung sowohl in formeller als auch in materieller Beziehung, besonders seit dem Ende des 16. Jahrhunderts, wodurch die Achtung vor dem Wort des Gesetzgebers, welche sonst bei allen wahren Rechtsvölkern so groß ist, geschwächt werden mußte. Wir hatten eben keine Nationalgesetzgebung. Wenn es nun auch nicht zu leugnen ist, daß die lazen Grundsätze über die Auslegung der Gesetze in der deutschen Jurisprudenz wesentlich dazu beigetragen haben, den Rechtszustand der letzten Jahrhunderte überhaupt möglich und beziehungsweise erträglich zu machen, so sind doch gegenwärtig für die Rechtsentwicklung andere und gesündere Kräfte gewonnen, und jedenfalls darf ein Verfahren, auch wenn es unter Umständen von wohlthätigem Einfluß sein kann, der wissenschaftlichen Beurtheilung gegenüber deswegen auf keine größere Schonung Anspruch machen. —

1) Man höre nur, wie Glück, Pandecten-Commentar, I. S. 206. sich hierüber äußert: „Es ist ein Uebel, sagt einer unserer teutschen Rechtsgelehrten, wenn die Gesetze einer Erklärung bedürfen. Die Gesetze sollten keiner Rechtsklugeley ausgesetzt seyn.“ Dies kann wohl freilich nicht geleugnet werden, allein da die meisten unserer Gesetze für ganz andere Zeiten, Sitten und Umstände gegeben sind, so müssen wir sie, sollen sie zur Richtschnur dienen, durch eine vernünftige Auslegung auch noch für unsere Zeiten anwendbar zu machen suchen.“

Uebrigens ist gerade in neuester Zeit für die bessere Behandlung dieser Lehre Vieles geschehen; hier sollen nur die Hauptpunkte mit besonderer Rücksichtnahme auf die germanistische Seite unserer Jurisprudenz hervorgehoben werden, ohne daß die allgemeinen Regeln der Logik und einer gefundenen Exegese gerade ihre Wiederholung finden ²⁾).

§. 25.

Von der Auslegung der Gesetze. (Fortsetzung.)

a. Die Aufgabe der Auslegung ist, den im Gesetz ausgesprochenen und festgestellten Willen des Gesetzgebers nachzuweisen, — also nicht Rechtsentwicklung, interpretatio im Sinne der römischen Juristen ¹⁾. Es soll der Inhalt des Gesetzes, der in ihm wohnende Sinn und Gedanke dargelegt werden, so wie er vom Gesetzgeber gefaßt und publicirt ist. Dabei kommt es im Allgemeinen nicht darauf an, ob die Auslegung für wissenschaftliche oder praktische Zwecke thätig ist; nur erscheint, wenn ein Gesetz nur als mittelbare Quelle für die wissenschaftliche Construction des gemeinen Rechts dienen soll, bei der Benutzung seines Inhalts eine größere Freiheit zulässig, als wenn es sich um die unmittelbare Anwendung einer noch geltenden Satzung handelt ²⁾. Doch ist die Herstellung des ursprünglichen Sinns des Gesetzes natürlich ohne Einfluß.

2) Im Allgemeinen ist zu vergleichen Ch. H. Eckhardi *Hermeneutica juris*, Lips. 1750. edit. III. cur. C. W. Walch. 1802. — Thibaut, *Theorie der logischen Auslegung*, 2. Ausg. Altona 1806. *System des Pandektenrechts*, I. §. 43—54. — Mühlenbruch, *doctrina pand.* I. §. 54—67. — Kierulff, *Theorie*, I. §. 25—37. — v. Bangerow, *Leitfaden*, I. §. 22—24. — besonders aber v. Savigny, *System*, I. §. 206—330., der auch a. a. D. §. 49. nachgewiesen hat, daß die römischen Vorschriften über diese Lehre bei uns im Allgemeinen nicht gelten.

1) v. Savigny a. a. D. §. 298. *Notis d.* — Im Sinn der Römer hat Kierulff a. a. D. die juristische Interpretation behandelt.

2) S. oben §. 17. a. G.

b. Zweifel über die Echtheit des Textes dürfen nicht bestehen, wenn das Gesetz überhaupt gelten soll; diese sowohl wie die Zweifel über die Richtigkeit einzelner Ausdrücke hat die Kritik zu entfernen³⁾.

c. Zunächst kommt es also bei der Auslegung auf die Worte des Gesetzes an, und zwar in ihrem Zusammenhange, wobei für die genauere Feststellung des Sinns zwischen den Worten, welche die eigentliche Vorschrift enthalten (*verba dispositiva*) und solchen, welche diese nur einleiten und motiviren (*verba enunciativa*), zu unterscheiden ist. Der einzelne Ausdruck muß aber bald im engern, bald im weitern Sinn, bald nach dem gemeinen Sprachgebrauch, bald als Kunstausdruck oder in einer provinciellen Bedeutung genommen werden.

d. Wenn man sich nun bloß an die Worte des Gesetzes hält, um dessen Sinn festzustellen, so nennt man das grammatische Auslegung; allein diese reicht häufig nicht aus, wie sie denn natürlich nie in der Art geübt werden darf, daß man, ohne auf den Sinn des Gesetzes einzugehen, bloß den todtten Wortlaut desselben sich zum Verständniß bringt. Im Gegensatz von der grammatischen Interpretation pflegt man aber von einer logischen zu sprechen, bei welcher die Worte des Gesetzes nach seinem Sinn gedeutet werden, und zwar entweder nur erklärend oder ausdehnend oder beschränkend (*interpretatio declarativa, extensiva, restrictiva*.) Allein mit der ganzen Unterscheidung zwischen einer grammatischen und logischen Interpretation kann, richtig verstanden, nichts Anderes gemeint sein, als daß je nach der Beschaffenheit des Gesetzes, ein größerer oder geringerer Aufwand wissenschaftlicher Energie erforderlich

3) Für ältere Gesetze kann die Urkundenlehre, *ars diplomatica*, von Wichtigkeit werden; bei neueren entscheidet natürlich unbedingt der officielle, zur Veröffentlichung gebrachte Text, falls nicht Schreib- oder Druckfehler darin nachgewiesen werden können, deren schleunige Berichtigung sich übrigens die Staatsregierungen sollten angelegen sein lassen. Vgl. v. Wächter, Handbuch des württemb. Privatr., II. §. 26.

ist, um es genügend auszulegen und richtig zu verstehen. Es ist nicht bloß der mangelhafte Ausdruck und überhaupt die unvollkommene Form, wodurch solche Schwierigkeiten veranlaßt werden, sondern auch die historische Umgebung eines Gesetzes, besonders eines älteren, und die Beschaffenheit der Rechtsverhältnisse, worauf es sich bezieht, können dem Verständniß des an sich gut gefaßten Gesetzes manches Hinderniß bereiten. Dabei kommen denn als Hülfsmittel für die Auslegung besonders in Betracht:

1) Die Beachtung des innern Zusammenhangs des Gesetzes selbst, die logische Verknüpfung seiner einzelnen Bestandtheile, woraus sich, bei zweideutiger und unbestimmter Ausdrucksweise, oft mit Sicherheit der Wille des Gesetzgebers entnehmen läßt.

2) Die Rechtsgeschichte, welche nachweist, unter welchen thatsächlichen Voraussetzungen das Gesetz zu Stande gekommen und seine Fassung erhalten hat, — kurz die Entstehungsgeschichte und ganze Umgebung desselben darlegt. In dieser Hinsicht ist es namentlich für die Auslegung der Particularrechte so wichtig zu wissen, welcher Zeit sie angehören, von welchem Stammesrecht sie ausgegangen, welchen Quellen sie entnommen sind, ob Statute namentlich auf ein bestimmtes Mutterrecht zurückgeführt werden können u. s. w. — Ein solches historisches Moment für die Auslegung kann ein Gesetz auch selbst enthalten, indem es die Veranlassung, welche es hervorgerufen, und die Absicht, welche man damit gehabt hat, angiebt; doch ist es von derselben Bedeutung, wenn der Nachweis solcher Momente anderweitig auf eine überzeugende Art geführt werden kann. Hierher gehören denn auch namentlich die der Publication des Gesetzes vorausgehenden Verhandlungen, namentlich die landständischen in constitutionellen Staaten⁴⁾. Doch muß man sich wohl

4) Doch nicht diese allein; man denke z. B. nur an die Materialien des preussischen Landrechts.

hüten, diesem an sich freilich sehr wichtigen Material eine größere Bedeutung beizulegen, als einem wissenschaftlichen Hülfsmittel für die Auslegung zukommt, und darin namentlich eine gesetzliche Autorität zu finden⁵⁾. Denn der entscheidende Punkt, welcher dem Gesetz seine eigentliche Natur giebt, ist die Sanction, beziehungsweise die Publication; alles Frühere hat nur den Charakter der Vorbereitung, und kann, wenn in dem Gesetz selbst oder bei der Veröffentlichung darauf keine bestimmte Rücksicht genommen wird, auch nicht mit Gesetzeskraft versehen sein.

3) Nicht weniger wichtig als die Kenntniß der Rechtsgeschichte, ist die der Rechtsverhältnisse, worauf sich das Gesetz bezieht, und zwar nicht bloß in ihrer geschichtlichen Entwicklung, sondern auch in ihrem gegenwärtigen Bestande. Wenn auf der einen Seite dem Gesetzgeber die volle und klare Anschauung aller in Betracht kommenden thatsächlichen Verhältnisse, welche er ordnen will, zuzumuthen ist, so muß auf der andern Seite auch an den Ausleger, der den Sinn des Gesetzes ganz erfassen will, dieselbe Anforderung gestellt werden.

4) Endlich kommt noch besonders in Betracht die Beziehung des auszulegenden Gesetzes zu dem allgemeinen Rechtsprincip, von welchem es ausgegangen ist, und zu dem ganzen Rechtssystem. In dieser Hinsicht ist aber große Vorsicht nöthig,

5) Hierin geht entschieden zu weit v. Wächter, Abhandlungen aus dem Strafrecht, I. S. 245—49. und Handbuch des württemb. Privatr., II. S. 24.; f. dagegen W. M. Schaffrath, Theorie der Auslegung constitutioneller Gesetze, Leipzig 1842. und Rittermaier, die Strafgesetzgebung in ihrer Fortbildung, I. S. 216—20. (vgl. Schaffrath, S. 50.) — Allerdings kann es zu schlimmen Unzuträglichkeiten führen, wenn der Inhalt des publicirten Gesetzes ein anderer ist, als er unter den Factoren der Gesetzgebung verabschiedet worden. Allein durch die Auslegung kann in einem solchen Fall nicht geholfen werden; man muß vielmehr sagen, das Gesetz sei im Ganzen und seinen Theilen nach (wie die Sache nun eben steht) nicht gültig zu Stande gekommen, da es so, wie es publicirt worden, die landständische Zustimmung nicht erhalten hat. Vgl. oben S. 19.

daß man nicht die eigenthümliche Rechtsbildung, welche sich in Deutschland für verschiedene Kreise geltend gemacht hat, übersteht und zu leicht ein bestimmt ausgeprägtes Institut generalisirt. Die Regel der älteren Romanisten, daß ein Particularrecht (Statut) möglichst eng und im Sinn des gemeinen, d. h. nach damaligem Sprachgebrauch des römischen Rechts, ausgelegt werden müsse, ist zwar schon lange in ihrer Richtigkeit dargelegt worden⁶⁾; aber auch sonst ist noch manche Vorsicht nöthig und namentlich darauf zu achten, ob das gemeinrechtliche Institut, worauf das Gesetz sich bezieht, nach römischem oder deutschem Recht zu beurtheilen ist, und wenn letzteres der Fall, ob nicht verschiedene Formen dafür geltend geworden und an welche das Gesetz sich eben angeschlossen hat⁷⁾. — Es bedarf nun keines weitern Beweises, daß die Kenntniß von dem allgemeinen Rechtsgrunde oder dem Princip, der *ratio juris*, worauf das Gesetz beruht, von der größten Wichtigkeit für dessen richtiges Verständniß ist. Doch wird es sich vorzugsweise nur bei dem *jus commune* als dem regelmäßigen Recht auffinden und benutzen lassen, während bei dem anomalistischen Recht die bestimmte Absicht, der Zweck, welcher mit der Ausnahme hat erreicht werden sollen, mehr hervortreten und auch für die Auslegung zu benutzen sein wird.

6) S. oben §. 8. Note 5. und J. Schilter, *praxis jur. rom. Exerc. II. §. 14.* — J. H. Boehmer, *exercit. ad pand. I. Ex. X. §. 5. 15.* — Ch. G. Riccius, *zuverlässiger Entwurf von Stadt-Gesetzen*, Buch II. Hauptst. XI. §. 10—12. — Glück, *Pandecten-Commentar*, I. S. 380—84. — Vater, *Landrecht*, Th. I. Cap. 2. §. 13. So wird bei Auslegung zweifelhafter Statuten ebenso, wie bei andern Gesetzen, ohne Unterschied verfahren.

7) Wenn z. B. ein Gesetz über die eheliche Gütergemeinschaft verfügt. — Es ist bekannt, zu welchen Nebelständen es geführt hat, daß das preussische allg. Landrecht, welches als Hülfrecht an die Stelle des gemeinen Rechts getreten ist, für die verschiedenen in Preußen vorkommenden Formen der Gütergemeinschaft nur ein subsidiäres Institut aufgestellt hat, gegen dessen Fassung noch dazu manche Ausstellungen zu machen sind.

e. Mit diesen Hülfsmitteln ausgerüstet wird der Ausleger auch solchen Gesetzen, deren Sinn schwer zu enthüllen ist, das richtige Verständniß abzugewinnen vermögen. Es ist aber stets daran festzuhalten, daß es die Aufgabe der Auslegung ist, das darzulegen, was der Gesetzgeber wirklich aussprechen wollte, nicht aber, was er hätte aussprechen können oder sollen. Die logische Auslegung überschreitet daher noch nicht ihre Grenzen, wenn sie, um den in den Worten undeutlich oder auch irrtümlich bezeichneten Willen des Gesetzgebers festzustellen, den nächsten Wortsinn ausdehnend oder beschränkend auffaßt und erklärt. Aber man darf sich nicht hinreißen lassen, vermittelt der Auslegung das Gesetz umändern und verbessern zu wollen; denn dadurch würde sie zu einer Rechtsquelle erhoben werden.

f. Auch das gehört nicht zur Auslegung der Gesetze, wenn man, um eine Lücke des positiven Rechts auszufüllen, Rechtsregeln nach dem Gesetz der Ähnlichkeit auf Verhältnisse anwendet, für welche sie ursprünglich nicht bestimmt waren (Analogie). Ein solches Verfahren kann ebenso gut bei einem Institut des ungeschriebenen wie des geschriebenen Rechts statt finden, und die Regel, welche man ausdehnend anwendet, kann auf dem Princip, der ratio eines bestimmten Gesetzes oder des ganzen Rechtssystems beruhen. (Gesetzesanalogie, Rechtsanalogie, Analogie nach dem Geiste des Rechts). Eine solche analoge Ausdehnung wird, mit Ausnahme anomalischer Rechtsinstitute, für welche man sie allgemein verwirft⁸⁾, unbedingt für

8) v. Savigny a. a. D. S. 293. ff. Ueber einzelne Abweichungen römischer Juristen von dieser Regel s. ebendas. S. 297. — Kierulff a. a. D. S. 34. ist wohl eigentlich nicht abweichender Ansicht, sondern dringt nur darauf, daß auch das jus singulare in seinem eigenthümlichen Sinn aufgefaßt und nicht ohne Grund beschränkt werde, wogegen nichts einzuwenden ist. Wenn übrigens die analoge Ausdehnung eines jus singulare durch den Gesetzgeber selbst veranlaßt ist, so besteht natürlich über die Gültigkeit derselben kein Zweifel; aber auch das Gewohnheitsrecht kann dasselbe bewirken. So kann es z. B. zur Frage kommen, ob die Verjährung, welche

zulässig gehalten, und zwar nicht bloß dann, wenn im Bereich eines schon gültigen Rechtsinstituts eine neue Rechtsfrage entsteht (wo die Sache gar kein Bedenken hat), sondern auch in dem Fall, wenn ein neues, bisher unbekanntes Rechtsverhältniß sich zeigt, dessen rechtliche Normirung nothwendig wird. Diese soll dann einem verwandten Rechtsinstitute entnommen werden. Mit dieser Analogie ist von den Romanisten großer Mißbrauch getrieben worden, indem sie, das einheimische Recht nicht kennend und nicht würdigend, zu scheinbar verwandten römischen Instituten griffen, um die eigenthümlich deutschen Rechtsverhältnisse darnach zu beurtheilen. Auch jetzt noch halten sich unsere romanisirenden Juristen von solchen Verirrungen nicht frei, wodurch manchen Erscheinungen des modernen Rechtslebens Gewalt angethan wird, indem deutschrechtliche Genossenschaften z. B. schlechthin unter den Begriff der römischen *universitas* oder *communio* gebracht werden. Es wird sich aber überhaupt später noch ergeben, daß wenn man die Bedeutung des Volksrechts richtig zu erfassen weiß, zur Rechtsfindung durch Analogie nur selten Veranlassung sein wird. Ihre Zulässigkeit im Allgemeinen soll aber damit nicht in Abrede gestellt werden.

g. Bis jetzt ist nur von derjenigen Auslegung der Gesetze gehandelt worden, welche auf dem Wege wissenschaftlicher Thätigkeit vor sich geht. Es giebt aber auch eine solche, welche der Gesetzgeber selbst vornimmt (authentische Interpretation, *interpretatio legalis*); sie ist als ein Gesetz zu betrachten, welches aber nur äußerlich als ein neues sich herausstellt, indem keine neue Rechtsregel angeordnet, sondern die schon bestehende nur ihrem richtigen Sinne nach festgestellt wird, — ein Verfahren, welches der Gesetzgeber für gewöhnlich der Wissenschaft zu überlassen hat, und nur in sehr dringenden Fällen von ihm selbst übernommen werden darf⁹⁾. Zu der gesetzlichen Auslegung

bei den Servituten gilt, nicht gewohnheitsrechtlich auf einzelne Arten deutscher Realrechte ist übertragen worden.

9) In Preußen wollte man ursprünglich die Auslegung des allgem.

rechnet man auch wohl noch die durch das Gewohnheitsrecht fixirte (*interpretatio usualis*): aber dabei handelt es sich um die Bildung eines Gewohnheitsrechts, welches den Inhalt des Gesetzes feststellt, sei es nun seinem ursprünglichen Sinne nach oder mit Abänderungen, — was einerlei ist, wenn nur die allgemeinen Erfordernisse des Gewohnheitsrechts und beziehungsweise einer *desuetudo* vorhanden sind. Von einer Auslegung sollte hier billig nicht die Rede sein.

B. Von der Autonomie.

§. 26.

Begriff der Autonomie

Außer dem Gesetz, welches nur von der höchsten Gewalt im Staate ausgeht, giebt es noch andere positive Satzungen, welche ihrer Entstehung nach gleichfalls zum geschriebenen Recht zu zählen sind, indem sie durch einen freien Act der Willensbestimmung begründet werden; sie beruhen auf der Autonomie, von deren Bedeutung als Rechtsquelle hier im Allgemeinen zu handeln ist. —

Autonomie war bei den Griechen die Selbständigkeit eines Staates, namentlich das Recht, seine innern Angelegenheiten unabhängig und nach freiem Belieben zu ordnen, — also ein bestimmter Rechtsbegriff, etwa der modernen Souveränität ver-

Landrechts, insofern sie zu Zweifeln Veranlassung geben sollte, ganz in die Hand der Staatsgewalt bringen, was indessen bald wieder aufgegeben ward; s. Pr. A. L. R. Einleitung, §. 47. 48. und dazu Anhang §. 2. Findet der Richter den Sinn des Gesetzes zweifelhaft, so liegt es ihm zwar ob, den vorliegenden Fall nach den allgemeinen Regeln wegen Auslegung der Gesetze zu entscheiden, und findet die (früher vorgeschriebene) Anfrage an die Gesetzcommission während des Laufes des Processes nicht mehr Statt. Er muß aber die vermeinte Dunkelheit des Gesetzes dem Chef der Justiz zum Behuf der künftigen Legislation anzeigen. — Im antiken Geiste sagt Code civ. art. 4. *Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.*

gleichbar¹⁾. In dieser Bedeutung wird der Ausdruck nicht leicht mehr gebraucht; dagegen nimmt ihn der gewöhnliche Sprachgebrauch oft in einem sehr weiten Sinn, und bezeichnet damit überhaupt eine gewisse Freiheit und Selbständigkeit in politischen Dingen. Aber auch die deutsche Jurisprudenz hat sich denselben angeeignet, und zwar mit bestimmter Beziehung auf die bewusste Rechtserzeugung, ohne daß man jedoch die Autonomie mit dem Recht der Gesetzgebung für gleichbedeutend nahm. Anfangs verstand man darunter diejenige Befugniß, welche die älteren Juristen als das *jus statuendi* s. *statuta condendi* bezeichneten. Ein Statut war ihnen nämlich jede Satzung außerhalb des gemeinen Rechts²⁾, welches letztere auf dem Wege der Gesetzgebung nur durch die Reichsgewalt erzeugt werden konnte; das *jus statuendi* enthielt also das Recht zur Aufstellung particularrechtlicher Normen, und begriff namentlich auch das landesherrliche Gesetzgebungsrecht in sich, welches man auf das *imperium merum et mixtum* und die *jurisdictio* (die alte Grafschaft) zurückführte³⁾. In diesem weiten Sinne faßte man

1) S. Wachsmuth, hellen. Alterthumskunde, (1. Aufl.) I. S. 447. und überhaupt Wilda s. v. Autonomie in Weiske's Rechtslexicon, I. S. 539. ff. — Die gewöhnlich bei dieser Lehre angeführte Schrift von J. L. Majer, die Autonomie vornemlich des Fürsten- und übrigen unmitttelbaren Adelsstandes im R. deutschen Reiche, Lübingen 1782. — ist ihr freilich ausschließlich gewidmet und hat auch auf die spätere Theorie einen großen Einfluß ausgeübt, aber mehr Verwirrung veranlaßt, als den Gegenstand wissenschaftlich gefördert.

2) Noch jetzt klingt dieser Sprachgebrauch nach, z. B. wenn von einer *portio statutaria*, von *statuta realia*, *personalia* u. s. w. gehandelt wird. Auch im Baier. Landr., Th. I. Cap. 2. §. 13. heißt es noch: *Statuta* gehen entweder auf das ganze Land oder nur auf gewisse Städte, Märkte und Communitäten. — Vgl. Mittermaier, Grundsätze, I. §. 22.

3) Bartolus ad L. Imperium. D. de *jurisdict.* — U. Zasius ad h. l. — ad L. 32. §. 2. D. de leg. 1. nu. 3. — J. Fichard, cons. I. 2. — J. Mynsinger, Respons. jur. 16. 32. 49. — N. Betsius, de *statutis familiarum illustrium*, ep. 1—4. u. s. w. Vgl. Lehre von den Erbvertr. II. 2. §. 15. Note 61.

nun auch die Autonomie auf⁴⁾. Je selbständiger sich aber die Landeshoheit in Deutschland entwickelte, und je mehr sie einer wahren Staatsgewalt sich näherte, desto mehr mußte es ein Bedürfniß werden, das von den Landesherren, allein oder unter Zuziehung der Landstände, ausgeübte Gesetzgebungsrecht von denjenigen Befugnissen zu unterscheiden, welche gewissen landfässigen Corporationen in Beziehung auf die Rechtsbildung zustanden. Zu diesem Behuf stellte man den eigentlichen Gesetzen die Statute gegenüber, und faßte die Befugniß, Statute zu erlassen, oder die Autonomie als das durch die Staatsgewalt beschränkte Recht gewisser Corporationen auf⁵⁾.

Aber diese an sich feste Begriffsbestimmung ward wieder dadurch erschüttert, daß man auch diejenigen Verfügungen als Ausfluß der Autonomie nahm, welche einzelne Privatpersonen durch Verträge oder einseitige Dispositionen über ihre besonderen Rechtsverhältnisse treffen, und wodurch sie die Regeln des vermittelnden Rechts abändern können⁶⁾. Bei dieser Auffassung nun geht die Bedeutung der Autonomie als einer Rechtsquelle verloren, indem durch Verfügungen der bezeichneten Art keine Rechtsregeln gesetzt, sondern nur einzelne Rechtsver-

1) So viel ich weiß, findet sich der Ausdruck zuerst bei J. Schilter, *praxis jur. rom. Exerc. II. §. 11. 12.* doch ist hier nicht bloß die particuläre Gesetzgebung, sondern überhaupt die particuläre Rechtsbildung, dem gemeinen Recht gegenüber, gemeint.

5) J. H. Boehmer, *exercitt. ad pand. I. Exerc. XV. cap. 2. §. 2. sqq.* — Riccius, *zuverlässiger Entwurf von Stadtgesetzen*, Buch II. Hauptst. 1. u. 2. — v. Kreittmayr, *Anmerkungen zum Cod. Max. bav. civ. Th. I. Cap. 2. §. 13.*

6) In diesem weitern Sinn wird die Autonomie nach Majers Vorgang aufgefaßt von Thibaut, *System*, I. §. 22. 23. — Eichhorn, *Einleitung*, §. 25. u. A. In demselben Sinn wird es in der Preussischen *B. D.* vom 21. Jan. 1837. (G. S. Nr. 1.) eine *autonomische Dispositionsbefugniß der rheinischen Ritterschaft* genannt, daß es dem Familienvater frei stehen soll, die Erbfolge in seinen Nachlaß unter seinen Kindern ohne Rücksicht auf den Pflichttheil anzuordnen; f. *Lehre von den Erbvertr.*, II. 2. S. 59.

hältnisse geordnet werden. Denn wenn auch Abweichungen von dem vermittelnden Recht beliebt sind, so hat dieß keine andere Wirkung, als daß es eben in seiner Anwendung auf einen einzelnen Fall eine Modification erleidet. Ist nun der Gegensatz von Rechtsregel und Rechtsverhältnis, von Recht im objectiven und subjectiven Sinn, überhaupt ein nothwendiger, der zur Bewahrung sicherer Begriffe im Rechtswesen durchaus festgehalten werden muß, so stellt sich auch die Vermischung der Begriffe in dieser Anwendung als durchaus unzulässig dar⁷⁾. Die Autonomie ist daher, wie auch das Wort selbst schon andeutet, nur in dem Sinne zu nehmen, daß durch sie wirkliche Rechtsnormen begründet werden, wobei jedoch immerhin zuzugeben ist, daß es sich hier so gut, wie bei der Gesetzgebung nicht nothwendig und ausschließlich um die Erzeugung neuer Rechtsregeln handelt, sondern daß auch solche, welche schon früher bestanden, durch ihre ausdrückliche Anerkennung nur größere Festigkeit und Sicherheit erlangen können⁸⁾.

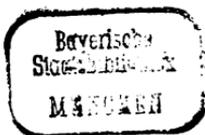
Die Autonomie ist also die gewissen Corporationen zustehende Befugniß, sich innerhalb des von ihnen beherrschten Kreises oder doch für ihre besonderen Angelegenheiten nach freiem Ermessen ihr eigenes Recht (Willkühren, Statute, Beliebung) zu setzen. Eine solche Satzung gilt dann nicht bloß für Diejenigen, welche sie unmittelbar zu Stande gebracht haben, nach den Regeln über die Verträge, sondern sie bindet die Gesamtheit als solche und daher alle einzelnen Mitglieder derselben, die künftig hinzugekommenen sowohl, wie die gegenwärtigen. Die Autonomie entspricht also in den engen Kreisen ihrer Wirksamkeit der Gesetzgebung des Staates⁹⁾; sie befaßt daher die

7) Es ist das Verdienst von Puchta (Gewohnheitsrecht, I. S. 158) den Begriff der Autonomie auf diese Weise wieder fest begrenzt zu haben.

8) Phillips, Grundsätze, I. §. 21.

9) Wilda a. a. D. S. 546. — Puchta, Cursus der Institutionen, I. S. 34., wo jedoch die Autonomie bloß auf Stadt- und Landgemeinden, ohne Rücksicht auf andere Corporationen, beschränkt wird.

Beseler, System I.



Rechtsbildung, welche auf dem Wege des Gewohnheitsrechts innerhalb der Corporationen vor sich geht (die Observanz) nicht in sich: diese hat wieder ihre selbständige Grundlage ¹⁰⁾.

§. 27.

Begründung und Umfang der Autonomie.

Ehe sich in Deutschland die Landeshoheit vollständig ausgebildet hatte, war bei der Lässigkeit der Reichsgesetzgebung die Autonomie der Corporationen die wichtigste Quelle des geschriebenen Rechts, und wenn man auch nicht behaupten kann, daß sie ein wesentliches Attribut derselben war ¹⁾, so ward sie von ihnen doch der Regel nach und im weitesten Sinne geübt. Dieß mußte sich aber nothwendig ändern, als mit der festeren Begründung einer selbständigen Territorialgewalt das Recht der Gesetzgebung zum wesentlichen Hoheitsrecht ward, welches sich über das ganze Land erstreckte, und daher auch die einzelnen Corporationen, die überhaupt immermehr einer staatlichen Bevormundung unterworfen wurden, erfaßte. Dazu kam seit der Reception des römischen Rechts die Ausbildung eines Systems des gemeinen Rechts, welches die wichtigsten Rechtsverhältnisse vollständig normirte, und da, wo es eine particuläre Abänderung erforderte, sie meistens eben von der Landesgesetzgebung erhielt. Unter diesen Umständen mußte es geschehen, daß die Autonomie auch derjenigen Corporationen, welche sich ursprüng-

10) Hierin hat auch Maurenbrecher gefehlt, bei dem sich sonst (Lehrbuch des deutschen Privatrechts, I. §. 71.) gute Bemerkungen über diese Lehre finden.

1) Das ergibt sich schon aus dem Umstande, daß so oft selbst den freigestellten Stadtgemeinden das Recht der Kühre (Willkühr) oder die Autonomie ausdrücklich erst eingeräumt ward; s. Meccius, vollständiger Entwurf, Buch I. Hauptst. 2. Buch II. Hauptst. 3. — Eichhorn, deutsche Staats- und Rechtsgesch., II. §. 259. Note d. — Doch ist damit nicht gesagt, daß die Autonomie von freien Corporationen nicht oft und sogar meistens ohne eine solche Verleihung ausgeübt ward; eine nachträgliche Bestätigung der angeordneten Statuten war jedenfalls nicht sehr gebräuchlich.

lich im Besitz derselben befunden hatten, entweder ganz aufgehoben oder doch immermehr beschränkt ward²⁾, und daß sie daher auch den Stadtgemeinden, welche die alten Corporationsrechte noch am Besten bewahrten, in dem früheren Sinn nicht mehr ohne Weiteres beigelegt werden darf³⁾. Es kommt dabei freilich sehr darauf an, wie man den Begriff der Autonomie seinem Umfange nach faßt, ob man jede, auch nur polizeiliche Anordnung darunter begreift, oder nur solche, welche sich auf dem reinen Rechtsgebiet bewegen und eine wahre, auf die Dauer berechnete Rechtserzeugung begründen.

Eine genauere Erörterung der Frage, welchen Corporationen die Autonomie zukommt und in welchem Umfange sie von ihnen geübt werden kann, setzt theils die Entwicklung der allgemeinen Lehre von den Corporationen voraus, welche erst später gegeben werden kann; theils gehört sie dem particulären Recht an, indem es zunächst darauf ankommt, mit welcher Consequenz das moderne Staatsprincip durchgeführt worden, und wie die nach deutscher Rechtsanschauung mögliche Selbständigkeit der Corporationen zu demselben sich verhalte und mit ihm in Einklang gebracht worden ist. Nur folgende allgemeine Bemerkungen mögen hier ihren Platz finden.

a. Die Autonomie setzt das Dasein der Corporation voraus, welcher sie zustehen soll. Wenn eine solche sich daher erst auf den Grund bestimmter Statuten constituiren will, und es dazu der Staatsgenehmigung bedarf, so sind auch die Statuten

2) Von den Reichsstädten, welche selbst die Landeshoheit und also das Recht der Gesetzgebung erwarben, ist hier natürlich nicht die Rede; in landsässigen Städten dagegen ist eine Autonomie, wie sie z. B. noch jetzt von Rostock, welches sich 1757 ein eigenes Stadtrecht gab, ausgeübt wird, eine seltene Erscheinung.

3) Dieß wird freilich behauptet von Leyscr, med. ad pand. I. Sp. VIII. med. 2. sqq.; s. aber J. H. Boehmer, Exerc. ad pand. I. Ex. XV. cap. 2. §. 6. ff. — Riccius a. a. O. Buch II. Hauptst. 2. — Müller ad Leyscerum, I. obs. 24—26. — Schnaubert, Beiträge zum deutschen Staats- und Kirchenrecht, I. Nr. V.

derselben unterworfen, so daß eine wesentliche Abänderung d. h. über solche Punkte, worauf sich die Staatsgenehmigung bestimmt bezieht, nicht einseitig von der Corporation ausgehen kann.

b. Statuten, in denen nicht bloß über die inneren Angelegenheiten der Corporation verfügt wird, sondern die auch Rechtsverhältnisse dritter Personen betreffen, können nicht ohne die Staatsgenehmigung ihre Gültigkeit erhalten, und zwar ist es in diesem Fall die gesetzgebende Gewalt, welche dabei concurriren muß⁴⁾.

c. Ebenso verhält es sich mit solchen Statuten, welche eine Abänderung des vom Staate sanctionirten Rechtszustandes bezwecken, und zwar nicht bloß in Beziehung auf diejenigen Rechtsinstitute, welche dem öffentlichen Recht angehören⁵⁾, sondern auch auf diejenigen, welche nur einen vermittelnden Charakter an sich tragen. Denn wenn von diesen auch für einzelne Rechtsverhältnisse eine Abweichung zulässig ist, so geht es doch über die Berechtigung der Corporation hinaus und greift in das Gebiet der Gesetzgebung über, die Regel als solche willkürlich zu ändern. Doch finden auch in dieser Hinsicht Ausnahmen statt; namentlich ist es den Familien des hohen Adels freigestellt, über ihre Güter und Familienverhältnisse autonomisch zu verfügen, und die allgemeinen Rechtsinstitute darnach abzuändern⁶⁾.

4) Abweichungen kommen freilich häufig vor, z. B. bei Stadtgemeinden in Beziehung auf polizeiliche Anordnungen; aber sie müssen doch speciell begründet sein.

5) S. schon den Landfr. König Albrechts von 1303. (Bei Pertz, L. L. II. p. 483.) §. 38. Von sazung machen. Wir wellen auch und gepieten vestiglich, das kein stat kein sazung mach oder mit kainen sachen, die dem reich schendlich sein in kainem seinem rechten oder irem herren des die stat ist. — Vgl. Augsburg. R. A. v. 1530. (Neue Sammlung der R. A. II. p. 315.) §. 63.

6) D. B. A. Art. 14. — — 2) Werden nach den Grundsätzen der früheren deutschen Verfassung die noch bestehenden Familienverträge aufrecht erhalten, und ihnen (den früher reichsständischen Familien) die Befugniß zu

d. Abgesehen von diesen Beschränkungen läßt sich die Regel aufstellen, daß die Corporation befugt ist, ihre inneren Angelegenheiten nach freiem Ermessen 'autonomisch' zu ordnen, und zu diesem Behuf Statute zu begründen. Es ist diese Befugniß einfach mit dem Begriff der Corporation als einer juristischen Person gesetzt, deren Willensbestimmung die Gesamtheit und also mittelbar auch die einzelnen Mitglieder derselben bindet. Wenn sich auch hier wieder, namentlich für die Gemeinden, Beschränkungen zeigen, so sind sie nicht dem reinen Rechtsgebiet entsprungen, sondern andern, namentlich politischen oder beziehungsweise polizeilichen Einwirkungen zuzuschreiben⁷⁾. Die gesetzgebende Gewalt wird aber nicht durch die Anerkennung einer solchen Autonomie beeinträchtigt, da Statute, wenn sie auch Gesetzeskraft (*legis vicem*) haben, noch keine eigentlichen Gesetze sind, und auch im modernen Staat nicht jede andere Rechtsbildung durch die Gesetzgebung ausgeschlossen ist. Daher ist es aber nicht richtig, Statute, denen die Staatsgenehmigung fehlt, bloß als Verträge zu beurtheilen (*statuta conventionalia* im Gegensatz der *statuta legalia*),⁸⁾ wenn letztere auch unter Umständen an die Stelle der Statuten treten können.

gesichert, über ihre Güter und Familienverhältnisse verbindliche Verfügungen zu treffen, welche jedoch dem Souverain 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 seyn." — Eine eigentliche Bestätigung der Familienverträge des hohen Adels ist an dieser Stelle nicht für nöthig erklärt worden, (vgl. Lehre von d. Erbvertr., II. 2. S. 67. ff.) während z. B. die Corporation einer landfässigen Ritterschaft ohne höhere Genehmigung kein besonderes Erbrecht für die in ihr enthaltenen Familien einführen darf.

7) Letzterer Art ist z. B. die Vorschrift des Reichs-Schlusses von 1731. §. 1., daß die Handwerks-Artikel der Zünfte, ohne Rücksicht auf ihren Inhalt, der landesherrlichen oder wenigstens der obrigkeitlichen Bestätigung bedürfen.

8) Diese sehr verbreitete Ansicht (s. Thibaut, System, I. §. 22. — v. Wächter, Handbuch des württ. Privatrechts, II. §. 11. — Reyscher, das württ. Privatr., I. §. 69. — Mittermaier, Grundsätze, I. §. 22.)

§. 28.

Von der Abfassung der Statuten.

Vermöge der Autonomie giebt sich eine Corporation ihr eigenes Recht; abgesehen von der etwa erforderlichen Staatsgenehmigung gehört also dazu ein gültiger Corporationsbeschluß. Darüber aber, wie dieser zu fassen ist, läßt sich keine allgemeine Regel aufstellen, da die Verschiedenheit der Corporationen und die abweichenden Einrichtungen selbst bei solchen, welche derselben Art angehören, sehr mannichfaltige Formen der Beschlußnahme hervorgerufen haben, und für eine so wichtige Angelegenheit, wie die Begründung der Statuten, noch oft besondere Anforderungen gemacht sind. Doch lassen sich zwei Hauptformen, in denen die Autonomie ausgeübt wird, unterscheiden.

a. Die Corporation wird auch in dieser Angelegenheit von bestimmten Personen oder Behörden vertreten, welche vermöge ihrer allgemeinen Stellung in der Gesamtheit befugt sind, für diese gültige Normen zu erlassen. So sind in den Familien des hohen Adels die meisten autonomischen Beliebungen durch einseitige Verfügungen des Familienhauptes eingeführt worden, — eine Art der Abfassung, welche auch jetzt durch den Fami-

ist besonders durch die Autorität von J. G. Böhmcr (Exerc. ad pand. I. Ex. XV. cp. II. §. 15.) gestützt worden. Sie beruht indessen auf dem, auch für die Lehre von dem Gewohnheitsrecht so folgereichen Irrthum, daß alles Recht — unmittelbar oder mittelbar — vom Staate ausgehe. Dieser Gedanke zieht sich durch Böhmers ganze Abhandlung hindurch; indessen hat er selbst gefühlt, daß dadurch eigentlich die Bedeutung der Statuten als einer selbständigen Rechtsquelle aufgehoben werde, und a. a. D. Note 6. selbst das Bedenken ausgesprochen, ob denn wirklich die Staatsgenehmigung absolut nothwendig sei; jedenfalls will er sie auch stillschweigend ertheilen lassen. Es verhält sich hiermit ähnlich, wie mit der Frage, ob für die Entstehung der Corporation selbst die Staatsgenehmigung nothwendig ist (s. Volksrecht und Juristenrecht S. 171. ff.); nur daß, auch wenn man dieß unbedingt annehmen wollte, sich die Ansicht doch damit vereinigen ließe, daß die einmal gültig entstandene Corporation mit einer gewissen Freiheit der Autonomie ausgestattet sein kann.

lienvertrag noch nicht ganz verdrängt worden ist ¹⁾. Aehnlich verhält es sich in den Städten, wo nicht die gemeine Bürgerschaft, sondern der Rath, regelmäßig in Verbindung mit den bürgerchaftlichen Collegien, das städtische Recht auch in dieser Beziehung auszuüben pflegt ²⁾. Bei einer solchen Einrichtung aber muß, nach Analogie der Gesetzgebung, eine Bekanntmachung der Statuten für die Bethelligten, mit der erst die Wirksamkeit derselben anfängt, für nöthig gehalten werden ³⁾.

b. Die Corporation als Gesamtheit, dargestellt in ihren sämtlichen vollberechtigten Mitgliedern, setzt sich ihre Statuten, wozu regelmäßig Plenarversammlungen angeordnet werden. Diese Art der Beschlußnahme findet sich namentlich im Familienvertrage des hohen Adels durchgeführt; ist aber auch sonst für Genossenschaften die gewöhnliche. Dort ist denn die Zustimmung aller selbständigen Agnaten in der Regel erforderlich ⁴⁾, während sonst die Majorität entscheidet, und zwar, wenn nichts anderes bestimmt ist, diejenige Majorität, welche überhaupt zum gültigen Corporationsbeschluß erforderlich ist. Die Idee des Vertrags tritt hier ganz zurück, indem die Stimme des Einzelnen nur insofern in Betracht kommt, als sie zur Hervorbringung der Majorität mitwirkt. Wollte man dagegen das Statut als Vertrag behandeln, wie es freilich oft genug geschieht ⁵⁾, so müßte man auch consequenter Weise zur Abfassung desselben Einstimmigkeit verlangen, und die Wirkung auf diejenigen,

1) Lehre von den Erbvertr. II. 2. §. 19. ff. 39. ff.

2) J. H. Boehmer, l. c. §. 11.

3) Riccius, zuverlässiger Entwurf, Buch II. Hauptst. 7.

4) Vgl. Lehre von den Erbvertr. a. a. D. §. 43.

5) S. oben §. 27. Note 8. und Puchta, Gewohnheitsrecht I. §. 156. ff. — Maurenbrecher I. §. 71. Note 2. — Von den autonomen Velebungen des ältern Rechts, welche sich in der Form von Verträgen zwischen den Dienst- und Lehnherrn und ihren Mannen darstellen, ist hier natürlich nicht die Rede.

welche den Vertrag geschlossen haben oder ihm später beigetreten sind, beschränken⁶⁾.

Mit dieser Verwechslung des Statuts mit einem Vertrage hängt es auch zusammen, wenn behauptet wird, es könne dasselbe auch stillschweigend abgefaßt werden, indem der Consensus nicht ausdrücklich erklärt sei, aber aus concludenten Handlungen unzweifelhaft hervorgehe⁷⁾. So allgemein gefaßt, ist diese Ansicht auf keine Weise zu billigen. Denn bei der Begründung eines Statuts handelt es sich um einen bestimmten Act der

6) Es scheint nicht, daß man sich bei der Darstellung der s. g. statuta conventionalia namentlich in Beziehung auf die Abfassung dieser Consensus bewußt zu sein pflegt. Uebrigens soll nicht in Abrede gestellt werden, daß die Mitglieder einer Corporation, soweit die Verfassung es zuläßt, sich auch vertragmäßig über ihre Angelegenheiten vereinbaren können; nur ist ein solches Abkommen kein Statut, und es bedarf für jeden später hinzugetretenen Genossen der ausdrücklichen oder stillschweigenden Zustimmung, um ihn zu binden. Gerade dieser Umstand zeigt aber recht deutlich, daß wahre Statuten nicht als Verträge beurtheilt werden dürfen, denn abgesehen davon, daß die von einer Behörde, einem Familienhaupt getroffene Satzung nach dieser Auffassung nie bindend sein könnte, so würde sie auch da nicht durchzuführen sein, wo der Zutritt zu der Corporation ohne specielle Ausnahme geschieht, z. B. bei der hochadlichen Familiengenossenschaft, und jedes neue Mitglied doch sofort dem Statut unterworfen ist.

7) Eichhorn, Kirchenrecht, II. S. 39. ff. — Puchta, Gewohnheitsrecht, II. S. 209. — v. Savigny, System, I. S. 99. — Eichhorn a. a. O. S. 39. Note 12. beruft sich besonders auf cap. 22. X. de praebendis (3, 5.), aber diese Stelle scheint mir gar nicht hierher zu gehören. Sie enthält nämlich nur die Entscheidung des Papstes, daß ein Capitel sich auf ein Statut, von dessen Beobachtung es sich selbst in einigen Fällen dispensirt hat (es betraf zunächst die geschlossene Zahl der Capitularen), gegen eine päpstliche Anordnung ebensowenig berufen kann. Es ist daher mehr von einem Verzicht auf ein statutarisches Vorrecht, als von der Begründung eines neuen Statuts die Rede. Doch will ich nicht behaupten, daß das canonische Recht die Grenze zwischen dem Statut und dem Gewohnheitsrecht (der Observanz) immer streng unterschieden hat, wie dieß auch den ältern Juristen nicht gelungen ist; z. B. J. H. Böhmcr, jus eocl. protest. I. tit. IV. §. 13., faßt die Observanz als ein pactum tacitum auf, die ja nach dem Obigen ebenfalls ein Statut soll begründen können. Aber um so dringender ist die Aufforderung, unser heutiges Recht vor dieser Begriffsverwirrung zu bewahren. Vgl. unten §. 33. Note 4.

Rechtserzeugung, und ein solcher ist nur dann anzunehmen, wenn der Wille ausdrücklich darauf gerichtet worden ist; andere Handlungen der Corporation, welche ohne diese bestimmte Richtung eine Beziehung auf eine Rechtsregel haben, sind nur als Momente für die Ausbildung eines Gewohnheitsrechts zu betrachten. Es läßt sich aber nicht wohl absehen, warum eine Corporation, welche sich ein Statut machen will, dieß nicht ausdrücklich aussprechen sollte, statt ihre Absicht unter einer andern Handlung zu verdecken. Jedenfalls müßte es aber eine solche Handlung sein, welche in gehörig abgehaltener Versammlung vorgenommen würde, und zwar so, daß bei den einzelnen Theilnehmern die Absicht, auf solche Weise ein Statut zu machen, sicher angenommen werden dürfte. Aber auch unter diesen Voraussetzungen könnte ein solches stillschweigendes Statut doch nur dann zu Stande kommen, wenn für die Abfassung nicht eine bestimmte Form vorgeschrieben wäre; denn ist dieses der Fall, z. B. Einholung der Staatsgenehmigung oder Bekanntmachung für die Betheiligten, so kann von einer solchen Ausübung der Autonomie begreiflich nicht die Rede sein.

II. Das ungeschriebene Recht.

§. 29.

Begriffsbestimmung im Allgemeinen.

Unter dem ungeschriebenen Recht sind diejenigen Rechtsregeln zu verstehen, welche sich, ohne durch einen bestimmten Act der Gesetzgebung oder als gewillführtes Recht der Corporationen begründet zu sein, allein durch die Macht der Verhältnisse ausbilden und zu einer bindenden Autorität gelangen: Es ist dieß die ursprüngliche, naive Rechtserzeugung, durch welche noch vor der Begründung eines durchgebildeten Staatswesens das Volk als Naturganzes die seinen Anlagen und Bedürfnissen entsprechenden Normen hervorbringt, ähnlich wie es sich seine Sprache und eine bestimmt ausgeprägte nationale

Religion schafft. Aber der Staat, wie sehr er auch die menschlichen Dinge durchdringen und beherrschen mag, zieht nicht nothwendig die ganze rechtszeugende Kraft des Volkes an sich, und vertritt dieses nicht ausschließlich durch die für die Gesetzgebung bestimmten Organe; auch in der vom Staat zum politischen Volk erhobenen Nation bleibt doch die ursprüngliche, natürliche Substanz, so daß sie sich zur Rechtsbildung immer noch unmittelbar schöpferisch verhalten kann, wenn nicht die Gesetzgebung in ausschließlicher Geltung den ganzen Rechtsstoff systematisch umspannt, und nur zu dessen legislativer Fortbildung durch die neu sich bildenden Bedürfnisse des Volkslebens angetrieben wird. Es kann also neben dem Gesetzesrecht noch ein Volksrecht geben.

Aber das Volk wird in der ursprünglich geübten Herrschaft über das Rechtswesen nicht bloß durch die vermöge der Staatsordnung constituirte Gewalt beschränkt; auch in ihm selber tritt nach dem allgemeinen Gesetz der socialen Entwicklung eine Theilung der Arbeit hinsichtlich der Beschäftigung mit dem Recht ein, welche zu der Bildung eines eigenen Berufsstandes der Juristen führt. Insofern dieser nun einen solchen Einfluß gewinnt, daß er eine von dem Volksbewußtsein unabhängige Rechtsüberzeugung sich zu bilden, und dieselbe auch äußerlich in der Anwendung zu realisiren vermag, so tritt neben dem Volksrecht ein eigenes Juristenrecht auf. Dasselbe wird denn nach dem naturgemäßen Entwicklungsgange als eine Fortführung und Ergänzung des Volksrechts zu betrachten sein, da ja die Juristen, ihrem Volke angehörig und nur durch besondere Rechtskenntniß und Erfahrung ausgezeichnet, das Recht im nationalen Sinn auffassen und fortbilden müssen. Allein es können doch, wie die Geschichte und namentlich die deutsche es bezeugt, auch die Juristen so gut wie die selbständig constituirte gesetzgebende Gewalt, auf Abwege gerathen und von dem Geiste ihrer Nation abgefallen oder doch von ihm nicht ganz erfüllt, eine unvollsthümliche Rechtsbildung begrün-

den. Diese aber wird nur durch die lange Dauer der Uebung den Charakter eines positiven Rechts gewinnen können, wie überhaupt das Herkommen, der inveterirte Gebrauch es vermag, Rechtsregeln zu begründen, welche nicht auf der breiten Basis der Volkssitte und des Volksbewußtseins entsprungen sind, sondern ursprünglich nur zufällig entstanden und ohne bindende Kraft, allein durch die lange Dauer gleichmäßig wiederholter Anwendung zu einem Bestandtheil des positiven Rechts erhoben werden. Das Volksrecht ist freilich keine bloße Rechtsansicht des Volkes, setzt neben dem Rechtsbewußtsein eine Uebung als Recht voraus, wie es auch schon von der dem Juristenrecht zum Grunde liegenden Rechtsüberzeugung bemerkt worden, und wenn man jede Uebung, durch welche eine Rechtsansicht zum Recht wird, Gewohnheit nennen will, so ist unter dem Gewohnheitsrecht das gesammte ungeschriebene Recht zu verstehen, so daß Volksrecht und Juristenrecht nur als besondere Arten desselben erscheinen ¹⁾. Freilich wird die nähere Betrachtung zeigen, daß eben die Art der Uebung eine sehr verschiedene sein kann, und daß die lange Dauer, an die man doch zunächst bei der Gewohnheit (*consuetudo, longaevus usus*) zu denken hat, kein wesentliches Erforderniß derselben, als Moment der Rechtsbildung betrachtet, ausmacht. Indessen soll hier der gewöhnliche Sprachgebrauch, der die Gewohnheit als Uebung oder Beobachtung des Rechts als solchen auffaßt, beibehalten werden ²⁾. Diese nun kann bei keinem Theile des ungeschrie-

1) Puchta, Gewohnheitsrecht, II. S. 22.

2) Es hat zu Mißverständnissen Veranlassung gegeben, daß ich (Volksrecht und Juristenrecht S. 77—80.) das Gewohnheitsrecht im engeren Sinn als das nur durch den langen Gebrauch entstandene Recht, die Gewohnheit also gleichbedeutend mit dem Herkommen genommen habe, wodurch denn einerseits die principielle Unterscheidung desselben vom Volksrecht und andererseits die besondere Beziehung zum Juristenrecht (a. a. D. S. 79. 88.) hervorgerufen ward. Da mir an der Terminologie nicht viel liegt, so lasse ich jetzt diese Bezeichnung fallen, und nehme das Gewohnheitsrecht in dem gewöhnlichen weiteren Sinn für ungeschriebenes

benen Rechts entbehrt werden; sie ist nicht bloß ein Kennzeichen desselben, sondern neben dem Rechtsbewußtsein wesentliches Erforderniß für seine Begründung 3).

A. Das Volksrecht.

§. 30.

Begriff und Erfordernisse.

Das Volksrecht ist das von dem Volke unmittelbar erzeugte Recht. Seine nähere Beschaffenheit aber ergiebt sich aus den Erfordernissen, welche im Allgemeinen die des ungeschriebenen Rechts, zu dem es gehört, sein müssen. Es ist also nur anzugeben, wie diese gemeinschaftlichen Erfordernisse — Rechtsbewußtsein und Uebung — sich in ihrer besonderen Beziehung zum Volksrecht verhalten. Zu diesem Behuf ist auf die oben §. 5. gegebene Ausführung über die Rechtsverhältnisse Bezug zu nehmen. Darunter wurden nämlich nicht bloß die vereinzeltten Rechtsfälle und Geschäfte verstanden, welche Gegenstand eines Rechtsstreits werden können, sondern der In-

Recht überhaupt. Dasselbe zerfällt denn in Volksrecht, welches im Volke selbst erzeugt ist, mit Einschluß des Herkommens, und Juristenrecht, welches vom Juristenstande begründet worden. Die von mir a. a. O. gegebene Begriffsbestimmung halte ich also durchaus fest; sie ist nach meiner Ueberzeugung auch für das jetzt geltende positive Recht unentbehrlich, und nicht bloß von politischer Bedeutung.

3) Die von Stahl, Rechts- und Staatslehre, I. S. 191. gerügte s. g. spiritualistische Auffassung des Gewohnheitsrechts, welche die Gewohnheit nur als Kennzeichen der Rechtsregel auffaßt, hat auch sogleich sehr verschiedene Gegner gefunden; s. Mühlenbruch, doctr. pand., I. §. 38. — Kierulff, Theorie, I. S. 8. — v. Wächter, Handbuch des württ. Privatr., II. S. 33. — Die Ansicht, das Gewohnheitsrecht entstehe durch Autonomie (Weiß, Einleitung in das deutsche Privatr. §. 33. — Eichhorn, Einleitung, §. 26. — Heyser, württ. Privatr., I. §. 65.) erklärt, wenn man diesen schwankenden Begriff auch im weitesten Sinn nehmen will, nur die Möglichkeit der Entstehung, weist aber diese nicht selbst nach; auch ist dabei bloß auf eigentliche Volksgewohnheiten Bezug genommen.

begriff thatsächlicher Beziehungen und Einrichtungen, welche ihrem Wesen nach in gleichartiger Beschaffenheit ausgebildet, die Grundlage der zum Rechtsinstitut zusammengeschlossenen Rechtsregeln ausmachen. Der Begriff des Rechtsverhältnisses setzt es also voraus, daß es schon vom Recht erfaßt und durchdrungen ist; bis das geschehen, stellt es sich als ein erst rechtlich zu normirendes Lebensverhältniß heraus. Nun hat zwar auch dieses schon den Drang in sich, auf eine seiner Natur und seinem Zweck entsprechende Weise nach einem bestimmten Triebe sich auszubilden und zu realisiren; aber damit ist es noch nicht auf das Rechtsgebiet hinüber geführt. Es bedarf vielmehr zu diesem Behuf noch eines neuen Momentes, welches als Rechtsquelle wirksam, an das Lebensverhältniß herantritt und es zum Rechtsverhältniß macht, indem es das ihm einwohnende Princip zum Rechtsprincip erhebt. Das geschieht nun von dem Gesetzgeber durch seine äußere Autorität, womit die Wirksamkeit der Autonomie zu vergleichen, — vom Volke aber durch die in einem bestimmten Sinn vorgenommene Uebung. Das ist nun so zu denken, daß das Volk, indem es sich einem Lebensverhältniß hingiebt und sich dabei betheiligt, von dem Bewußtsein erfüllt ist, nicht bloß nach Willkühr oder einem Gebot der Sittlichkeit folgend zu handeln; sondern daß es sich eben mit seiner Handlung auf dem Rechtsgebiet fühlt, und zwar einem bestimmten Rechtsprincip unterworfen. Das Rechtsprincip wird aber nicht frei und mit Ueberlegung geschaffen; es ruht vielmehr schon in den Verhältnissen, mit deren Anschauung es als eine nothwendige Folge in das Bewußtsein des Volkes übertritt und von ihm nun als Recht geübt wird ¹⁾.

1) Diese Uebung des Rechtsfases als solchen (die s. g. *opinio necessitatis*) darf für das Volkerecht nur als das zum Rechtsbewußtsein erstarrte Rechtsgefühl genommen werden, nicht aber, wie Buchta (*Gewohnheitsrecht*, II. S. 33.) es faßt, als Rechtsüberzeugung; denn das setzt eine durch Reflexion erworbene Sicherheit des Wissens voraus, wie sie hier, wo die unmittelbare Rechtsanschauung vorherrscht, nicht anzunehmen

Wie lange aber diese Uebung d. h. die Beobachtung der Regel als Recht dauern muß, damit ein Recht daraus entstehe, das ist freilich nicht so bestimmt zu sagen. Die ältere Ansicht von dem nothwendigen Ablauf der Verjährungszeit ist freilich gegenwärtig mit Recht aufgegeben²⁾; aber indem man das Gewohnheitsrecht nicht als in den Lebensverhältnissen ruhend, sondern nur als in einzelnen Handlungen sich offenbarend zu fassen wußte, war man gezwungen, im Allgemeinen eine lange Dauer der Uebung durch eine Reihe successive sich wiederholender Handlungen für nothwendig zu erklären, wenn auch ein inveterirter Brauch als Herkommen nicht eben erforderlich schien³⁾. Insofern nun auch regelmäßig eine gewisse Zeit dahin gehen wird, bevor sich die in den Lebensverhältnissen wirkende Sitte zum Rechte ausbildet, kann dieß im Allgemeinen als richtig anerkannt werden. Es ist jedoch nicht zu übersehen, daß es hier nicht bloß auf die Dauer der Uebung ankommt; auch die schnell sich wiederholende, oft gleichzeitige Uebung, also die Häufigkeit der Handlungen kann bei einer besonders energi-

ist, während sie beim Juristenrecht unerläßlich. Ebenso wenig darf man mit Thibaut (System I. §. 17.) von einer absichtlichen Befolgung der Rechtsregel sprechen. Vgl. v. Savigny, System, I. S. 174. — Stahl, Rechts- und Staatslehre, I. S. 188. ff.

2) Ueber c. 11. X. de consuet. (I, 4) c. 3. eodem. in Sto (I, 4.) und die sich daran knüpfenden Controversen s. Buchta a. a. D. II. S. 97. ff. — Kierulff a. a. D. S. 11. Note*. — Nach sächsischem Gerichtsgebrauch wird für die Begründung des nicht in den Landesgesetzen anerkannten Gewohnheitsrechts der Ablauf der sächsischen Verjährungsfrist von 31 Jahren 6 Wochen und 3 Tagen gefordert, und wenn sie derogirender Art sind, gerichtliche Handlungen; s. Haubold, Lehrbuch des Königl. sächs. Privatrechts §. 37.

3) Bei Buchta freilich, dem die Uebung nur ein Kennzeichen des Rechts ist, erscheint die lange Dauer derselben nicht mehr als wesentliches Erforderniß, obgleich er die Gewohnheit nur in einzelnen Handlungen zu erfassen weiß; s. a. a. D. S. 79—105. — Ähnlich Thibaut, der auch schon die Uebung nur als Aeußerung der gemeinen Meinung (consensus utentium) in Anschlag bringt, und das Herkommen nicht für wesentlich hält; s. System I. §. 19. und dazu die Dictaten bei Braun S. 31.

sehen Entfaltung der zur Rechtsbildung nothwendigen Momente an sich vereinzelt Erscheinungen und Geschäfte zu einem organisch verbundenen Complex, zu einem Rechtsverhältniß zusammendrängen, in welchem sich das zum Rechtsprincip condensirte Rechtsbewußtsein des Volkes erkennbar abspiegelt. Besonders der Verkehr in seiner beweglichen Natur bringt häufige Beispiele einer solchen beschleunigten Rechtsbildung hervor; aber auch bei einer neuen Gestaltung der agrarischen Verhältnisse kann sie eintreten; sie hat in neuerer Zeit in Deutschland dem wieder wach gewordenen Associationsgeiste die ihm gemäßen Einrichtungen gegeben u. s. w. Möglich aber ist es natürlich, und wird sogar der gewöhnliche Fall sein, daß auch die Rechtsverhältnisse und die sie beherrschenden Rechtsprincipien von Alters her bestanden, und daher auch die durch lange Dauer befestigte Uebung für sich haben. Ein Beispiel liefert das Mundium des Chemannes bei der ehelichen Gütergemeinschaft⁴⁾.

In dem Rechtsbewußtsein und der Uebung des Rechtssages oder der Gewohnheit sind die allgemeinen Erfordernisse für die Gültigkeit des Volkrechts enthalten; die sonst noch aufgestellten Bedingungen betreffen entweder die einzelnen Hand-

4) Reinh. Schmidt (s. Schneider's kritische Jahrbücher 1844. Mai S. 385-420.) hat es richtig erkannt, daß der von mir aufgestellte Begriff des Volkrechts in den Rechtsverhältnissen seinen Schwerpunkt hat; aber er will es doch, bevor das Herkommen hinzutreten, nicht als Recht gelten lassen, indem er der älteren Ansicht, namentlich auch über die stillschweigende Sanction des Gewohnheitsrechts durch den Gesetzgeber, huldigt; s. a. a. D. S. 399. 406. — Falk dagegen in dem Archiv für Geschichte u. s. w. der Herzogthümer Schleswig, Holstein und Lauenburg. 4. Jahrg. 2. Heft, S. 213-48. statuirt ein Volkrecht auch ohne Herkommen, indem er es als die natürlichen Folgerungen aus Rechtsverhältnissen bezeichnet. Stahl endlich (a. a. D. S. 191. Note*) verlangt für die dem Gewohnheitsrecht wesentliche Uebung eine gewisse Dauer, womit ich einverstanden bin; s. Volkrecht und Juristenrecht S. 80. und Erster Nachtrag S. 21. Die S. 211. ff. gegen meine Ansicht geführte Polemik erklärt sich daher wohl zum guten Theil aus dem Mißverständniß, als ob ich früher unter Gewohnheit etwas anderes als das Herkommen verstanden habe.

lungen, in denen die Rechtsregel sich offenbart⁵⁾, oder beziehen sich auf die Beschaffenheit der letzteren⁶⁾ — berühren aber das Wesentliche der Lehre nicht.

Nach dieser Erörterung über die Natur des Volksrechts wird es angemessen sein, dasselbe mit einem andern verwandten Begriff zusammen zu halten, und es durch die Vergleichung beider noch bestimmter zu charakterisiren. Es ist nämlich oben (§. 14.) gezeigt worden, daß die s. g. Natur der Sache in ihrem engern technischen Sinne, wie sie besonders seit R u n d e für die juri-

5) Hierher gehört namentlich die von Manchen irrthümlich geforderte Publicität und Gerichtlichkeit der Handlungen, worüber zu vergleichen Buchta a. a. D. II. S. 34—49.

6) Ueber den, dem römischen Recht (L. 39. D. de leg. I. 3.) entlehnten Satz, daß ein Gewohnheitsrecht nicht aus Irrthum eingeführt sein dürfe, vgl. Buchta a. a. D. S. 62—79., wo treffend bemerkt wird, daß bei nationalen Ansichten, bei einem eigentlichen Volksbewußtsein von einem Irrthum nicht die Rede sein kann. — Die Rationabilität, welche man nach Äußerungen des canonischen Rechts als Erforderniß des Gewohnheitsrechts aufstellt, wird jetzt allgemein so verstanden, daß bei der Beurtheilung des Rechtsfalles auf ein subjectives Meinen, auf eine Berücksichtigung der Zweckmäßigkeit kein Gewicht gelegt wird. Einige nehmen dann weiter an, in der Rationabilität liege eben nur die negative Bedingung, das Gewohnheitsrecht dürfe nicht den höheren Ansprüchen der Religion, des Staates und der Nationalsitte widersprechen (Buchta a. a. D. S. 49—61. Kierulff, Theorie, I. S. 13. Note**); während Andere sie auf den Beweis des Gewohnheitsrechts beziehen, indem sie dafür nur solche Gewohnheiten für geeignet halten, aus denen sich eine dem Rechtsverhältniß entsprechende Rechtsregel ableiten läßt (Gichhorn, Einleitung, §. 26. Note f.). Damit stimmt v. Savigny, System, I. S. 176. ff. insoweit überein, als er Irrthum und Unvernünftigkeit bloß als Eigenschaften des Handelns auffaßt, wodurch es unfähig wird, zur Anerkennung eines Gewohnheitsrechts mitzuwirken. Auch macht v. Savigny mit Recht darauf aufmerksam, daß die Reichsgesetze einzelne unvernünftige Gewohnheiten ausdrücklich aufgehoben, ihre Gültigkeit bis dahin also vorausgesetzt haben; s. Freiburger R. A. v. 1498. §. 37. (Neue Sammlung, II. p. 46.) — Edict des Reichsregiments v. 1521. (a. a. D. p. 211.) — P. G. D. Art. 218.

stische Methode fruchtbar gemacht worden, nichts anders ist, als das die Rechtsverhältnisse naturgemäß beherrschende Princip. Es ward aber noch die Beantwortung der Frage, welche Bedeutung denn diese Lehre für die Rechtsbildung und Rechtsentwicklung habe, vorläufig ausgesetzt. Hier nun ist der Ort dafür. Jene Natur der Sache nämlich fällt ihrem stofflichen Inhalte nach mit dem Volkrecht, wie es sich besonders für das Privatrecht wirksam zeigt, zusammen; aber es wird dabei keine Rücksicht genommen auf das Rechtsbewußtsein des Handelnden, in den Rechtsverhältnissen sich bethätigenden Volkes, welches eben, indem es in den thatsächlichen Beziehungen und Einrichtungen sein Bedürfniß befriedigt, den in den Lebensverhältnissen ruhenden Trieb ihrer Natur entsprechend zum bestimmten Rechtsprincip ausbildet. Die Natur der Sache ist an sich noch keine Rechtsquelle, sondern nur die thatsächliche Voraussetzung derselben. Erst die durch das Rechtsbewußtsein des Volkes vollzogene Vermittlung, welche sich in der Uebung des Rechtsfages ausspricht, begründet die Rechtszeugung und schafft die Natur der Sache zum Volkrecht um.

Diesen Begriff in seiner geschichtlichen Bedeutung erkannt und gewürdigt zu haben, ist das Verdienst der historischen Schule, welche ihn nur wieder für die Gegenwart verdeckte, indem sie, wenigstens für das gemeine Recht, an seine Stelle den des Juristenrechts setzte⁷⁾. Aber auch dem Rechtsleben der Gegenwart ist das Volkrecht in seiner eigenthümlichen Bedeutung zu vindiciren, und die Aufgabe einer freien Jurisprudenz, es zu erfassen und wissenschaftlich zu ergründen⁸⁾.

7) S. Puchta a. a. D. II. S. 150. — v. Savigny, System, I. S. 193; vgl. Volkrecht und Juristenrecht, S. 78.

8) In diesem Versuch bin ich, wie ich erst später gesehen, nicht ohne Vorgänger gewesen; wenigstens finde ich eine bestimmte Andeutung davon bei Sommer im Archiv für civ. Praxis III. S. 314—24, und Bethmann-Hollweg, Grundriß zu Vorlesungen über den gemeinen Civilproceß, (Berlin 1821.) S. XXXIII.

§. 31.

Erkenntnisquellen und Methode des Volksrechts.

Der Richter soll das Recht kennen — *jura novit curia* — und wenn er es nicht kennt, soll er es selbständig zu erfunden suchen. Daß diese Regel von der früheren Jurisprudenz für das Gewohnheitsrecht nicht zur Anwendung gebracht ward; daß man vielmehr die praktische Wirksamkeit desselben von dem zufälligen Erfolg der civilproceßmäßigen Beweisführung der Parteien abhängen ließ, — das hat auf die ganze Lehre einen unheilvollen Einfluß ausgeübt, und die legitime Autorität des einheimischen Volksrechts lange Zeit verkümmert. Jene Regel auch für das Gewohnheitsrecht zur Anerkennung und Geltung gebracht zu haben ¹⁾, ist das Hauptverdienst, welches sich Puchta in seiner dieser Lehre gewidmeten Schrift um das deutsche Rechtswesen erworben hat. — Daß auch die Erfundung des Volksrechts unter diesem Gesichtspunkte zu betrachten ist, bedarf keiner besonderen Darlegung; es ist daher in der folgenden Erörterung nur aus einander zu setzen, wie das allgemeine Princip hier seine bestimmtere Anwendung findet.

a. Das Volksrecht, wie es vom Rechtsbewußtsein des Volkes getragen wird, offenbart sich nicht bloß in einzelnen Handlungen und Geschäften; sondern es ist in den Rechtsverhältnissen enthalten und verwirklicht. Es kann daher nur von Demjenigen vollkommen, d. h. seinem ganzen Umfange und seinem innern Zusammenhange nach gewußt werden, der eine klare

1) Ganz ist sie freilich nie aufgegeben worden; s. Puchta a. a. D. II. S. 138. ff. Das ist auch in der Ansicht ausgesprochen, daß notorische Gewohnheiten, d. h. solche, die zur eigenen Wahrnehmung des Gerichts gekommen, keines Beweises bedürfen; s. Glück, Pandectencommentar, I. S. 464. — Thibaut, System, I. §. 20. — Eichhorn, Einleitung, §. 26. Note b. — Kierulff, Theorie, I. S. 15. — Hierauf ist von Puchta (a. a. D. S. 160—65.) nicht die gehörige Rücksicht genommen, indem er dabei nur ein Gewicht auf die Kenntniß der Thatfachen legt, aus denen auf das Gewohnheitsrecht geschlossen wird.

Anschauung derjenigen thatsächlichen Beziehungen des Rechtslebens hat, in welchen es begründet ist und sich praktisch offenbart. Im Volke selbst ist das Volksrecht unmittelbar lebendig. Wenn nun der Jurist sich nicht schon vermöge der allgemeinen Natur der Institute, die jeden Staatsbürger erfassen, oder durch eine besonders günstige Lebensstellung in Stand gesetzt findet, aus eigener Anschauung und Erfahrung eine unmittelbare Kenntniß des Volksrechts zu erlangen, so ist es seine Aufgabe, dasselbe auf dem Wege der Forschung und Beobachtung mit allen Mitteln der Wissenschaft, die ihm zu Gebote stehen, zu erkunden²⁾. Dabei sieht er sich denn natürlich vor Allem auf die unmittelbare Beobachtung des Rechtslebens im Volke hingewiesen, indem er diejenigen Verhältnisse, um deren Normirung es sich zunächst handelt, im Sinne der Betheiligten unbefangen aufzufassen hat, um ihnen das in ihnen ausgebildete Rechtsprincip abzugewinnen. Es stehen ihm aber, damit er seinen Zweck erreiche, manche, auch von der älteren Theorie schon benutzte Hülfsmittel zu Gebot. So können die s. g. Rechts-sprichwörter für die Erkundung des Volksrechts einen Anhalt gewähren³⁾; es findet sich ferner häufig Veranlassung, durch

2) S. Volksrecht und Juristenrecht, S. 109—23.

3) Den Rechtsprüchwörtern oder Parömien legt man oft einen zu großen Werth bei, wie es z. B. von Runde in dem deutschen ehelichen Güterrecht geschehen ist. Es giebt wenige Parömien, welche einen ganz sicheren Schluß auf eine Rechtsregel gestatten, auch wenn sie irgendwo bestimmt vorkommen. Gewöhnlich bieten sie nur eine Veranlassung dar, nach der in ihnen ausgesprochenen Regel weiter zu forschen, und erstrecken sich selten über den Kreis des Lokalsrechts hinaus. — Vgl. im Allgemeinen J. H. Boehmer, exercit. ad pand. I. Ex. XVII. §. 2. — Puchta, Gewöhnheitsrecht, II. S. 148—151. — Meyser, in der Zeitschrift für deutsches Recht, V. S. 189—210. — Ein großes historisches Material für diese Lehre findet sich bei J. Grimm, deutsche Rechtsalterthümer, Göttingen 1828. Von den Sammlungen für das noch geltende Recht ist hervorzuheben die von J. F. Eisenhart (Grundsätze der deutschen Rechte in Sprichwörtern. Dritte Ausg., besorgt von Otto, Leipzig 1823.); doch auch diese ist un-kritisch und die Erläuterungen sind fast durchweg ohne Werth.

die Vernehmung kundiger und sachverständiger Zeugen, durch obrigkeitliche Atteste und glaubwürdige Aufzeichnungen das Dasein eines Rechtsprincips, welches sich nur in den Lebensverhältnissen bethätigt, fest zu stellen ⁴⁾. Es kommt dabei eben Alles darauf an, daß der Jurist und namentlich der Richter sich die Ueberzeugung von der Geltung des Rechtsfages und die volle Kenntniß desselben verschaffe; doch ist es zu diesem Behuf durchaus nicht nothwendig, daß einzelne Thatfachen, in denen die Regel sich offenbart hat und aus denen sie mit Sicherheit abzuleiten ist, dem Richter vorgelegt werden. Dies ist vielmehr nur ein Mittel und nicht einmal für gewöhnlich ganz ausreichend. Denn theils genügen solche vereinzelt Thatfachen, deren Vorkommen speciell nachgewiesen ist, selten, um aus ihnen die Anschauung eines ganzen, organisch verbundenen Rechtsverhältnisses zu gewinnen; theils beschränkt sich das Recht, welches in ihnen ausgesprochen ist, regelmäßig auf einen einzelnen Rechtsfag, der, für sich betrachtet, zusammenhangslos und oft unverständlich erscheint, oder doch leicht mißverstanden werden kann. Es kommt aber hier, wie überhaupt in der Jurisprudenz darauf an, ein Rechtsprincip zu gewinnen, welches als leitender Gedanke das Rechtsinstitut beherrscht, und dem die einzelnen Regeln entwachsen. Ein solches Princip aber läßt sich nicht aus ganz isolirten Erscheinungen des praktischen Lebens mit Sicherheit entnehmen; dazu bedarf es der vollen Anschauung und der umfassenden Kunde der thatsächlichen Verhältnisse, in deren Handhabung sich das Rechtsbewußtsein des Volkes geltend macht ⁵⁾ und durch welche die nicht genug zu empfehlende analytische Methode der Rechts-

4) Puchta a. a. O. S. 122—48.

5) Man nehme z. B. nur den Fall, daß das für die Abschtung der Kinder geltende Princip aus einzelnen Fällen der Anwendung, ohne daß das ganze Rechtsverhältniß der Gütergemeinschaft und speciell der Vere zur vollen Anschauung gebracht wird, abgeleitet werden soll.

entwicklung, — die größte Stärke der römischen Juristen — überhaupt erst möglich wird ⁶⁾).

b. Das Volkrecht ist nicht immer so vollständig und ungetrübt in den Rechtsverhältnissen ausgeprägt und im Rechtsbewußtsein des Volkes enthalten, daß man sich desselben auf dem Wege der praktischen Lebenserfahrung und der Beobachtung bemächtigen kann. Besonders bei den älteren Rechtsinstituten, welche schon eine Geschichte haben und namentlich von der Revolution, welche durch die Aufnahme des römischen Rechts im deutschen Rechtswesen hervorgerufen ward, erfaßt sind, ohne ihrer Selbständigkeit ganz beraubt worden zu sein, bedarf es, um zur vollständigen Kenntniß und Einsicht zu gelangen, der historischen Forschung. Diese ist denn aber, soweit es irgend möglich, mit der unmittelbaren Betrachtung der gegenwärtigen Rechtszustände, die den Ausgangspunkt der Geschichte bilden, zu vereinen, und zwar so, daß auch die Particular- und Statutarrechte, insofern sie in ihren Kreisen Zeugniß von dem vorhandenen Volkrecht ablegen, zum Gegenstand der Untersuchung gemacht werden ⁷⁾. Die historische Forschung aber hier ausschließlicly gelten zu lassen, ist einseitig ⁸⁾; denn wenn

6) Vgl. Reinh. Schmidt in Schneider's Krit. Jahrbüchern, 1844, Mai. S. 417. — v. Buttler, über die Geltung des römischen Rechts, (Oldenburg 1846.) S. 42. ff. — Will man dann noch für das durch die analytische Methode selbständig gefundene Resultat mit Kriß, Sammlung von Rechtsfällen, IV. S. 187. ff. die Probe an der juristischen Arithmetik der Römer machen, so erscheint das unverfänglich, vorausgesetzt, daß man sich dadurch nicht verleiten läßt, unvermerkt römische Rechtsverhältnisse und also auch Rechtsinstitute den deutschen zu substituiren.

7) Volkrecht und Juristenrecht, S. 126—39.

8) Wie Eichhorn es thut, Einleitung, §. 39; vgl. oben §. 13. — Wenn übrigens Eichhorn hier das gemeine deutsche Privatrecht als ein Gewohnheitsrecht bezeichnet, das auf dem Wege der historischen Forschung zu erkunden ist, und a. a. O. §. 26. für jenes den Beweis nach den Grundsätzen des fremden Rechts verlangt (worunter die ältere Theorie über diese Lehre verstanden zu sein scheint), so läßt sich das nicht wohl vereinigen. Es erklärt sich diese Ansicht aber, wie oben §. 13. gezeigt worden, daraus,

die Gegenwart uns den genügenden Rechtsstoff in lebendiger Fülle bietet, so kann der Rückgriff auf die Vergangenheit nicht für nothwendig gehalten werden, um ihn Behufs der praktischen Rechtskunde erst zusammen zu tragen. Die Empirie steht der historischen Forschung gleichberechtigt zur Seite.

c. Wenn der Richter auch das Volksrecht kennen soll, so wird dieß bei unserer jetzigen Gerichtsverfassung doch häufig nicht der Fall sein, und ihm auch schwer werden, es selbständig zu erkunden. Deswegen ist es den Parteien frei zu stellen, ihm dabei zu Hülfe zu kommen, sowohl durch Allegation des Rechtsfages als auch durch Unterstützung bei der Erkundung desselben. Ueberrimmt dann eine Partei den Beweis (in welchem Fall aber auch der Gegenpartei Gelegenheit gegeben werden muß, ihr Interesse wahrzunehmen), so ist das doch kein streng juristischer, auf die Beibringung einzelner Thatfachen beschränkter Beweis, sondern ein wissenschaftlicher, und der Richter, der dazu auffordert oder es gestattet, erläßt kein Beweiserkennniß im technischen Sinne⁹⁾, ist aber auch nicht, wie bei dem Beweis der Thatfachen, durch die Beweisstheorie des Civilprocesses gebunden. Es fragt sich eben, ob er von dem Dasein der Rechtsregel überzeugt ist oder nicht¹⁰⁾; ist Ersteres aber der Fall, so kann er unbedenklich auch in einem andern Proceß die von ihm erworbene Rechtskenntniß geltend machen, da es sich hier nicht von einem auf bestimmte Parteien beschränkten That-Umstand handelt. Natürlich hat aber auch der Richter der höheren Instanz jedesmal die Befugniß, seine eigene rechtliche Ueberzeugung selbständig geltend zu machen¹¹⁾.

daß die Germanisten die Mängel der Quellenlehre durch eine besondere Methode zu verbessern suchten.

9) Diese treffende Unterscheidung hat Rierulff, Theorie, I. S. 14. 15.

10) Vgl. im Allgemeinen Buchta a. a. D. S. 165-99.

11) Freilich wird er wohl thun, namentlich wenn es sich um Lokalgewohnheiten oder um die Würdigung besonderer Rechtsverhältnisse handelt,

Auf die angeführte Weise nun kann der Jurist sich in den Stand setzen, von dem Volkrecht, welches er nicht aus unmittelbarer Anschauung kennt, sich eine sichere Kenntniß zu verschaffen, soweit eine solche überhaupt durch Beobachtung und Forschung zu erwerben ist. Es wird dabei, wenn man von der dem Richter geleisteten Unterstützung der Parteien abieht, einerlei sein, ob eine solche Erkundung zu wissenschaftlichen oder praktischen Zwecken vorgenommen wird. Zunächst aber erlangt man dadurch nur den Rechtsstoff in seiner thatsächlichen Begründung; die höhere Aufgabe der Jurisprudenz bleibt es denn noch, denselben wissenschaftlich zu befruchten, indem das Bestreben darauf gerichtet wird, das Rechtsprincip für das einzelne Institut zu gewinnen, und dieses wieder mit dem ganzen Rechtssystem in organischen Zusammenhang zu bringen. Aber auch bei dieser Entwicklung aus den dem Volkrecht entnommenen Principien muß die wissenschaftliche Jurisprudenz mit Vorsicht und Bescheidenheit verfahren, und die bestimmte, auch im Detail ausgeprägte Eigenthümlichkeit in jeder Weise achten und bewahren¹²⁾. Sie darf nicht auf eine bloß logische Operation auslaufen; sie wird vielmehr auch bei der Handhabung der Rechtsprincipien nicht von dem festen Boden des Rechtslebens, auf welchem dieselben erwachsen sind, sich ablösen, sondern

über den Ausspruch tüchtiger Untergerichte sich nicht ohne sehr triftige Gründe hinwegzusetzen. — Was übrigens hier von der Erkundung des Volkrechts und namentlich von der Thätigkeit der Parteien gesagt ist, gilt im Wesentlichen auch, wenn es sich um die Anwendung fremder Rechte handelt. Mittermaier im Archiv für civ. Pr. XVIII. S. 67—87. — Wolff, Lehrbuch des gemeinen deutschen Privatrechts, I. §. 32. — Pütter, das europäische Fremdenrecht, §. 120. — Zum Fremden-Recht ist aber in Deutschland das gemeine Recht nicht zu zählen, auch nicht in den Staaten, wo es seine subsidäre Geltung verloren hat; s. Wintwarter, das österr. bürgerliche Recht, I. (Wien 1838.) S. 158.

12) Ein Beispiel wäre, wenn man den Wechselbrief als Papiergeld betrachtete, und nun aus dem Princip des Geldes folgern wollte, daß jede Person, auch wenn sie durch ihren Beruf nicht zur Theilnahme am Wechselgeschäft aufgefordert ist, Wechsel als Zahlung annehmen müßte.

immer im innigen Zusammenhang mit den Rechtsverhältnissen und dem Rechtsbewußtsein des Volkes bleiben.

§. 32.

Umfang und Kraft des Volksrechts.

I. Seinem Umfange nach kann das Volksrecht so verschieden sein, wie das positive Recht überhaupt; ja es kann selbst, namentlich in Verhältnissen, welche durch den internationalen Verkehr unter den Völkern auf eine gewisse Weise gemeinsam werden, die Grenzen der bestimmten Nationalität überschreiten, obgleich diese sich, wenn sie nur überhaupt energisch ausgebildet ist, auch hier geltend machen wird, wie selbst im Handelsrecht der Fall ist. Um so weniger kann aber ein Zweifel bestehen, daß sich das Volksrecht über ein ganzes Volk zu erstrecken und dieses in seiner Gesamtheit zu erfassen vermag; der früher dagegen erhobene triviale Einwand, es gebe keine allgemeine Gewohnheiten, weil sie doch nicht gehörig bewiesen werden könnten¹⁾, verliert mit der Annahme, daß jene ältere Theorie vom Beweise des Gewohnheitsrechts unhaltbar, jeden auch nur scheinbaren Grund der Richtigkeit. Uebrigens hat der Umstand, daß die Uebung des Rechtsfazes nach jener Lehre nur in einzelnen Fällen der Anwendung, und nicht in dem Bestande der thatsächlich begründeten Rechtsverhältnisse erkannt werden sollte, allerdings die Anerkennung eines gemeinen Volksrechts und seine principienmäßige Entwicklung wesentlich beeinträchtigt. — So wie aber das Volksrecht sich im ganzen Volke ausbilden kann, so auch in den engeren Kreisen seiner natürlichen Gemeinschaft, nach Stämmen, Ständen, Gegenden, in welcher Beziehung vom Landes- bis zum Lokalrecht die größte Mannichfaltigkeit der Abstufung sich findet²⁾. Je enger

1) S. noch Hufeland, Beiträge zur Berichtigung und Erweiterung der positiven Rechtswissenschaft, Stück I. Nr. 1. Gibt es allgemeine Gewohnheiten im juristischen Sinn? Vgl. Eichhorn, Einleitung, §. 26.

2) Vgl. Stahl, Rechts- und Staatslehre, I. S. 189. — Zu scharf

aber der Kreis der Geltung, desto seltener wird das Volksrecht sich in selbständigen und bedeutenden Rechtsinstituten darstellen: es wird dann meistens nur vereinzelte Bestimmungen oder bloße Modificationen allgemeiner Einrichtungen enthalten, und häufig in dem Begriff des bloßen Herkommens aufgehen.

II. Die Kraft des Volksrechts ist im Allgemeinen schon in dem Begriff des positiven Rechts ausgesprochen; es bleibt nur die Frage zu erörtern, wie es dem Gesetz gegenüber zu stehen kommt, und namentlich, ob es sich gegen ein Gesetz gültig ausbilden kann, so daß es dessen Herrschaft zu besiegen im Stande ist. Ungeachtet des Hindernisses, welches man in einer Aeußerung des römischen Rechts gegen die richtige Lösung dieser Frage gefunden hat, ist es nun doch fast allgemein anerkannt: daß Gewohnheitsrecht und Gesetz die gleiche Kraft haben, und das Letzteres durch Entwöhnung (*desuetudo*) außer Wirksamkeit gebracht werden kann³⁾. Es wird damit auch nur die Macht der Verhältnisse und der Geschichte anerkannt, der kein irdischer Wille, auch der des Gesetzgebers nicht, auf die Dauer Widerstand zu leisten vermag. Natürlich hat man dabei aber nicht an eine absichtlich bewusste Auslehnung gegen gesetz-

darf man hier freilich nicht zwischen der natürlichen und politischen Gemeinschaft unterscheiden; denn insofern jene die Grundlage von dieser bildet, wird sich dasselbe Gewohnheitsrecht in beiden Kreisen wieder finden; z. B. im Stande der Provinzialritterschaft und der ritterschaftlichen Corporation; in einer Stadtgemeinde und innerhalb ihres Bezirkes unter den Einwohnern, falls es auf einen Gegensatz zum platten Lande ankommt.

3) Mühlenbruch, *doctr. pand.*, I. §. 39. — Puchta a. a. D. II. S. 199—215. — v. Savigny, *System*, I. S. 194—97. — Kierulff, *Theorie*, I. S. 12. — Beschränkungen besonders wegen c. 2. C. *quae sit longa consuetudo* machen noch Thibaut, *System*, I. §. 17. und v. Bangerow, *Leitfaden*, I. §. 16. — Ueber die neueren Civilgesetzbücher s. v. Savigny a. a. D. S. 197—205. und über eine eigenthümliche Beschränkung derogatorischer Gewohnheiten in Württemberg v. Wächter, *Handbuch*, II. S. 36—39., womit zu vergleichen Reyscher, *württemb. Privatrecht*, I. §. 65.

liche Bestimmungen zu denken, weil, wenn man ihr eine derogatorische Kraft beilegen wollte, das Verhältniß zwischen Regierenden und Regierten sich verkehren würde. Vielmehr ist die Sache so zu fassen, daß sich über die vom Gesetzgeber normirten Rechtsverhältnisse ein abweichendes Rechtsbewußtsein im Volke bildet oder erhält, welches eine solche Kraft und Stärke in sich trägt und in der Anwendung mit solcher Entschiedenheit auftritt, daß dadurch die gesetzliche Vorschrift um ihre Geltung gebracht wird. Von einer Umbildung der Rechtsverhältnisse selbst in einem Grade, daß dem Gesetz in Folge dessen sein Gegenstand entzogen wird, ist hier natürlich nicht die Rede; denn wo dieser fehlt, ist jenes auch nach dem Willen des Gesetzgebers nicht zur Anwendung zu bringen.

Bei der derogatorischen Kraft der Gewohnheiten pflegt man aber zunächst nur an eine Rechtsbildung zu denken, welche sich allmählich in einer längeren Zeit entwickelt, und gerade durch die Dauer der Uebung das Gesetz aus der Erinnerung und der Anwendung verdrängt. Wie aber, wenn das Volkrecht, wie es oben für möglich erklärt ward, in Folge einer besonders energischen Rechtsbildung, durch die Häufigkeit der Uebung und bei der großen Verbreitung des betreffenden Rechtsverhältnisses in beziehungsweise kurzer Zeit sich consolidirt, ohne daß es auf ein eigentliches Herkommen zurückgeführt werden kann? Darf man auch einer solchen, schnell geförderten Rechtsbildung die Kraft beilegen, sich gegen ein Gesetz geltend zu machen und dasselbe zu beseitigen? — Es ist dabei zunächst an den Fall zu denken, daß das dem Rechtsverhältniß entsprechende Rechtsprincip, wie es im Volksbewußtsein sich darstellt, verletzt wird, indem der Gesetzgeber es nicht richtig erfaßt und auf eine unangemessene Weise normirt hat. Dagegen wird nun das Rechtsbewußtsein im Volke reagiren, und vielleicht die Abänderung der verkehrten Norm durch die Gesetzgebung selbst veranlassen; vielleicht auch, wenn dieß nicht gelingt, fügt sich das Volk, und richtet seine Verhältnisse, so gut es gehen will, nach der ihnen aufgedrungenen

Regel ein, auf die Gefahr hin, daß sie ausarten und verkümmern. Bleibt aber das Volk energisch bei seinem Willen, wofür ihm namentlich in der Sphäre des bloß vermittelnden Rechts viele Mittel gegeben sind, so entsteht eine Collision, über deren Ausgang sich nichts Bestimmtes vorher sagen läßt, zumal es geschehen kann, daß auch die Jurisprudenz, von der gemeinen Meinung hingerissen, sich dazu versteht, durch Interpretation den Inhalt des Gesetzes selbst über dessen Absicht hinaus der Volksansicht anzupassen und dadurch eine gewisse Vermittlung herbeizuführen⁴⁾. So viel aber ist unzweifelhaft, daß der Richter nicht befugt ist, ein Gesetz bloß seiner Unzweckmäßigkeit oder Ungerechtigkeit wegen nicht anzuwenden; daß er dem Gesetzgeber die Verantwortlichkeit, eine Störung der volksthümlichen Rechtsbildung hervorgerufen zu haben, nicht abnehmen darf. Daher kann sich eine bestimmte Rechtsansicht im Volke mit der größten Entschiedenheit erhalten, und der Richter doch verpflichtet sein, nach dem Gesetz dagegen zu erkennen. Wie lange Zeit nun dahin gehen muß, daß ein solches Gesetz der ihm widersprechenden Volksansicht unterliege und einem Volksrechte den Platz einräume, darüber läßt sich keine bestimmte Angabe machen, da hier das Mehr oder Weniger nach den Verhältnissen wechselt, und so viele Nebenumstände in Betracht kommen können, welche die Vollenbung einer populären Rechtsbildung hemmen oder beschleunigen: selbst die verschiedenen Formen der Staatsverfassung und namentlich des Gerichtswesens werden dabei von bedeutendem Einfluß sein. Nur so viel ist mit Sicherheit zu behaupten: wenn auf der einen Seite das Volksrecht gegen das Gesetz sich schwerer und langsamer entwickeln wird, als auf einem ihm frei gelassenen Gebiet, so kann es doch andererseits nicht fehlen, daß

4) Einert, das Wechselrecht, (Leipzig 1839.) S. 126. 127. liefert hiervon ein interessantes Beispiel, indem er zeigt, wie das Verbot der leipziger Wechselordnung, welches keine Indossamente in bianco erlaubt, vom Handelsstande außer Acht gelassen und unter Connivenz der Gerichte umgangen wird.

je entschiedener das Bedürfnis und das auch äußerlich betheiligte allgemeine Rechtsbewußtsein einer gesetzlichen Vorschrift widerstreben, dieselbe sich um so eher außer Übung gesetzt finden wird.

§. 33.

Das Herkommen.

Wenn das Volksrecht, wie es bisher dargestellt worden, unmittelbar aus der Sitte und den Lebensverhältnissen hervorgeht, und das in denselben wirkende Princip schon durch die in einem bestimmten Sinn vorgenommene Übung zum Rechtsprincip erhoben wird; so zeigt sich bei dieser Art der Rechtsbildung ein Moment wirksam, welches dann vermisst wird, wenn irgend eine Regel, welche an und für sich in der Natur der Sache nicht begründet ist, nur durch die lange Dauer der Übung, durch den inveterirten Brauch zu einem wirklichen Rechtsfaz erhoben wird. Eine solche Norm erscheint anfangs, wenn sie zuerst aufkommt und beobachtet wird, als das Ergebnis des Zufalls oder der Willkühr, wenn auch so gut Gründe der Zweckmäßigkeit und Billigkeit, als bloß äußere, ja selbst schädliche Einflüsse auf die Wahl derselben Einfluß haben können. Man bleibt aber bei derselben stehen, man gewöhnt sich daran, und so gestaltet sich am Ende, was ursprünglich nur vom freien Willen abhing, zu einer Sache des Zwangs: die Übung geschieht im Gefühl der rechtlichen Nothwendigkeit, und die Regel, welche allmählich in das Rechtsbewußtsein des Volkes übergegangen ist, bekommt dieselbe bindende Kraft, als ob sie aus der Natur der Verhältnisse selbst entsprungen wäre. Das ist das Herkommen. Die ältere Theorie faßte das Gewohnheitsrecht überhaupt unter diesem Gesichtspunkte auf; dagegen erfolgte dann in der historischen Schule die Reaction, welche, die Übung nur als Kennzeichen des Gewohnheitsrechts würdigend, dem Herkommen gar keine selbständige Gültigkeit beilegte. Aber wenn auch das Volksrecht in dem Sinn, wie

es oben dargestellt worden, vorzugsweise als das Ergebnis einer normalen Rechtsbildung anzusehen ist, so darf doch auch, wenn man den positiven Rechtsstoff nicht willkürlich verkürzen will, das Herkommen unter den Rechtsquellen nicht übergangen werden. Die lange, gleichmäßige Dauer der Übung ersetzt hier für die Rechtsregel den Mangel der innern Nothwendigkeit, indem das Gesetz der Continuität seine Wirksamkeit äußert¹⁾).

Es ist hier nun zunächst von dem Herkommen zu handeln, welches sich im Volke und durch dessen Übung bildet; eine andere Frage ist es, ob sich nicht Einflüsse geltend machen können, welche, ohne daß das Volk unmittelbar dabei thätig ist, doch eine Rechtsbildung hervorrufen können, der außerhalb des Volksrechts eine Stelle angewiesen werden müßte. Davon soll im folgenden §. gehandelt werden; allein der vorher aufgestellte Begriff des Herkommens ist noch in anderer Weise näher zu begrenzen und vor Verwechslung zu sichern. Einmal bezeichnet

1) Vgl. Volksrecht und Juristenrecht, S. 77. ff. — Puchta, Gewohnheitsrecht, I. S. 167. ff. II. S. 5. ff. erklärt es für unbegreiflich, daß aus dem factum das jus entstehen soll, während doch gerade in der Dauer der Übung der allmähliche Uebergang vermittelt wird. Er geht so weit; da wo unzweifelhaft ein Herkommen im oben bestimmten Begriff vorliegt, nämlich bei dem Reichsherkommen, welches unsere deutsche Nationalverfassung zum großen Theil zerstört hat, — zu einer Fiction seine Zuflucht zu nehmen, indem er (a. a. O. S. 227.) eine autonomische Rechtsbildung durch stillschweigenden Vertrag (s. oben §. 28. Note 7.) annimmt, wozu aber doch wohl jedenfalls die Zustimmung des Kaisers erforderlich gewesen wäre. — v. Savigny, System, I. S. 35—37. nimmt wenigstens an, daß in der Natur vieler Bestimmungen, namentlich über Zahl, Maaß, Form eine relative Gleichgültigkeit liege, welche eben nur irgend eine Normirung erheische, und daß hier die Gewohnheit auf die Rechtsbildung selbst Einfluß habe, was er sonst leugnet. — Stahl, Rechts- und Staatslehre, I. S. 208. räumt nun die selbständige Gültigkeit des Herkommens ein, selbst wenn es dem nationalen Rechtsbewußtsein im Allgemeinen nicht bloß gleichgültig, sondern sogar widersprechend ist. — Es ist dieser Punkt auch namentlich deswegen wichtig, weil man, falls ein Herkommen als solches nicht statuiert wird, nur zu leicht hingerissen wird, den dadurch begründeten Normen einen höheren Werth beizulegen, als ihnen ihrer Natur nach zukommt, und daher die Hand des Gesetzgebers von der Reform zurückzuhalten.

man mit *Herkommen* oder *Observanz*, seltener mit *Gewohnheit* auch wohl eine solche Ausübung eines concreten Rechtsverhältnisses oder speciell einer Befugniß, welche ihrer langen Dauer wegen als Rechtstitel gelten, oder doch die Vermuthung für das Vorhandensein eines solchen begründen soll. Allein dieser Begriff bezieht sich nicht auf das Recht im objectiven, sondern auf das im subjectiven Sinne, und gehört nicht zur Lehre von den Rechtsquellen, sondern zu der von der *Verjährung*, namentlich der *unvordenklichen*²⁾. — Außerdem versteht man unter *Herkommen* oder *Observanz* eine besondere, durch den Gegenstand bestimmte Art des ungeschriebenen Rechts, z. B. das *Gewohnheitsrecht* im Staatsrecht³⁾, und am häufigsten das von den Corporationen ausgebildete *Gewohnheitsrecht*⁴⁾. In diesem letzteren Sinn, der am Besten mit dem Ausdruck *Observanz* bezeichnet wird, steht es denn dem Statut gegenüber, welches auf Grund der Autonomie durch einen bestimmten Act der Willenserklärung gesetzt wird. Es erscheint aber als Theil des *Volksrechts*, indem nur die engen Grenzen der Geltung seinen unterscheidenden Charakter bilden, was denn freilich auch auf den Reichthum des Inhalts nicht ohne Einfluß zu sein pflegt. Die *Observanz* der einzelnen Corporationen tritt daher meistens nur in einzelnen durch das *Herkommen* begründeten *Rechtssätzen* auf.

2) Puchta a. a. O. II. S. 114—119. — Sintonis, das praktische gemeine Civilrecht, I. §. 3. Note 23.

3) Pütter, institutiones juris publ. §. 44.

4) Mühlenbruch, doctr. pand. I. §. 40. — v. Savigny, System, I. S. 44. ff. Ersterer rechnet zur *Observanz* auch die von den einzelnen Behörden in ihrem Geschäftskreise eingeführten Normen, wogegen, die Gültigkeit dieser Rechtsbildung vorausgesetzt, nichts einzuwenden. — v. Savigny beschränkt den Ausdruck nur auf das Recht derjenigen Corporationen, welche keine Gemeinden sind, während er denselben für das *Gewohnheitsrecht* der einzelnen Stände gebraucht, was aber dem Sprachgebrauch nicht gemäß ist. — Im Sinn des stillschweigenden Statuts nimmt die *Observanz* nach dem Vorgange älterer Juristen Eichhorn, Einleitung, §. 25.; vgl. oben §. 28. Note 7.

Was nun die allgemeinen Erfordernisse des Herkommens betrifft, so sind hier die des Gewohnheitsrechts überhaupt zu nennen: die Uebung und das Rechtsbewußtsein. Aber die erstere ist nicht durch die Natur der Verhältnisse begründet, und bedarf eben der langen Dauer, der allmählichen Gewöhnung, um die zur Rechtsbildung nöthige Kraft zu gewinnen. Das ist nicht bloß insofern von Interesse, als dadurch die verschiedenen, so zu sagen psychologischen Motive, welche dabei wirksam sind, bezeichnet werden⁵⁾, sondern es hat auch eine unmittelbar praktische Bedeutung, und zwar in Beziehung auf die Erkundung des Rechtsfases. Im Allgemeinen nämlich kommt zwar auch für das Herkommen die Regel zur Anwendung, daß der Richter das Recht kennen und selbständig darnach forschen soll; was darüber für das Volkrecht überhaupt gesagt worden, hat auch hier seine Geltung. Allein es fehlt dabei eben der Anhalt, welcher in der Anschauung der Rechtsverhältnisse und des in ihnen wirkenden Principis geboten ist; statt dessen muß ein besonderes Gewicht auf ein anderes Moment gelegt werden, welches für das Volkrecht sonst von keiner so entscheidenden Bedeutung ist, nämlich auf die lange Dauer der Uebung, wodurch eben, wenn Zweifel über die Existenz des Rechtsfases vorliegen, die Entstehung und also auch die Gültigkeit desselben dargethan wird. Das trifft gleichmäßig die Erkundung des Herkommens, sei sie zu wissenschaftlichen oder zu praktischen Zwecken angestellt, und in letzterer Beziehung namentlich auch die Beweisführung, welche eine Partei zur Unterstützung des Richters übernimmt. Wie lange aber die Uebung des Rechtsfases gedauert haben muß, das läßt sich für diesen Fall ebensowenig genau bestimmen, wie es die frühere Theorie über den Beweis des Gewohnheitsrechts überhaupt vermochte. Je häufiger und gleichmäßiger

5) Darauf will Falck, Archiv für Geschichte u. s. w. 4. Jahrg. 2. Heft. S. 224. die Bedeutung des Unterschieds beschränken. — Es ist übrigens nicht zu übersehen, daß hier bloß von der Rechtsbildung durch Herkommen im Volke gehandelt wird.

die Uebung, desto eher wird sie sich natürlich zu einer festen Gewohnheit ausbilden und als solche in das Rechtsbewußtsein des Volkes übergehen.

B. Das Juristenrecht.

§. 34.

Begriff und Erfordernisse.

Das Recht entsteht ohne die Sanction des Gesetzgebers nicht allein unmittelbar im Volke und durch das Volk, sondern es können auch in andern Kreisen Einflüsse thätig werden, welche durch die Dauer und die intensive Kraft ihrer Einwirkung eine neue Rechtsbildung hervorrufen. So hat im Mittelalter die Kirche eine Macht errungen, durch welche es ihr möglich ward, über das ihr ursprünglich angewiesene Gebiet hinaus das Rechtswesen in den wichtigsten Beziehungen zu bestimmen, und zwar nicht allein durch Gesetze, zu deren Erlassung die päpstliche Gewalt, von welcher sie größtentheils ausgingen, sich erst allmählich auf dem Wege der Usurpation und des Herkommens befähigte, sondern auch durch Gewohnheiten, welche früher in diesem Kreise als unzweifelhafte Rechtsquelle wirksam waren. Aber auch jetzt noch sind sie dafür anzuerkennen, insofern kirchliche Angelegenheiten nicht durch die Staatsgewalt und das Volk in seiner politischen Gestalt ihre Anordnung erhalten¹⁾. — Aehnlich wie in der Kirche verhält es sich mit dem Staatsrecht. Auch hier finden wir durch die Macht der als Träger der öffentlichen Gewalt constituirten Behörden einen Einfluß begründet, welcher, ohne daß das Volk unmittelbar dabei theilhaftig wäre oder gesetzliche Normen erlassen würden, für gewisse Verhältnisse zur wahren Rechtsbildung geführt hat, und als Staatsherkommen oder Staatspraxis bezeichnet zu

1) J. H. Boehmer, J. E. P. lib. I. tit. 4. — Puchta, das Gewohnheitsrecht, II. S. 264. ff.

werden pflegt²⁾. Diese Erscheinungen werden aber von einer andern, welche hier näher zu betrachten ist, an Bedeutung noch weit übertroffen: ich meine die Einwirkung der Juristen auf die Rechtsbildung.

Insofern unter den Juristen die Rechtsverständigen im Volke gemeint sind, welche vermöge ihrer Kenntnisse und Erfahrungen einen besondern Einfluß auf das Rechtswesen und auch auf die Erzeugung des Gewohnheitsrechts ausüben, ist es klar, daß sie keinen nothwendigen Gegensatz zu dem übrigen Volke bilden; daß sie dasselbe vielmehr, wenn die Verhältnisse nur ihren naturgemäßen Entwicklungsgang nehmen, im Bereich ihrer Thätigkeit vertreten, gewissermaßen die äußerste Spitze seines Rechtsbewußtseins bilden, und daher, wenn man die Sache im Ganzen und Großen betrachtet, in das Volk wieder aufgehen und als Theil vom Ganzen absorbiert werden. — Nun geschieht es freilich meistens, daß in Folge geschichtlicher Entwicklungen das Recht selber verworren und krauser wird, so daß die genaue Kenntniß und sichere Beherrschung desselben immer schwieriger zu erlangen ist, während bei der vorgeschrittenen Bildung die allgemeine Anschauung und der durch das Rechtsgefühl bestimmte Tact für die Anwendung des Rechts nicht mehr ganz ausreichend erscheinen. Dann bildet sich eine Jurisprudenz und die Beschäftigung mit dem Recht wird vorzugsweise Sache eines besondern Berufs, in welchem sich die Juristen von dem übrigen Volke unterscheiden³⁾. Allein dadurch

2) Nicht bloß in früheren Zeiten, wo die Gesetzgebung noch lässiger geübt ward, war das Herkommen für die Ausbildung des Reichs- und Territorialstaatsrechts ein wichtiges Moment (s. Pütter, institutiones jur. publ. §. 44—47.), sondern auch jetzt noch ist dieselbe Quelle wirksam. Das Rechtsverhältniß der Staatsdiener in seiner gegenwärtigen Gestalt z. B. beruht zum großen Theile darauf; s. Heffter, Beiträge zum deutschen Staats- und Fürstenrecht, I. S. 131.

3) Gewöhnlich erklärt man das Bedürfniß eines besondern Juristenstandes aus der Beschaffenheit der Rechtsverhältnisse; aber nicht so sehr diese, als die Beschaffenheit des Rechts ist hier entscheidend. Im 12.

an und für sich noch kein Gegensatz gegeben; die Juristen werden vielmehr die Aufgabe haben, den vorhandenen Rechtsstoff seinem ganzen Umfange und seinem innern Zusammenhange nach zu erfassen, und ihn zum vollen Verständniß und zur sichern Anwendung zu bringen. Dazu gehört denn auch namentlich, daß sie die allgemeinen Rechtsprincipien in ihrer ganzen Bedeutung erkennen, und diejenigen Rechtsfälle, welche mit logischer Nothwendigkeit aus ihnen hervorgehen, mit juristischer Consequenz abzuleiten wissen. Doch ist das keine Rechtszeugung, sondern Rechtsentwicklung, welche, je nachdem Gesetz oder Gewohnheit das Einzelne mehr oder weniger genau und ausführlich normirt haben, eine größere oder geringere Freiheit für sich in Anspruch nehmen darf⁴⁾.

Also auch dann, wenn die Juristen durch ihren besonderen Beruf schon von dem übrigen Volke unterschieden sind, findet noch nicht nothwendig eine unmittelbare und selbständige Einwirkung auf die Rechtszeugung von ihrer Seite statt; ihr Einfluß in dieser Beziehung wird nur dem Grade nach verschieden sein von dem der Laien, und ein eigenes, durch die Juristen gebildetes Recht im Gegensatz zu dem Volksrecht ist daher im Allgemeinen nicht als begründet anzunehmen. Aber es können allerdings Zustände vorkommen, in welchen die Juristen eine so unbedingte Herrschaft über das Rechtswesen ausüben, daß

Jahrhundert 3. B. waren, wenigstens wie mir scheint, die Rechtsverhältnisse in Deutschland verworrener, als jetzt, und das Volk beherrschte sie doch, ohne daß ein eigener Juristenstand vorhanden gewesen noch vermist worden wäre.

4) Man hat dieß aus den Rechtsprincipien abgeleitete Recht als ein eigenes Recht der Wissenschaft dem Gesetzes- und Volksrecht gegenübergestellt; Buchta, Gewohnheitsr., II. S. 15. 16. und Cursus der Institutionen, I. S. 36. 37. Aber eine Rechtszeugung ist darin nicht anzuerkennen, wenn nicht etwa durch die Handhabung der Rechtsprincipien neue Institute geschaffen werden, 3. B. durch eine Combination des Vertrags und der Beerbung der Erbvertrag. Dann liegt aber ein eigentliches Juristenrecht vor. Vgl. v. Savigny, System, I. 45—50.

es ihnen möglich wird, ihre Rechtsansichten zur Geltung zu bringen ohne Rücksicht darauf, ob sie mit dem Rechtsbewußtsein und den Bedürfnissen des Volkes übereinstimmen oder nicht ⁵⁾, und wo von ihnen eine selbständige Rechtserzeugung ausgeht. Dieß ist in Deutschland der Fall gewesen, seitdem mit der Reception des römischen Rechts die deutschen Juristen ihre Ansichten und Ueberzeugungen mehr aus den fremden, als den einheimischen Rechtsquellen schöpften, und zugleich mit der Umänderung des Gerichtswesens und der Ausbildung des modernen Beamtenthums das Volk fast von jeder selbständigen Theilnahme an der Rechtspflege ausgeschlossen ward ⁶⁾. Von da an datirt sich in Deutschland die Entstehung eines eigenen Juristenrechts, welches durch die Lässigkeit der Gesetzgebung begünstigt, anfangs hauptsächlich auf der übereinstimmenden Ansicht der Juristen, der *communis D.D. opinio* basirt ⁷⁾, später als *usus fori*, Gerichtsgebrauch, Praxis aufgefaßt ward ⁸⁾, und auch

5) Wie die Juristen überhaupt von dem nationalen Rechtsbewußtsein abfallen können, so auch in Beziehung auf die Rechtserzeugung; vgl. Stahl, Rechts- und Staatslehre, I. S. 203. — Es kommen hier freilich verschiedene Ansichten vor, welche mit der allgemeinen Auffassung des Gewohnheitsrechts zusammenhängen. So erkennen einige die Juristen nur als die natürlichen Vertreter des Volkes in seinem nationalen Rechtsbewußtsein (Buchta a. a. D. S. 14—28. — v. Savigny a. a. D., I. S. 45—50. 95.; s. jedoch IV. S. 318.), andere dieselben als Vertreter des Staates (Maurenbrecher, Lehrbuch, I. S. 28. ff.) für befugt zur Rechtsbildung an. Es kommt dann aber freilich noch darauf an, mit welcher Consequenz die Bedeutung dieser Attribute für die vorhandene Rechtsbildung geltend gemacht wird.

6) Die hier geschilderte Stellung der deutschen Juristen und ihr bestimmender Einfluß auf die Rechtsbildung ist etwas Thatsächliches, und muß von jedem anerkannt werden, der unbefangen genug ist, ein Factum gelten zu lassen, auch wenn man es eben nicht für wünschenswerth und heilsam hält. Vgl. Jordan im Archiv für civ. Pr. VIII. S. 247—49.

7) So äußert sich noch Schilter, *praxis for. Exerc. II. §. 4.* Atque *communem interpretum consensum hodieque vim juris habere non video cur ambigas.* —

8) Dieß bestimmte Hervorheben des Gerichtsgebrauchs im Gegensatz

jetzt einen bedeutenden Theil des geltenden gemeinen Rechts ausmacht. Inwiefern diese Rechtsbildung auch später noch in Deutschland weiter geführt werden wird, das hängt davon ab, in welchem Maasse die Energie des Volkslebens und der Gesetzgebung den Einfluß der Juristen zurückdrängen, und deren Ansichten einer bestimmt ausgeprägten nationalen Richtung dienstbar machen wird⁹⁾. Denn das Juristenrecht ist eben nur ein Ausfluß der thatsächlich begründeten Macht des Juristenstandes, welche diese Form des Gewohnheitsrechtes hervorruft. Deswegen steht es aber unter den allgemeinen Grundsätzen, welche für die Entstehung des Gewohnheitsrechtes gelten, und setzt namentlich die beiden Haupterfordernisse desselben voraus: das Rechtsbewußtsein und die Uebung. Es ist nur noch näher zu zeigen, wie diese beiden Momente in dieser bestimmten Anwendung sich verhalten¹⁰⁾.

a. Das Rechtsbewußtsein muß nach der gegenwärtigen Stellung der deutschen Jurisprudenz ein wissenschaftliches, mit Gründen zu belegendes sein, daher Rechtsüberzeugung; und diese muß sich als die gemeine Meinung der Juristen, nicht bloß als die Ansicht Einzelner darstellen. Dagegen ist es der Wirkung nach gleichgültig, ob diese gemeine Meinung an und

zu der gemeinen Meinung der Juristen habe ich zuerst bei Mevius gefunden; f. z. B. ad jus lub. II. 1. ad rubr. nu. 60. 95.

9) Die neueren Gesetzbücher, welche aus einer umfassenden Codification hervorgegangen sind, können begreiflicher Weise das Juristenrecht nicht anerkennen; f. Pr. A. L. R. Einleitung, §. 6. vgl. mit §. 1. und §. 60. und Bornemann, systematische Darstellung, (2. Aufl.) I. S. 37. — Oesterr. Gesetzbuch, §. 12. — Das Baiेरische Landr., Th. I. Cap. 2. §. 14. faßt die Sache nach dem Standpunkte der damaligen Theorie auf; vgl. dazu v. Kreittmayr, Anmerkungen Nr. 2. 3.

10) Mit der hier gegebenen Ausführung stimmen im Wesentlichen überein: Bethmann-Hollweg, Grundriß zu Vorlesungen über den gemeinen Civilproceß, (Berlin 1821.) S. XXIV—XXXIII. — Kierulff, Theorie, I. S. 37—41. — Stahl, Rechts- und Staatslehre, I. S. 187. 188. 204—6. S. auch Haffe im rhein. Museum für Jurispr. II. S. 399. S. 423. ff.

für sich auch wirklich begründet, oder ob sie ursprünglich eine irrthümliche war ¹¹⁾).

b. Die Uebung liegt auch hier in der Beobachtung des Rechtsfages als solchen. Insofern nun die Juristen hauptsächlich ¹²⁾ durch ihre Theilnahme an den Gerichten Veranlassung finden, ihre rechtliche Ueberzeugung geltend zu machen und sie ins Leben einzuführen, so ist es eben die, vornehmlich in den Präjudicien dargelegte Praxis der Gerichtshöfe oder der Gerichtsgebrauch, in dem sich die Uebung des Juristenrechts darstellt. Doch muß man den Gerichtsgebrauch auf die Gesamtheit der Gerichte als der bei der Erzeugung des Juristenrechts thätigen Factoren beziehen, und nicht bloß an die Observanz einzelner Collegien denken, wodurch im Kreise ihrer Competenz für gewisse Punkte des formellen Rechts eine Regel festgestellt werden kann ¹³⁾. — Insofern aber der Gerichtsgebrauch, als Rechts-

11) Das römische Recht, welches in Deutschland von den Juristen irrthümlich als geltendes Recht angewandt ward, wäre nicht für recipirt zu halten, wenn der Irrthum über die Rechtsregel die Begründung des Gewohnheitsrechts ausschloffe.

12) Doch nicht ausschließlich, da auch Rechtsbelehrungen, schiedsrichterliche Aussprüche u. s. w. hier in Betracht kommen.

13) Die Meisten, welche den Gerichtsgebrauch in seinem Verhältniß zum Gewohnheitsrecht abhandeln, denken nur an diese isolirte Stellung einzelner Gerichte, ohne ihre Thätigkeit im Ganzen zusammenzufassen. S. G. A. Haus, Versuch über den rechtlichen Werth des Gerichtsgebrauchs, Erlangen 1798. — Ehibaut, System, I. §. 16. 19. — Mühlenbruch, doct. pand. I. §. 40. — v. Wächter, im Archiv für civ. Pr. XXIII. S. 437—46. — Die Reichsgerichte sollten nach den gesetzlichen Bestimmungen ohne Zweifel durch ihre Präjudicate, sowie in Sachen des formellen Rechts durch die Observanz (stylus) gebunden sein; s. Landfr. Friedrichs II. v. 1235. art. 15. (Pertz. L. L. II. p. 318.) — R. A. v. 1570. §. 75—77. (R. S. III. p. 297.) — R. D. A. v. 1600. §. 141. (ebendas. p. 495.) — S. R. A. v. 1654. §. 136. (ebendas. p. 665.); vgl. Maurenbrecher, Lehrbuch, I. §. 31. Note 5. Doch beweist schon die öftere Wiederholung der Vorschrift, daß sie nicht gehörig befolgt ward. — Ueber die in neuerer Zeit gemachten Versuche, den Plenarbeschlüssen der höchsten Gerichtshöfe eine besondere Autorität beizulegen (den gemeinen Bescheiden des älteren Rechts zu vergleichen) und namentlich über das Preuß. Gesetz p. 1. Aug.

quelle aufgefaßt, eine Art der Uebung ist, welche nicht durch die den Lebensverhältnissen einwohnende Natur schon bestimmt und bedingt ist, sondern erst durch die Macht der Continuität sich geltend macht: so fällt er unter den Begriff des Herkommens, und bedarf also der längeren Dauer, um die in ihm beobachtete Regel zur Rechtsregel zu erheben.

§. 35.

Verhältniß des Juristenrechts zum Volksrecht.

Das Juristenrecht hat seine Quelle in der thatsächlich begründeten Macht des Juristenstandes über das Rechtswesen, welche sich als Gewohnheitsrecht offenbart hat. Es kann also nur soweit gültig werden, als jene Macht reicht, sei es nun, daß der Einfluß des Volkes auf die Rechtsbildung dadurch ganz ausgeschlossen ist, oder daß das Volk bestimmt wird, sich dem Inhalt des Juristenrechts zu fügen, und denselben als gültiges Herkommen anzuerkennen und zu befolgen, oder sich wenigstens gleichgültig dagegen zu verhalten, und durch keine selbständige Rechtsbildung ihm entgegen zu treten. Ob das nationale Rechtsgefühl mit dem Juristenrecht übereinstimmt oder sich in Widerspruch mit demselben befindet, entscheidet an und für sich nichts über die Gültigkeit; nur wenn Letzteres in einem solchen Grade der Fall ist, daß das Volk im Rechtsleben seinen eigenen Weg geht, und soweit dieß in Opposition mit den Gerichten geschehen kann, die seinem Rechtsbewußtsein entsprechende Regel auch in der Uebung der Lebensverhältnisse zur Anwendung bringt, — nur dann kann gegen die Ansichten der Juristen und die Praxis der Gerichtshöfe ein Volksrecht bestehen, welches die Ausbildung des Juristenrechts verhindert, und die unmittelbare Anerkennung von einer mehr erleuchteten Rechts-

1836. f. Bornemann, systemat. Darstellung des preuß. Civilr., I. S. 41. 42. — Vgl. v. Wächter, Handbuch des württemb. Privatr., I. S. 45. Note 11.

wissenschaft erwarten darf. Es sind demnach folgende Fälle zu unterscheiden.

a. Auf einzelne Partien des Rechts hat das Volk fast jeden unmittelbaren Einfluß verloren, weil es nicht mehr an der Rechtspflege Theil nimmt. Dahin gehören namentlich der Proceß und das Strafrecht. Denn auch bei diesem letzteren handelt es sich nicht um Rechtsverhältnisse, welche, im Volksleben selbständig begründet, in sich schon die Norm ihrer Beurtheilung enthalten; sondern die Strafe steht über dem Verbrechen, welches sie wohl hervorruft, aber nicht ihre Quelle ist. Der Proceß und das Strafrecht haben daher ihre gegenwärtige gemeinrechtliche Beschaffenheit im Wesentlichen durch die Juristen erhalten; von ihnen sind die Elemente des fremden und einheimischen Rechts modificirt, ergänzt und zu einem neuen, selbständigen Systeme verarbeitet worden ¹⁾.

b. Im Privatrecht wird eine so unbedingte Herrschaft der Juristen nicht leicht statt finden, denn selbst wenn es sich um Rechtsverhältnisse handelt, bei deren Entstehung das Volk selbst nicht unmittelbar thätig ist, z. B. hinsichtlich der Intestaterbfolge, kann es doch auf verschiedene Weise der seinem Rechtsbewußtsein widerstrebenden Ansicht der Juristen entgegen wirken, indem es z. B. zu außergerichtlichen Erbtheilungen schreitet oder durch letztwillige Verfügungen die Erbfolge regulirt. Noch bestimmter aber zeigt sich dieser fortdauernde Einfluß des Volkes auf das Rechtswesen in denjenigen Verhältnissen, welche unmittelbar von den Betheiligten selbst hervorgerufen werden, und der Einwirkung der Juristen nur insofern unterworfen sind, als diese bei der Begründung von Amtswegen, z. B. bei der Bestellung eines öffentlichen Pfandrechts, oder als Rechtsbeistände

1) Selbst die Reichsgesetze, namentlich die P. O. D. und der J. R. A. haben mehr als Anhalt gebietet, an den sich das Juristenrecht in seiner Ausbildung ansetzte, als daß sie dasselbe beherrscht und seinem Inhalte nach bestimmt haben. — Ueber die Bedeutung des Juristenrechts für das Staats- und Kirchenrecht s. Volkrecht und Juristenrecht, S. 338 - 41.

thätig sind, oder auch im Fall eines Processus darüber zu erkennen haben. Auch für solche Verhältnisse kann sich indessen ein Juristenrecht gebildet haben, entweder in selbständiger Geltung oder durch die Aneignung römischrechtlicher Vorschriften. Dieß ist nämlich der Fall, wenn das Volk sich demselben unterworfen hat und sich darnach richtet, weil es sein Bedürfnis darin befriedigt findet oder durch die Macht der Gewohnheit und die Consequenz der Juristen zur Anerkennung der ihm vorgehaltenen Rechtsregel genöthigt worden ist, indem ihm im letzteren Fall die Energie fehlt, das ursprüngliche Volksrecht gegen die davon abweichenden Normen selbständig aufrecht zu erhalten. Das Volk wird sich dann gegen das Juristenrecht mehr passiv verhalten, und nur in einzelnen Fällen die Rechtsverhältnisse in der ihm gemäßen Weise einzurichten suchen, soweit die Natur des bloß vermittelnden Rechts dieß gestattet. So stellt sich z. B. das bedenkliche Princip der allgemeinen Klagbarkeit formloser Verträge, welches nur durch die Juristen aufgebracht worden, im Geschäftsleben weniger störend dar, als man denken sollte, nicht nur weil viele Particularrechte für die wichtigeren Verträge davon abgewichen sind, sondern hauptsächlich auch deswegen, weil der verständige Mann in wichtigen Fällen für die gehörige formelle Abschließung des Vertrags zu sorgen pflegt.

c. Es bleibt nun aber noch der Fall zur Erwägung übrig, wenn die Ansichten der Juristen so sehr in Widerspruch mit der Sitte und den Bedürfnissen des Volkes stehen, daß dieses sich energisch zusammen nimmt, um seine Rechtsverhältnisse in der ihrer Natur gemäßen Weise aufrecht zu erhalten, und unbekümmert um die ihm entgegen gehaltene fremde Regel fortfährt, die von ihm als richtig erkannte beharrlich und consequent zu beobachten. Wenn ein solches Bestreben mit vollem Bewußtsein sich geltend macht, so wird man auch bemüht sein, die Juristen, falls man sie nicht, wie es dem hohen Adel gelungen ist, nöthigen kann, sich zu der populären Rechtsansicht

zu befehren, von den Geschäften möglichst fern zu halten, und namentlich durch die Wahl von Schiedsmännern der Einleitung von Rechtsstreitigkeiten vorzubeugen²⁾. Aber auch wenn es zu richterlichen Erkenntnissen gekommen ist, welche dem in dem Rechtsbewußtsein des Volkes noch lebendigen, in den Verhältnissen geübten Volksrecht entgegen treten, ist dieses dadurch nicht beseitigt; es verhindert eben die Ausbildung des Juristenrechts, und hat einen Anspruch auf volle Anerkennung, welche ihm auch der Jurist, der sich von der wahren Lage der Sache überzeugt hat, nicht verweigern darf. So hat sich gegen die verkehrte Theorie der älteren, romanisirenden Jurisprudenz, die auch in den Gerichten ihre Vertretung fand, ein Theil des deutschen Volksrechts erhalten, wovon besonders das Recht der Familie und des Grundbesitzes, des Handels und der Landwirthschaft reichliche Beispiele geben, und es gehört gerade zu den schönsten und wichtigsten Aufgaben der Germanisten, dieses noch im Volksleben geübte und mit dem Wechsel der Verhältnisse sich stets neu gestaltende Recht immermehr zum wissenschaftlichen Verständniß und zur Anerkennung zu bringen. Aber auf der andern Seite erheischt es auch die Achtung vor dem positiven Rechte, das Juristenrecht, wenn es einmal durch die Gewohnheit begründet worden, als gültig anzuerkennen, und namentlich auch hier den principienmäßig ausgebildeten Rechtsinstituten die ihnen gebührende Bedeutung nicht zu versagen. Damit ist dem Recht der Gesetzgebung, sich gegen den vorhandenen Rechtsstoff reformirend zu verhalten, natürlich nichts vergeben; und wie überhaupt in jedem Entwicklungsproceß die Zustände der Ver-

2) Wie wirksam diese Schiedsmänner früher im Kreise des Adels und des Handelsstandes gewesen, ist bekannt, und nichts weist bestimmter auf die Nothwendigkeit einer durchgreifenden Reform unseres heutigen Rechtswesens in materieller und formeller Beziehung hin als die weitverbreitete Neigung des Volkes, durch gewillkührte Schiedsgerichte sich dem Spruch der vom Staat bestellten Gerichtshöfe zu entziehen. Vgl. v. Buttell, über die Geltung des römischen Rechts, S. 46. ff.

änderung unterworfen sind, und die verschiedenen Factoren, welche bei der Production thätig sind, nicht immer dieselbe Bedeutung bewahren und zu einander in wechselnden Beziehungen stehen; so kann es auch geschehen, daß die Juristen ihr Verhältniß zum Volksrecht ändern, und dadurch auch allmählich das früher begründete Juristenrecht seinem Inhalte nach demselben angenähert und die Zeit vorbereitet wird, wo der Gegensatz zwischen beiden nur in der verschiedenen Art der Begründung erscheint.

§. 36.

Methode des Juristenrechts.

Schon in dem Sage, daß das Juristenrecht einen Theil des Gewohnheitsrechts bildet, sind die wesentlichen Erfordernisse desselben: das Rechtsbewußtsein und die Uebung bezeichnet; auf beide Momente ist daher, wenn es erkundet und dargestellt werden soll, die gehörige Rücksicht zu nehmen. Daß aber dabei das richtige Maas gehalten, der Rechtsstoff in seinem innern Zusammenhange erfaßt und zur wissenschaftlichen Evidenz erhoben werde, dazu dient die Beobachtung derjenigen Regeln, welche für die juristische Methode in dieser besondern Anwendung aufzustellen sind ¹⁾.

So viel also steht fest, daß die rechtliche Ueberzeugung, die Meinung der Juristen an und für sich, welche in der Gewohnheit noch nicht praktisch bethätigt worden, auch nicht als Rechtsatz anerkannt werden darf. Denn wenn schon den Ansichten bedeutender Juristen, wie nicht zu bezweifeln, eine gewisse Autorität gebührt, so ist das doch nur so zu sagen eine moralische, welche unter Umständen wohl einen bestimmten Einfluß auf die Entscheidung ausüben kann, aber in keinem Fall als Rechtsquelle zu betrachten ist. Selbst einer vollständig ausgebildeten Theorie kommt diese Bedeutung noch nicht zu, so wenig wie dem Willen des Gesetzgebers,

1) Vgl. Volksrecht und Juristenrecht, Cap. 10.

dem es noch an der formellen, äußeren Sanction fehlt. Aber umgekehrt ist es auch nicht die in den Präjudicien der Gerichtshöfe dargelegte oder durch zuverlässige Schriftsteller (die Praktiker) bezeugte Rechtsanwendung, die Praxis allein, der das Juristenrecht mit wissenschaftlicher Sicherheit entnommen werden kann. Denn die deutsche Jurisprudenz wenigstens hat wohl mehr durch die Theorie als durch die Praxis ihre principielle Ausbildung erhalten, und die Gerichtshöfe sind namentlich in Beziehung auf das gemeine Recht in ihren Erkenntnissen häufiger den ihnen von den Theoretikern zugetragenen Ansichten gefolgt, als daß sie diese umgekehrt bestimmt hätten. Jedemfalls hat stets eine lebendige Wechselwirkung zwischen beiden Seiten der Jurisprudenz statt gefunden, und nur wer sie in dieser zwiefachen Richtung zu erfassen weiß, wird ein tieferes Verständniß ihres Inhalts und besonders auch desjenigen Theils, der wirklich zum Juristenrecht sich ausgebildet hat, erlangen können²⁾. — Aber nicht bloß in der Rechtslehre und Rechtsanwendung haben sich die deutschen Juristen thätig gezeigt, sondern auch in der Gesetzgebung, welche lange Zeit fast ausschließlich in ihren Händen lag, und durch welche sie ihren rechtlichen Ansichten eine, mehr oder weniger weite legislative Geltung zu verschaffen wußten, die aber auch umgekehrt wieder auf die Ueberzeugung der späteren Juristen bestimmend zurückwirkte, und ihre Durchführung im Rechtsleben erleichterte³⁾.

Wenn nun aber, wie bemerkt worden, in den Präjudicien der Gerichtshöfe vorzugsweise die zur Bethätigung des Juri-

2) S. die oben §. 34. Note 10. citirten Schriftsteller. — Maurer, Lehrbuch, I. §. 32. ff. hat nicht bloß darin gefehlt, daß er eine ganz wunderliche „Beweistheorie“ des Juristenrechts aufgestellt, sondern auch darin, daß er Gerichtsgebrauch und Theorie als verschiedene Rechtsquellen behandelt hat.

3) Deswegen sind die Particular- und Statutarrechte, auch wenn sie kein eigentliches Volkrecht bezeugen, so wichtig für die geschichtliche Entwicklung der gemeinen deutschen Rechtsideen.

stenrechts nöthige Gewohnheit enthalten ist, so muß auch verlangt werden, daß sich in ihnen die Anwendung des Rechts-sages in einer gewissen Allgemeinheit und in der für das Herkommen erforderlichen Dauer ausgesprochen findet. In ersterer Beziehung wird namentlich der Unterschied zwischen einer gemeinen und einer bloß particulären Praxis zu beachten sein, der früher, besonders zur Zeit, wo die sächsischen Juristen einen so überwiegenden Einfluß ausübten, oft genug übersehen worden ist. Was aber die Dauer betrifft, so genügt es nicht, daß sich die Präjudicien in einer gewissen Reihenfolge wiederholen, sondern es ist auch nöthig, daß unter ihnen eine Art geistigen Zusammenhangs besteht, welcher sie eben als Ausfluß einer bestimmten Rechtsansicht erscheinen läßt, und es gestattet, sie zu dem Begriff der Praxis zusammen zu fassen. Aber auch diese muß wieder in ihrer Bewegung beobachtet werden, damit die Continuität der älteren Praxis mit der heutigen bestimmt erkannt werden kann. Das gilt auch dann, wenn es sich nicht um einzelne Präjudicien, sondern um glaubwürdige Zeugnisse handelt, welche die Praxis unmittelbar bekunden, und hier so gut, wie überhaupt bei dem Gewohnheitsrecht, den Nachweis der einzelnen Fälle der Uebung ersetzen können. In dieser Beziehung darf man es nicht an der nöthigen Vorsicht fehlen lassen, und muß sich namentlich hüten, die Aussprüche älterer Juristen nicht zu leicht für noch gültig zu halten. Dazu liegt aber um so eher eine Veranlassung vor, weil seit der Trennung des deutschen Privatrechts von den Pandekten die civilistische Jurisprudenz in der allseitigen Beherrschung des Rechtsstoffs zurückgeschritten ist, und namentlich die Germanisten lange Zeit viel zu wenig dem *usus modernus* sich zugewandt haben. Es fehlt daher seit jener Periode weit mehr, wie in der früheren, an solchen Autoritäten, welche die Praxis bekunden, und man fühlt sich daher versucht, sie den älteren, bewährten Schriftstellern ohne die gehörige Berücksichtigung der historisch begründeten Verschiedenheiten zu entnehmen. Die sorgfältige Benutzung neuerer

Präjudicien, die aber immer mehr eine particularrechtliche Färbung bekommen, muß vor solchen Mißgriffen sichern. Vor Allem aber kommt es darauf an, daß man bei der Erforschung des Juristenrechts eben nicht einseitig verfährt, sondern die allseitige Thätigkeit des deutschen Juristenstandes, deren Product es ist, ins Auge faßt, und die verschiedenen Momente für sich und in ihrer wechselseitigen Einwirkung auf einander in Anschlag bringt.

Wenn aber eine solche Methode schon der Natur des Gegenstandes nach als eine wissenschaftliche bezeichnet werden muß, so läßt sie sich ihrer Hauptaufgabe nach noch bestimmter charakterisiren. Es ist die Geschichte der Rechtsinstitute oder die Dogmengeschichte, welche hier besonders in Betracht kommt; aber freilich eine solche, welche sich nicht bloß an Einzelheiten und Aeußerlichkeiten hält, sondern den Entwicklungsgang der Jurisprudenz im Allgemeinen und in Beziehung auf bestimmte Institute zu verfolgen, und das Verhältniß der Rechtslehre zur Praxis der Gerichtshöfe und zum Rechtsleben im Volke klar und sicher, soweit die historische Forschung überhaupt es vermag, festzustellen und zur Anschauung zu bringen weiß. Daraus geht denn wieder hervor, daß, so wie das Juristenrecht selbst nur einen Theil unseres positiven Rechts ausmacht, und mit andern Rechtstheilen vielfach vereint und verwachsen ist, — so auch die Methode desselben nicht ausschließlich zur Anwendung kommen kann, sondern eben nur als eine besondere, durch ihren Gegenstand bestimmte Seite der Rechtswissenschaft überhaupt sich darstellt.

III. Verhältniß der Rechtsquellen unter einander.

§. 37.

A. Im Allgemeinen.

Auch bei einfachen und wohlburchgebildeten Rechtszuständen wird es vorkommen, daß der Inhalt der Rechtsquellen

nicht in allen Punkten übereinzustimmen scheint, daß sich Abweichungen und Verschiedenheiten zeigen, welche eine Ausgleichung nöthig machen. Um wie viel mehr muß dieß in solchen Staaten der Fall sein, welche nicht nur, wie die meisten deutschen, mit andern in einer gewissen Rechtsgemeinschaft stehen, sondern auch in ihrem Particularrechte die größte Mannichfaltigkeit der Rechtsregeln nach ihrem Ursprung, Umfang und Gegenstand aufzuweisen haben. Hier eine sichere und principienmäßige Ausgleichung herbeizuführen, die Quellen ihrem eigenthümlichen Werthe nach und in ihrem gegenseitigen Verhältnisse gehörig zu würdigen, überhaupt den gesammten Rechtsstoff zu durchdringen und zum einheitlichen Rechtssysteme auszubilden, — ist die Aufgabe der wissenschaftlichen Jurisprudenz, welche auch da, wo sich das Recht seinen Hauptzügen nach in einem Gesetzbuch zusammengedrängt findet, freilich nicht entbehrt werden kann, aber doch eine viel leichtere Arbeit hat. Bei der weiteren Durchführung dieser Aufgabe ist denn von der schon früher begründeten Regel auszugehen, daß die Rechtsquellen — Gesetz und Gewohnheit — im Wesentlichen von gleicher Kraft und Wirksamkeit sind, und daß es weniger darauf ankommt, den Vorzug der einen vor der anderen geltend zu machen, als ihre innere Uebereinstimmung, die Herrschaft der Rechtsprincipien, wo sie auch niedergelegt sein mögen, nachzuweisen.

Allein wenn auch den Rechtsquellen im Allgemeinen eine gleiche Bedeutung einzuräumen ist, so giebt es doch Fälle, wo die eine gegen die andere zurückstehen muß, indem die in ihnen enthaltenen Regeln nicht gleichzeitig ihre Anwendung finden können. Die Entscheidung, welcher dann der Vorzug gebührt, hängt aber bald von der Beschaffenheit der Rechtsquellen selbst und der in ihnen enthaltenen Normen ab, so daß ihr Verhältniß zu einander schon den Ausschlag giebt und eine Collision nur scheinbar besteht; bald müssen äußere, die Anwendung bedingende Umstände herbeigezogen werden, um den Vorzug der einen vor der anderen zu begründen. — Für den ersteren Fall,

der hier zunächst zu betrachten, finden folgende zwei Grundsätze ihre Anwendung.

a. Die der Zeit nach jüngere Rechtsquelle geht der ältern vor. Diese Regel versteht sich so sehr von selbst, daß es kaum nöthig scheint, sie nur besonders hervorzuheben: denn dadurch, daß ein neues Recht im Gegensatz zu den älteren geschaffen wird, tritt es ja eben an dessen Stelle und setzt es außer Kraft. So wie nun die sich widerstreitenden Regeln von ganz gleicher Beschaffenheit sind, ist das auch außer Zweifel¹⁾; nur wenn ein allgemeineres und specielleres Recht in einen solchen Conflict kommen, kann die Lösung schwieriger werden. Doch ist davon schon früher bei der Lehre von der Abänderung der Gesetze näher gehandelt worden²⁾.

b. Unter mehreren gleichzeitig geltenden Rechtsquellen geht im Fall des Widerspruchs diejenige vor, welche eine Regel aufstellt, die, mit der andern verglichen, ihrem Inhalte oder dem Umfange der Geltung nach die engere ist. Daher wird, den Fall der Anwendbarkeit natürlich vorausgesetzt, das anomalische Recht dem regelmäßigen, dem gemeinen das Landrecht, diesem das Provinzialrecht u. s. w. vorgezogen, so daß das Lokalrecht, welches aber seinem dispositiven Theile nach der Willkür der Betheiligten wieder unterworfen ist, zuerst seine Anwendung findet³⁾.

1) Vgl. oben §. 32.

2) S. §. 23. — Bei der Frage, inwiefern ein noch bestehendes Volkrecht die Ausbildung des Juristenrechts verhindern kann (s. oben §. 35.) liegt ein solcher Collisionssfall gar nicht vor, da es sich eben nur um die gültige Entstehung des Rechtsfalles handelt.

3) Es hat sich für die Bezeichnung dieses Verhältnisses das Rechts-sprichwort gebildet: Willkür bricht Stadtrecht, Stadtrecht bricht Landrecht, Landrecht bricht gemeinrecht. Vgl. hierüber A. W. Göze, das Provinzialrecht der Altmark, Vorrede, und besonders mit Rücksicht auf die geschichtliche Entwicklung: J. Weiske, practische Untersuchungen, III. S. 31. ff. — Bajer. Landr., Th. 1. Cap. 2. §. 17: Falls einige von obgedachten

Anders, wie in diesen Fällen, stellt sich die Sache da, wo nicht die Beschaffenheit der Rechtsquellen und der in ihnen enthaltenen Normen schon die Handhabe für die Ausgleichung der Conflictes bietet, sondern wo äußere Umstände den Ausschlag geben müssen. Dahin gehört der oben (§. 9.) erörterte Fall, wenn auf dem Gebiet des gemeinen Rechts verschiedene Institute deutschen und römischen Ursprungs vorkommen, welche möglicher Weise auf ein und dasselbe Rechtsverhältniß ihre Anwendung finden können. Von anderer Art wieder ist eine Collision, welche dadurch entsteht, daß in verschiedenen Theilen desselben Reichs oder in verschiedenen Staaten Rechtsquellen gelten, welche an und für sich von gleicher Kraft, ihrem Inhalte nach von einander abweichen, und doch gleichzeitig auf denselben Fall anwendbar erscheinen; das ist es, was man gewöhnlich als die Collision coordinirter Rechtsquellen oder Statuten (im älteren Sinne des Worts) bezeichnet, und wovon hier mit besonderer Rücksicht auf das Privatrecht näher zu handeln ist. Diese beschränktere Darstellung der Lehre gestattet es denn, die Collision der Rechtsquellen verschiedener Staaten vorzugsweise ins Auge zu fassen, ohne daß es nöthig wäre, für diejenige, welche zwischen den verschiedenen Provinzialrechten desselben Staates besteht, besondere Regeln aufzustellen. Denn für das öffentliche Recht bestehen freilich zwischen beiden Arten sehr wesentliche Verschiedenheiten ⁴⁾. — Aber auch aus dem

willkürlichen Rechten selbst nicht mit einander zusammen stimmen, so soll man am ersten auf die wohl hergebrachten besonderen Freiheiten, sodann auf jedes Orts löbliche Gewohnheiten, Satzungen und Ordnungen, hiernächst auf die General-Lands-Statuten und endlich auf das gemeine Recht sehen. —

4) Man denke nur, abgesehen von den staatsrechtlichen Verhältnissen, an die Vollstreckung der Urtheile fremder Gerichte, die Bestrafung der in der Fremde begangenen Verbrechen u. s. w. — Daß übrigens zur Zeit des deutschen Reichs die Reichsländer ein Mittelglied zwischen Staat und Provinz ausmachten, hat auf die Ausbildung dieser Lehre in der deutschen Jurisprudenz einen bedeutenden Einfluß ausgeübt, der auch jetzt noch,

Privatrecht sollen, um die folgende Darstellung zu vereinfachen, einzelne Collisionsfälle, namentlich aus dem Güterrecht der Ehegatten, dem Lehenrecht, See- und Wechselrecht ausgeschieden und einer späteren genaueren Darstellung bei den einzelnen Lehren vorbehalten werden.

B. Die Collision der Privatrechtsquellen verschiedener Staaten.

§. 38.

1. Princip der Lehre.

Die Fälle, in denen es sich möglicher Weise um die Anwendung des Rechts verschiedener Staaten handeln kann, beziehen sich entweder auf die rechtliche Lage eines Inländers im Auslande, oder eines Fremden im Inlande, oder auf Rechtsverhältnisse, welche im Auslande begründet sind. Die frühere Jurisprudenz ¹⁾ suchte nun die Regeln, nach denen man bei Anwendung der verschiedenen Rechtsquellen zu verfahren habe, hauptsächlich mit Rücksicht auf den Gegenstand zu bestimmen, und unterschied darnach *statuta personalia, realia und mixta*,

seitdem die Souveränität der deutschen Staaten sich verwirklicht hat, in Anschlag zu bringen ist. Denn ein Einfluß, welcher auf eine positive Rechtsbildung eingewirkt hat, dauert in seinem Erzeugniß noch fort, auch wenn ihm die Veranlassung entzogen ist, sich zu äußern, — was doch bei der Vereinigung der deutschen Staaten zum deutschen Bunde nicht ganz der Fall ist. Außerdem ist aber zu beachten, daß jene ältere Lehre nicht ausschließlich, wenn auch vorzugeweise mit Rücksicht auf das Verhältniß der Particularrechte (Statuten) in den verschiedenen Reichsländern ausgebildet worden. Indessen ist die völkerrechtliche Seite allerdings nicht genug hervorgehoben worden.

1) Eine Darstellung und Kritik der verschiedenen Ansichten findet sich in der ausgezeichneten Abhandlung von Wächter, über die Collision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten, im Archiv für civ. Pr. XXIV. S. 230—61. 270—311. XXV. S. 1—33. — Die Litteratur ist sehr vollständig angegeben bei Günther in Weiske's Rechtslexicon, s. v. Gesetz, IV. S. 721. ff.

je nachdem über die Person, ihre Rechtsfähigkeit, Familienbeziehungen u. s. w., über die Sachen und über die Handlungen namentlich über die Form derselben verfügt war. Im ersteren Fall sollte das Recht des Wohnorts, im zweiten das der belegenen Sache, im dritten das der vollzogenen Handlung zur Anwendung kommen²⁾. Allein diese Ansicht, obgleich in Landesgesetze übergegangen³⁾, und in neuester Zeit möglichst generalisirt⁴⁾, entbehrt eines leitenden Princips und ist auch nicht so weit, als behauptet worden, in das deutsche Gewohnheitsrecht übergegangen⁵⁾. Die fehlende Einheit in der Lehre suchte man nun freilich dadurch herzustellen, daß man die Regel voran stellte: ein jeder steht hinsichtlich aller ihn betreffenden Rechtsverhältnisse unter den Gesetzen seines Wohnorts oder beziehungsweise seines erimirten Forums oder seiner Heimath⁶⁾.

2) Daher erklärt es sich, daß die Neueren bei dieser Terminologie mehr auf den Ort, wo die Rechtsquellen gelten, als auf ihren Gegenstand Rücksicht nehmen, indem sie unter Personalstatuten das ganze in foro domicilii geltende Recht u. s. w. verstehen; s. v. Wächter a. a. D. XXIV. S. 256. ff. 277—81.

3) Baier. Landr. Th. I. Cap. 2. §. 17. — Dafern aber die Rechten, Statuten und Gewohnheiten in loco Judicii, Delicti, Rei sitae, Contractus und Domicilii unterschiedlich sind, so soll quoad formam processus auf die bey selbigen Gericht, wo die Sache rechtshängig ist, übliche Rechten, mit Bestrafung eines Verbrechens aber auf die Rechten des Orts, wo solches begangen worden, so viel hingegen die bloße Solennität einer Handlung betrifft, auf die Rechten des Orts, wo solche unter Todten oder Lebendigen gepflogen wird, in mere personalibus auf die Statuta in loco Domicilii, und endlich in realibus vel mixtis auf die Rechten in loco rei sitae ohne Unterschied der Sachen, ob sie beweglich oder unbeweglich, körperlich oder unkörperlich sind, gesehen und erkannt werden.

4) Namentlich von Kierulff, Theorie, I. S. 73—82.

5) v. Wächter a. a. D. S. 258. ff.

6) Hertius, de collisione legum (in opusc. vol. I. p. 91. sqq.) Sect. IV. §. 8. — Thibaut, System, I. §. 38. — Eichhorn, Einleitung, §. 34. — Der von Letzterem gemachte Versuch, den Einfluß der fremden Staatsgewalt innerhalb ihres eigenen Gebietes als eine bloße Beschränkung der aufgestellten Regel aufzufassen, kann wohl entschieden als mißlungen angesehen werden. Vgl. v. Wächter a. a. D. XXV. S. 9—12.

Aber dabei verkannte man, daß diese Regel dem Auslande gegenüber durch die ebenso allgemeine wieder aufgehoben wird: daß keine Gesetzgebung über die Grenzen ihres Staatsgebiets hinaus Wirksamkeit hat. — Nicht weniger unbefriedigend ist eine andere Ansicht, welche das Princip der Lehre auf die Nothwendigkeit des Schutzes wohlervorbener Rechte zurückführt, theils die Vorfrage, nach welchen Gesetzen die Rechte denn für wohlervorben gelten sollen, ungelöst bleibt, theils nicht alle Seiten der Lehre darnach ihre Erledigung finden können⁷⁾.

In allen jenen Theorien finden sich noch Nachklänge des früher gültigen Systems des Personalrechts, welches durch die Territorialität gebrochen, in dem heutigen souveränen Staat mit seiner absolut wirkenden Gesetzgebung keinen Platz mehr finden kann. Doch wird die Strenge dieser ausschließlichen Geltung des Landesrechts, welches, insofern es bloß vermittelnder Art ist, schon durch die Willkühr der Betheiligten modificirt werden kann, durch die völkerrechtlichen Beziehungen der civilisirten Staaten unter einander bedingt und gemildert. Denn indem sie sich mit der in ihnen bestehenden Rechtsordnung wechselseitig anerkennen, sind sie auch genöthigt, die Rechtsverhältnisse, von denen der internationale Verkehr der Staatsbürger abhängt und welche umgekehrt aus diesem erwachsen, gelten zu lassen und zu schützen. Daraus ergeben sich folgende Hauptregeln:

I. Das Recht eines jeden souveränen Staates gilt ausschließlich für die ganze Bevölkerung und das ganze Gebiet, so wie für alle Handlungen und Rechtsgeschäfte, welche im Bereich der Staatsgewalt vorgenommen werden. Die Gerichte sind auf die Anwendung dieses Landesrechts verpflichtet⁸⁾. Daraus folgt:

7) S. besonders F. G. Tittmann, de competentia legum externarum et domesticarum in def. potiss. juribus conjug. Hal. 1822. Vgl. v. Wächter a. a. D. S. 1—9.

8) Wächter a. a. D. XXIV. S. 261. — Foelix, traité du droit

a. Der Unterthan eines Staats steht auch in der Fremde unter seinem heimischen Rechte, soweit sein Staat überhaupt ein Interesse an den Verhältnissen des Unterthans in der Fremde nimmt und die Gewalt desselben ausreicht, um das heimische Recht geltend zu machen⁹⁾.

b. Der Ausländer wird in einem fremden Staate nach dessen Recht beurtheilt¹⁰⁾.

c. Das Recht des Staates bezieht sich auf sämtliche innerhalb seines Gebiets belegene Sachen.

II. Rechtsverhältnisse, die in einem souveränen Staat nach dessen Recht gültig begründet sind, werden auch in andern Staaten, welche mit jenem in den unter civilisirten Nationen hergebrachten völkerrechtlichen Beziehungen stehen, gleichmäßig anerkannt und geschützt, insofern nicht das öffentliche Recht derselben dem entgegensteht¹¹⁾. Anerkennung und Schutz wird

international privé (Paris 1843.) p. 12. ff. (Er faßt das Princip in zwei Sätzen zusammen: in jedem Staat gilt sein Recht; das Recht des Staates gilt nicht über seine Grenzen hinaus. Allein der zweite Satz liegt schon im ersten, wenn man sich die Staaten mit gleicher Souveränität neben einander denkt.) — Story, commentaries on the conflict of laws foreign and domestic in regard to contracts etc. 2. edit. Boston, 1841. (Ich habe dieß Werk selbst nicht benutzen können, und führe es nach den Citaten von Fölix an, welcher a. a. D. p. 12. Note 1. sich hinsichtlich des aufgestellten Principis auf ihn beruft.) — Pütter, das praktische europäische Fremdenrecht, (Leipzig 1845.) §. 2. — Mittermaier, Grundsätze, (7. Aufl.) I. §. 30.

9) Oesterr. Gesetzb. §. 4. Die bürgerlichen Gesetze verbinden alle Staatsbürger der Länder, für welche sie kundgemacht worden sind. Die Staatsbürger bleiben auch in Handlungen und Geschäften, die sie außer dem Staatsgebiete vornehmen, an diese Gesetze gebunden, insofern als ihre persönliche Fähigkeit, sie zu unternehmen, dadurch eingeschränkt wird, und als diese Handlungen und Geschäfte zugleich in diesen Ländern rechtliche Folgen hervorbringen sollen. —

10) Ueber das Recht der Fremden überhaupt wird später in einem besondern Abschnitt des Personenrechts noch näher gehandelt werden.

11) Nur in dieser Fassung, als das vorgestellte Princip modificirend, kann die von Schäffner, Entwicklung des internationalen Privatrechts, (Frankfurt a. M. 1841.) S. 40. gegebene Regel als begründet anerkannt

also nicht bloß dann versagt, wenn es sich um Rechtsverhältnisse handelt, die jemand über die Grenzen seines heimischen Staates hinaus überhaupt nicht geltend machen kann, z. B. eine politische Berechtigung; sondern auch in dem Fall, wenn der fremde Staat aus irgend einer Ursache ein in der Fremde oder nach fremdem Recht begründetes Rechtsverhältniß überhaupt für ungültig erklärt, oder es doch nicht nach dem fremden Recht beurtheilt wissen will, indem er sein eigenes darauf anwenden läßt. — Abgesehen also von bestimmten Staatsverträgen, erscheint diese zweite Regel nur als eine Modification der ersten, welche insofern wenigstens vorherrscht, als sie jene außer Anwendung bringen kann. Doch hat auch die zweite Regel eine selbständige Geltung, welche auf dem allgemeinen Grunde des Völkerrechts und namentlich auf den Principien des internationalen Verkehrs beruht ¹²⁾.

Aus der richtig abgewogenen Combination dieser beiden Hauptregeln ist die Lehre von der Collision der Privatrechtsquellen zu construiren, deren leitendes Princip so zu fassen ist:

werden. Er läßt nur insofern eine Beschränkung zu, als sich eine positive Sägung ausdrücklich auf die Anwendung fremder Rechte bezieht; wenigstens verstehe ich das a. a. D. S. 39. Gesagte so.

12) Heffter, das europäische Völkerrecht, S. 66. — Pütter, Fremdenrecht, §. 4. — Früher nahm man hier nur eine *comitas gentium* an ohne eigentliches Rechtsprincip; so noch Story l. c. §. 25. und Foelix l. c. p. 14. ff. — Günther, im Rechtslexicon, IV. S. 724. Note 20. faßt die *comitas gentium* indessen schon als *consuetudo inter gentes cultiores*. Ueber das Verhältniß zu barbarischen, dem europäischen Völkerrecht entrückten Völkern s. ebendas. S. 753—55. — v. Wächter hat diese völkerrechtliche Seite der Lehre ganz bei Seite gelassen, und nimmt nur insofern eine Modification der ersten Regel, welche ihm als absolutes Princip gilt, an, als den Betheiligten eine Abweichung von den Dispositivgesetzen des heimischen Staates (die s. g. Autonomie) auch in der Fremde zusieht; a. a. D. XXIV. S. 261—70. Dazu hält er noch den Richter für verpflichtet, im Zweifel nach seinem einheimischen Recht zu urtheilen, was doch eine sehr unbestimmte Bezeichnung ist. S. dagegen Kori im Archiv für civ. Pr. XXVII. S. 309. ff.

In jedem Staate kommt das einheimische Recht zur Anwendung, insofern nicht die in der Fremde begründeten Rechtsverhältnisse anzuerkennen und zu schützen sind.

Bei der weitem Entwicklung der Lehre ist aber natürlich auf das in den einzelnen Staaten positiv darüber ausgebildete Recht die gehörige Rücksicht zu nehmen, mag es nun als Gesetz oder Gewohnheit begründet sein. Die folgende Erörterung, welche sich jedoch nur auf die Hauptpunkte beschränkt, hat es daher auch zunächst mit dem in Deutschland geltenden Rechte zu thun.

§. 39.

2. Anwendung des Princips.

I. In Beziehung auf die Rechtsfähigkeit im Allgemeinen, auf den bürgerlichen Stand und die Familienverhältnisse einer Person kommt regelmäßig dasjenige Recht zur Anwendung, unter welchem sie in ihrem heimischen Staate steht. Dieß ergibt sich für den Unterthan im Auslande hinsichtlich seines heimischen Staates aus dem im vorigen §. unter I. ausgeführten Grundsatz; für den fremden Staat aber liegt der Grund der Regel darin, daß die erwähnten Rechtsverhältnisse einer Person als nach ihrem heimischen Recht wohlterworben sich darstellen, und daher auch als solche anzuerkennen sind. Diese Regel wird von der Gesetzgebung ¹⁾ wie von der

1) Baier. Landr. Th. 1. Cap. 2. §. 17. (s. §. 38. Note 3.) — Pr. A. L. R. Einleitung, §. 23. Die persönlichen Eigenschaften und Befugnisse eines Menschen werden nach den Gesetzen der Gerichtsbarkeit beurtheilt, unter welcher derselbe seinen eigentlichen Wohnsitz hat. — Oesterr. Gesetzb. §. 34. Die persönliche Fähigkeit der Fremden zu Rechtsgeschäften ist insgemein nach den Gesetzen des Ortes, denen der Fremde vermöge seines Wohnsitzes, oder wenn er keinen eigentlichen Wohnsitz hat, vermöge seiner Geburt als Unterthan unterliegt, zu beurtheilen; insofern nicht für andere Fälle in dem Gesetze etwas Anderes verordnet ist. — Code civ. art. 3. — — Les lois concernant l'état et la capacité

Theorie²⁾ gleichmäßig gebilligt, und findet auch auf die Rechtsfähigkeit juristischer Personen ihre Anwendung³⁾. Doch sind hier folgende Beschränkungen zu machen.

a. Es handelt sich bei der Regel nur von den allgemeinen staatsbürgerlichen Rechten, nicht von besonderen Ehrenrechten, wie Adel, Rang, Titel, deren Anerkennung in der Fremde keine eigentlich rechtliche Folgen hat⁴⁾.

b. Dem Standesverhältniß einer Person, welches ein Staat überhaupt nicht gelten läßt, z. B. persönliche Unfreiheit, Geschlechtsvormundschaft, wird er, auch wenn es anderswo begründet ist, keine Wirkung beilegen⁵⁾.

c. Wenn auch die, die allgemeine Rechtsfähigkeit bedingenden rechtlichen Eigenschaften einer Person nach deren Personalstatuten beurtheilt werden, so kommt doch in Beziehung auf die rechtlichen Wirkungen, welche dieselben in der Fremde haben sollen, das dort geltende Recht zur Anwendung. Der Fremde Minderjährige ist z. B. hinsichtlich der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, welche er wegen seines Alters in Anspruch nimmt, nach dem Recht des erkennenden Gerichts zu beurtheilen; dasselbe gilt von den Vorrechten milder Stiftungen⁶⁾ u. s. w.

des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger. Vgl. Foelix l. c. p. 43. ff.

2) Die ältere Theorie von den Personalstatuten erkennt dies unbedingt an; s. außerdem Eichhorn, Einleitung, §. 35. — v. Wächter a. a. D. XXV. S. 161—88. — Heffter, europ. Völkerrecht, §. 38. Nr. 1. — Foelix, p. 39. ff. — Mittermaier, Grundsätze, I. §. 30.

3) Günther a. a. D. S. 729.

4) Weiter ist, wenigstens für Deutschland, den von Pütter, Fremdenrecht, §. 29. 30. gegen die gemeine Meinung vorgebrachten Gründen nicht nachzugeben; vgl. auch Oppenheim, System des Völkerrechts, S. 390. ff.

5) Günther a. a. D. S. 729. 730. — Mittermaier a. a. D. §. 30.

6) v. Wächter a. a. D. XXV. S. 177. ff. — Mittermaier a. a. D.

II. Das Vermögen als Ganzes betrachtet ist als die erweiterte Rechtssphäre einer Person anzusehen, und wie deren persönliche Rechtsfähigkeit nach dem Rechte des Wohnorts zu beurtheilen, was besonders bei der Erbschaft und der Concurssmasse gilt ⁷⁾. Doch kommen auch in Deutschland für die Immobilien, selbst wenn sie nur als Vermögenstheil betrachtet werden, Ausnahmen zu Gunsten der Realstatuten vor ⁸⁾.

III. Einzelne Sachen stehen unter dem Recht des Ortes, wo sie liegen. Für Grundstücke ist dieß allgemein anerkannt ⁹⁾; nicht bloß diejenigen Verhältnisse, welche sich unmittel-

7) Eichhorn, Einleitung, §. 35. — v. Wächter a. a. D. S. 188—200. — Phillips, Grundsätze, I. S. 207. — Mittermaier a. a. D. §. 32.

8) Namentlich wird jetzt mit überwiegenden Gründen behauptet, daß wegen Pr. A. L. R. Einleitung §. 32. (s. die folgende Note) die Intestat-erbsfolge in Immobilien von preussischen Gerichten stets nach dem Recht der belegenen Sache zu beurtheilen sei; s. Bornemann, systemat. Darstellung (2. Ausg.), I. S. 54. ff. Vgl. Mittermaier a. a. D. §. 32. — Günther a. a. D. S. 733—35. In England ist für diesen Fall die Herrschaft des Realstatuts unzweifelhaft; s. Schäffner, Entwicklung des internat. Privatrechts, S. 67. ff. 177. ff.

9) Baier. Landr. Th. I. Cap. 2. §. 17. — Pr. A. L. R. Einleitung, §. 32. In Ansehung des unbeweglichen Vermögens gelten, ohne Rücksicht auf die Person des Eigenthümers, die Gesetze der Gerichtsbarkeit, unter welcher sich dasselbe befindet. — Oesterr. Gesetzbuch, §. 300. Unbewegliche Sachen sind den Gesetzen des Bezirkes unterworfen, in welchem sie liegen; alle übrigen Sachen stehen hingegen mit der Person ihres Eigenthümers unter gleichen Gesetzen. — Code civ. art. 3. Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française. — Schon das Recht des Mittelalters ist in dieser Beziehung von dem System des Personalrechts abgewichen; s. Sächf. Landr., III. 33. §. 4. Sprict man of sin egen an, dar ne darf he nicht vore antwerden, denne in deme lande dar't binnen gelegen is. §. 5. Die koning sal of richten um egen nicht na des mannes rechte, wanne na des landes dar't inne leget. — Bei der überwiegenden Bedeutung des Grundbesitzes erklärt sich denn auch die Ausdehnung dieser Bestimmung auf das Erbrecht; s. a. a. D. I. 30. Jewelf inkommen man unweit erve binnen deme lande to saßen na des landes rechte unde nicht na des mannes, he si beier oder swaf oder vranke. Vgl. Schwäb. Landr. (Wadernagel) Art. 32.

bar darauf beziehen, wie öffentliche Lasten, dingliche und Besitzrechte werden in Beziehung auf ihre Begründung und Wirksamkeit nach den Realstatuten beurtheilt, sondern dasselbe gilt auch für die Intestaterbfolge, wenn sie für die einzelnen Grundstücke als solche eine besondere ist, z. B. bei der Succession in Familiensidecommissen¹⁰⁾. — Auf bewegliche Sachen dehnte man dagegen früher die Herrschaft der Personalstatuten aus nach der Regel: *mobilis ossibus inhaerent s. personam sequuntur*, was auch von den Landesgesetzen häufig anerkannt ward¹¹⁾; doch läßt sich dies aus allgemeinen Gründen und als deutsches Gewohnheitsrecht nicht deduciren. Vielmehr greift hier das Princip von der absoluten Geltung der Landesgesetze durch, welches nur in der Art beschränkt wird, daß anderswo begründete Rechte an Mobilien anerkannt und geschützt werden, wenn sie nach den Realstatuten nur überhaupt erwerbbar sind und sich nicht bloß auf die Verfolgung des Rechts beziehen¹²⁾. Im Allgemeinen aber ist es einerlei, ob die Sache zur Zeit, da das Rechtsverhältniß an ihr begründet worden, schon in dem Staate, um dessen Gesetze es sich handelt, befindlich war, oder erst später hineingebracht ist. — Die Vorfrage, ob eine

Ein iegelich man der uz einem lande in daz andere kumt, unde wil vor gerichte recht nemen umb ein guot daz in dem lande lit, er muoz recht nemen nach des landes rechte, niht nach sines landes rechte.

10) Außer den, die ältere Theorie vertretenden Schriftstellern ist zu vergleichen Eichhorn, Einleitung, §. 36. — v. Wächter a. a. D. XXV. S. 383. — Mittermaier a. a. D. §. 32. u. f. w.

11) Pr. A. L. R. a. a. D. §. 28. Das bewegliche Vermögen eines Menschen wird, ohne Rücksicht seines gegenwärtigen Aufenthalts, nach den Gesetzen der ordentlichen Gerichtsbarkeit desselben beurtheilt. — Oesterr. Gesetzb. §. 300. (s. oben Note 9.)

12) Baier. Landr., Th. 1. Cap. 2. §. 17. — v. Wächter a. a. D. S. 384—89. — Schäffner a. a. D. S. 82. ff. — Mittermaier a. a. D. §. 32. Von besonderer Wichtigkeit ist die Anwendung der Regel: Hand muß Hand wahren — im Gegensatz zu der unbedingten Vindication des Eigenthums nach römischem Rechte. Hierüber hat manches Besondere Eichhorn a. a. D. §. 36.

Sache rechtlich als beweglich oder unbeweglich zu betrachten, ist stets nach dem Realstatut zu entscheiden ¹³⁾.

IV. So wie ein Unterthan überhaupt von dem vermittelnden Rechte seines Staates in Rechtsgeschäften nach Belieben abweichen und der gesetzlichen Regel eine andere substituiren kann; so steht es ihm auch frei, sich innerhalb jener Grenze einem fremden Recht zu unterwerfen, und die darnach begründeten Rechtsverhältnisse haben Anspruch auf Anerkennung und Schuß vor seinen heimischen Gerichten. Die im vorigen §. unter II. aufgestellte Regel kommt daher namentlich auch dann zur Anwendung, wenn jemand in einem fremden Staate nach dessen Recht Geschäfte eingegangen ist. Dieß wird auch von allen anerkannt ¹⁴⁾, und bietet im Fall einer ausdrücklichen Unterwerfung unter das fremde Recht keine Schwierigkeiten dar. Allein nach welchem Recht ist das im Auslande abgeschlossene Geschäft zu beurtheilen, wenn keine ausdrückliche Verabredung darüber getroffen worden? Das läßt sich nun im Allgemeinen nicht bestimmen; es ist vielmehr wie überhaupt bei der Auslegung rechtlicher Geschäfte die Absicht der Betheiligten aus den Umständen zu entnehmen ¹⁵⁾. Doch lassen sich, abgesehen von den allgemeinen Interpretationsregeln, für die Beurtheilung dieses Falls folgende Gesichtspunkte feststellen.

a. Wenn Unterthanen desselben Staats im Auslande contrahiren, so wird im Allgemeinen anzunehmen sein, daß sie das Geschäft nach ihrem heimischen Rechte beurtheilt wissen wollen, — vorausgesetzt, daß dieses für beide gleich ist ¹⁶⁾.

b. Sonst gilt als Regel, daß das am Contractsorte geltende Recht entscheidet ¹⁷⁾, doch nicht unbedingt: namentlich bei

13) Phillips, Grundsätze, I. S. 206.

14) Eichhorn a. a. D. §. 37. — v. Wächter a. a. D. XXV. S. 35. ff. — Foelix l. c. p. 128. ff. — Pütter a. a. D. §. 117.

15) Günther a. a. D. S. 749—51.

16) Foelix l. c. p. 142. — Günther a. a. D. S. 750.

17) arg. L. 34. D. de R. J. — I. 6. D. de evict. vgl. v. Wächter

bauernden Leistungen, die an einem dritten Orte zu erfüllen sind, wird die Vermuthung eher für das Recht dieses Orts zu fassen sein ¹⁸⁾.

V. Die Form der Rechtsgeschäfte, mögen sie einseitige Handlungen oder Verträge sein, wird auf gültige Weise nach den Gesetzen, welche am Ort des Abschlusses herrschen, eingerichtet. *Locus regit actum* ¹⁹⁾. Doch ist hier zu bemerken:

a. Es bezieht sich dieß nicht auf die persönliche Fähigkeit zur Eingehung des Rechtsgeschäftes, welche vielmehr nach der *Lex domicilii* zu beurtheilen ist, wenigstens insofern, als das Geschäft in der Heimath Wirksamkeit haben soll ²⁰⁾.

a. a. D. §. 35—45. — Oesterr. Gesetzb. §. 37. Wenn Ausländer mit Ausländern, oder mit Unterthanen dieses Staates im Auslande Rechtsgeschäfte vornehmen, so sind sie nach den Gesetzen des Ortes, wo das Geschäft abgeschlossen worden, zu beurtheilen; dafern bei der Abschließung nicht offenbar ein anderes Recht zum Grunde gelegt worden ist, und die oben §. 4. (s. oben §. 38. Note 9.) nicht entgegensteht. — Für den Ehevertrag entscheidet zunächst das am Wohnorte des Ehemanns geltende Recht; s. L. 35. D. de jud. u. v. Wächter a. a. D. §. 47.

18) Vgl. Eichhorn a. a. D. §. 37. — Foelix l. c. p. 135. ff. — Günther a. a. D. §. 751. — Mittermaier a. a. D. §. 31. Nr. II.

19) v. Wächter a. a. D. §. 368—80., besonders Note 358. und 401, wo das Gewohnheitsrecht, welches sich hierüber gebildet hat, nachgewiesen worden. Eine beschränkende Bestimmung hat das Lübsche Recht, II. 1, Art. 16. Stirbe unser Bürger einer an einem fremden Orte, und machte ein Testament nach desselben Orts Rechte, solch Testament soll bey Kräften, auch in unserm Rechte erkannt werden: Allein daß solch Testament aus Noth angehendes Todes, an fremden Orten, und nicht vorsätzlicher betriegerischer Weise, den Erben zu Nachtheil, angestellet sey. — Die letzte Vorschrift, daß der Inhalt des Testaments nach der *Lex dom.* des Testators zu beurtheilen, ist übrigens allgemein anzunehmen; über die Wahl eines fremden Ortes in *fraudem legis domesticae* s. v. Wächter a. a. D. 412—17., der jedoch seine im Ganzen richtige Ansicht wohl zu schroff durchführt.

20) Mittermaier a. a. D. §. 31. — Durch ein österr. Hofdecret vom 22. Dec. 1814. und eine preuß. Cabinets-Ordre vom 28. Apr. 1841. wird deswegen auch, wenn ein Ausländer in diesen Staaten eine Ehe eingehen will, der Nachweis der Befähigung dazu vorgeschrieben; s. Schäffner a. a. D. §. 129.

b. Dingliche Rechte an Grundstücken können nur nach Vorschrift des Realstatuts erworben werden ²¹⁾, und die Auflassung namentlich ist nur vor der am Ort der belegenen Sache zuständigen Behörde zu vollziehen. Ueberhaupt ist jedes Geschäft, welches nur nach vorausgegangener Voruntersuchung (*causae cognitio*) vor einer bestimmten Behörde unter deren Bestätigung abgeschlossen werden kann, an einem dritten Orte nicht gültig vorzunehmen; selbst die Beobachtung der nach den Heimathsgesetzen vorgeschriebenen Form vor der incompetenten Behörde genügt nicht, weil eben die Wahl der letzteren die Nichtigkeit des Geschäftes zur Folge haben muß.

c. Die Abgaben, welche an Stempel u. s. w. von den Rechtsgeschäften zu entrichten sind, bestimmen sich zunächst nach dem Recht des Orts der Handlung; doch pflegen die Landesgesetze wegen Nachholung des Stempels hinsichtlich der im Auslande abgeschlossenen Geschäfte, die auch im Inlande Wirksamkeit haben sollen, besondere Vorschriften zu enthalten, welche zum Theil nach der Beschaffenheit der Geschäfte verschieden sind ²²⁾.

d. Wichtig ist noch die Frage, ob die Form des Orts der Handlung nothwendig befolgt werden muß, oder auch die am Wohnort vorgeschriebene im Auslande beobachtet werden kann. Manche Juristen sind der ersteren Ansicht ²³⁾; doch ist die letztere die richtige, insofern es sich um die Gültigkeit des im Auslande vollzogenen Geschäftes für die Heimath handelt ²⁴⁾.

21) Das Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 5. §. 115 schreibt die Beobachtung des Realstatuts sogar für den Fall vor, wenn unbewegliche Sachen, deren Eigenthum, Besitz oder Nutzung Gegenstand eines Vertrags sind.

22) Hierüber finden sich genaue Nachweisungen, auch für das deutsche Recht, bei Foelix l. c. p. 338. ff.

23) A. D. Weber, systemat. Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 62. Note 2. — Thibaut, System, I. §. 38. — Rierulff, Theorie, I. S. 81. Vgl. Foelix l. c. p. 100.

24) Mehr läßt sich wohl nicht zugeben; doch wird diese Beschränkung

VI. In Beziehung auf das gerichtliche Verfahren im weiteren Sinn (modus procedendi) kommt das Recht des erkennenden Gerichts unbedingt zur Anwendung. Darüber find Alle einig; freitig ist aber, ob dieß auch für die Extinctivverjährung gilt. Manche behaupten es²⁵⁾, während Andere dasjenige Recht, nach welchem das Rechtsverhältniß in feinen materiellen Wirkungen zu beurtheilen ist, gelten lassen wollen²⁶⁾. Allein die erste Ansicht ist doch vorzuziehen, da ganz abgesehen von den Präceptivgefetzen des Klageorts und denjenigen Gefetzen, welche die Einrede der Verjährung von Amtswegen berücksichtigen lassen, das Rechtsverhältniß durch dieselbe nur aus äußern, formellen Gründen aufgehoben wird, welche mit seiner besondern Natur wohl in Verbindung stehen können, aber nicht als die materiellen Folgen desselben erscheinen.

gewöhnlich nicht gemacht. S. Eichhorn a. a. D. §. 35. — Wächter a. a. D. §. 377. — Foelix l. c. p. 98. ff. — Günther a. a. D. §. 783. — Mittermaier a. a. D. §. 31. — Uebrigens muß ein anderswo nach dem Recht des Wohnorts errichtetes Geschäft gültig bleiben, auch wenn später der Wohnort verändert wird, da es sich hier nur um das zur Zeit der Errichtung geltende Recht handelt, — ähnlich wie auch ein später erlassenes Gesetz die Gültigkeit des nach dem früheren Recht abgeschlossenen Geschäftes nicht aufhebt. Andrer Meinung ist Wächter a. a. D. §. 380—82.

25) Mittermaier im Archiv für civ. Pr. XIII. S. 307. — Grundsätze, I. §. 31. — Mählenbruch; doct. pand. I. §. 73. — v. Wangero, Leitfaden, I. §. 27. — Günther a. a. D. §. 744—45. — Pütter, Fremdenrecht, §. 80.

26) v. Wächter a. a. D. §. 409—12. — Heffter, europ. Völkerrecht, S. 71. Note 8. — Schwantend äußert sich Foelix l. c. p. 140. ff.

Zweites Kapitel.

Die Quellen des gemeinen deutschen Privatrechts.

§. 40.

Im Allgemeinen.

Wenn im vorhergehenden Kapitel die Rechtsquellen überhaupt als die Entstehungsgründe des positiven Rechts betrachtet worden sind, so handelt es sich jetzt davon, die einzelnen historisch begründeten Quellen des gemeinen deutschen Privatrechts näher anzugeben, wobei jedoch die des Ständerechts der späteren Darstellung desselben vorbehalten bleiben. Es sind indessen, bevor die hier zu gebende Aufzählung erfolgt, noch einige allgemeine Bemerkungen voraus zu schicken.

Wenn nämlich auch oben (§. 12—15.) die Behauptung aufgestellt und durchgeführt worden ist, daß es bei der Darstellung des gemeinen deutschen Privatrechts nicht so sehr auf eine besondere Methode ankomme, welche in etwas Anderem ihren Schwerpunkt habe, als in der richtigen, wissenschaftlichen Behandlung der Rechtsquellen, so läßt sich doch nicht übersehen, daß die eigenthümliche Beschaffenheit, welche die Quellen des gemeinen deutschen Rechts überhaupt und nicht bloß die des Privatrechts haben, auf die Methode einen gewissen Einfluß ausüben muß. Das gemeine Recht ist nämlich vorzugsweise ein ungeschriebenes, welches sich aber nicht immer in einfachen, allgemein erkannten Volksgewohnheiten darstellt, sondern theils in der geschichtlichen Bewegung der Jurisprudenz, theils aber in den besondern Gestaltungen des particulären Rechtslebens nachgewiesen werden muß. Betrachten wir Beides in seiner Eigenthümlichkeit.

Beim Juristenrecht, für dessen Erkundung die Dogmengeschichte sich als unentbehrlich herausstellt, werden die Rechts-

quellen erst durch ihre historisch-kritische Behandlung, durch die Zusammenstellung und Sichtung der einzelnen Lehrmeinungen und Rechtsprüche und durch die wissenschaftliche Bearbeitung des ganzen Materials zu einer solchen Bedeutung erhoben, daß ihnen das positive Recht mit Sicherheit entnommen werden kann. Ein einzelnes Präjudicat, die Ansicht eines einzelnen Juristen, wenn sie auch noch so sehr bestimmend auf die Rechtsbildung eingewirkt haben, können dieselbe, schon weil das Juristenrecht auf dem Herkommen beruht, doch niemals wie ein allgemeines Gesetz ausschließlich begründen. Natürlich aber ist die Bedeutung des Einzelnen nach seinem Werthe und seiner Beschaffenheit verschieden, und namentlich stellt sich in letzterer Hinsicht ein Unterschied dar zwischen einer solchen Thätigkeit der Juristen, welche sich unmittelbar und ausschließlich auf das gemeine Recht bezieht, und einer solchen, welche sich zunächst nur mit dem particularen Rechte beschäftigt, und jenes mehr gelegentlich und als bloßes Hülferecht berücksichtigt. Doch muß man sich auch in dieser Beziehung vor Mißverständnissen hüten. Manche Lehre des gemeinen Rechts ist zuerst in der particularrechtlichen Behandlung so erstarkt, daß daraus später die weitere Auffassung hervorgehen konnte; die Rechtsprüche der Landesgerichte bewegen sich bei dem Mangel particularrechtlicher Vorschriften oft ganz und gar auf dem Gebiete des gemeinen Rechts, oder haben Letteres doch trotz der besonderen Färbung, in der es sich darstellt, so scharf und wirkungsvoll erfaßt, daß aus dieser Behandlung ein allgemeiner Gewinn für das deutsche Rechtswesen sich ergab ¹⁾. Umgekehrt aber haben auch die

1) So standen z. B. die Bearbeiter des gemeinen Sachsenrechts in ihrer Wirksamkeit lange auf der Grenze zwischen dem gemeinen und particularen Rechte; die Decisionen des Revius müssen ihrem Erfolge nach zu den wichtigsten Quellen des gemeinen Juristenrechts gezählt werden; wie bedeutend haben Pufendorfs Observationen, Pfeiffers praktische Ausführungen, die juristischen Abhandlungen von Heise und Cropp eingewirkt u. s. w.

Reichsgerichte und die Spruchcollegien der Juristenfacultäten und Schöppenstühle, obgleich ihre Competenz nicht auf einzelne Territorien beschränkt war, oft genug auf Particularrechte Rücksicht nehmen müssen²⁾; oft ist auch der innere Gehalt des von ihnen Geleisteten so unbedeutend gewesen, daß es für die Rechtsbildung ganz ohne Einfluß blieb. Ueberhaupt läßt sich für die Stellung jener Behörden hinsichtlich ihrer Bedeutung für das deutsche Rechtswesen ein bestimmter Wechsel nachweisen, der bei der Beurtheilung ihrer Wirksamkeit auch im Einzelnen wohl in Anschlag zu bringen ist. Bis zum Ende des 16. Jahrhunderts war der Einfluß des Reichskammergerichts überwiegend; unglückliche politische Zustände machten sich aber auch hier geltend, und die Juristenfacultäten zogen, namentlich in Beziehung auf das Privatrecht einen großen Theil von der früheren Autorität des Kammergerichts an sich. Sie behaupteten sich dann lange Zeit in ihrem Ansehen, auf welches sich auch die s. g. Praktiker durch Mittheilung der Facultätsentscheidungen stützten³⁾; aber seit der Mitte des vorigen Jahrhunderts sind sie immermehr durch die höheren Landesgerichte aus ihrer Wirksamkeit verdrängt worden, und diese nehmen jetzt beinahe ausschließlich ihre frühere Stellung ein.

Aus dem Angeführten ergibt sich, daß für die Darstellung und Begründung des Juristenrechts eben die Herrschaft über das ganze Material nothwendig ist, und daß die Beschäftigung der Schriftsteller mit dem gemeinen oder particulären Recht, die Competenz der Spruchbehörden keinen wesentlichen Unterschied für die Benützung ihrer Arbeiten begründen.

Eine ähnliche Stellung aber, wie die juristische Literatur,

2) Man nehme nur den Einfluß der Rechtsprüche der Lübinger Juristen auf das württembergische, der Wittenberger auf das sächsische Recht. Auch für die Reichsgerichte war das gemeine Recht ja nur das subsidiäre, — ein Princip, welches freilich wegen mangelhafter Bekanntheit mit den Particularrechten häufig genug verletzt ward.

3) So Schilter, J. G. Böhmer, Leyser, Wernher u. s. w.

nehmen auch die particulären Rechtsquellen für die Darlegung des gemeinen Rechts ein. Man kann ihre Bedeutung in dieser Hinsicht etwa mit der der einzelnen Handlungen für die Erkundung des Gewohnheitsrechts vergleichen; sie bezeugen das gemeine Recht in seiner thatsächlichen Offenbarung, ohne es immer oder nur gewöhnlich als solches zu bezeichnen. Dadurch erscheinen die particulären Rechtsquellen, auch wenn sie nicht bloß specielles Recht enthalten, nur als Momente für die gemeine Rechtsbildung, deren Natur und Entwicklungsgang im Allgemeinen durch die bei der Erkundung des ungeschriebenen Rechts anzuwendende Methode, welche die Empirie und die historische Forschung zu ihrer Grundlage hat, bestimmt werden; aber als wissenschaftlich zu sichtendes und zu verarbeitendes Material sind jene Quellen doch für die Lehre des gemeinen Rechts von der größten Bedeutung. An ihnen läßt sich eben zeigen, in welcher Art und in welchem Umfange die Institute des letzteren zur Geltung gelangt, modificirt und beschränkt sind.

Um aber den Entwicklungsgang des gemeinen Rechts überhaupt und in dem Spiegel des particulären Rechts zur Anschauung zu bringen, genügt es nicht, nur die jetzt noch geltenden Quellen des letzteren zu betrachten, sondern man muß auch die geschichtlichen Voraussetzungen unseres heutigen Rechtszustandes, die älteren Rechtsdenkmäler als Momente für die historische Deduction herbeiziehen und benutzen. Dabei darf denn nicht übersehen werden, daß unser deutsches Rechtsleben von der allgemeinen Wurzel des germanischen Wesens ausgegangen ist, und daß sich in dem älteren Recht verwandter Völker für das unsrige Anknüpfungspunkte finden, durch deren richtige Benutzung die so oft dürftigen deutschen Rechtsquellen erst ihren vollen Inhalt und ihr rechtes Verständniß erhalten. Als die einzelnen Nationalitäten sich aber allmählich schroffer von einander abschlossen und ihr besonderes Staatsleben sich selbständiger ausbildeten, da mußte freilich jene frühere Rechtsgemeinschaft, welche nie eine unbedingte war, vielfach gelöst

und gestört werden. Doch ist in manchen Grundansichten und auch in einzelnen Rechtsinstituten noch ein gewisser geistiger Zusammenhang geblieben, welcher für die rein germanischen Völker die nachhaltige Wirkung der ursprünglichen Blutsverwandtschaft bekundet. Die romanischen Völker dagegen, jene Mischung germanischer und römisch-provinzialer Elemente, haben das ihnen überkommene germanische Recht weniger consequent ausgebildet; aber dafür sind sie wieder durch einen andern Umstand mit den Deutschen in eine gewisse Gemeinschaft der Entwicklung ihres Rechtslebens geführt worden, — ich meine die Reception des römischen Rechts. Durch sie ist Deutschland zwischen das rein germanische und das romanische Wesen in die Mitte gestellt worden, indem es, der historisch begründeten Rechtsbildung nach, allerdings weniger römisches Element in sein Recht aufgenommen hat, als die Romanen, aber doch weit mehr, als die andern Völker reingermanischen Ursprungs, welche davon nur sehr mittelbar berührt worden sind. Deswegen ist die Kunde von dem neueren Recht auch der romanischen Völker, besonders der Italiener und Franzosen, für uns so interessant und belehrend.

Es giebt also vier Massen, welche bei der Darstellung des gemeinen deutschen Rechts Berücksichtigung finden müssen, wenn sie auch in dieser Beziehung nicht zu den Rechtsquellen im eigentlichen Sinne zu zählen sind: die juristische Literatur, die historischen Rechtsdenkmäler des Mittelalters, die deutschen Particularrechte und die Rechte verwandter Völker. Die erste und die letzte dieser Massen pflegt man nun zu den Hilfsmitteln der deutschen Jurisprudenz zu rechnen, während die beiden andern mehr oder weniger bestimmt unter den Quellen selbst aufgeführt werden. Nach der vorhergehenden Erörterung⁴⁾ em-

4) Vgl. auch oben §. 17. a. G.

pfiehlt sich eine andere Auffassung und Bezeichnung, indem zwischen den unmittelbaren und mittelbaren Quellen des gemeinen deutschen Rechts unterschieden, und letztere auf die vier so eben genannten Arten zurückgeführt werden. Danach ist es denn in der folgenden Ausführung gehalten worden; doch erschien es passend, um Wiederholungen zu vermeiden und einen festen Abschnitt zu gewinnen, die historischen Rechtsdenkmäler auf die Zeit vor dem Ende des 15. Jahrhunderts zu beschränken, wenn auch einzelne ältere Quellen noch gültig und einzelne spätere schon wieder aufgehoben sein sollten. Bei der Aufzählung war es aber nicht die Absicht, irgend wie eine Vollständigkeit des Materials zu geben, sondern nur die Hauptpunkte zum Anhalt und zur Orientirung festzustellen. Es sollte weder eine äußere Rechtsgeschichte oder eine Rechtsbibliothek, noch eine Rechtsstatistik geliefert werden, so sehr auch namentlich die letztere, die freilich außerordentliche Studien nöthig macht, ein dringendes Bedürfniß der deutschen Gegenwart ist. Die Particularrechte sind eben nur in ihrer Bedeutung für die gemeine Rechtslehre betrachtet worden; doch ist der Uebersichtlichkeit wegen die Literatur, welche sich auf dieselben bezieht mit Einschluß der Praxis der Gerichtshöfe, mit ihnen in demselben Abschnitt aufgeführt worden, während namentlich die Leistungen des Reichskammergerichts und der Juristenfacultäten neben den dogmatischen Werken über das gemeine Recht ihren Platz gefunden haben.

§. 41.

A. Die unmittelbaren Rechtsquellen.

Hierher gehören einmal die von den Rechtsverhältnissen getragenen allgemeinen Volksgewohnheiten, in denen das Volksrecht sich ausgesprochen findet, ohne daß es für dessen Erkundung nothwendig einer weiteren wissenschaftlichen Vermittlung bedürfte. Es kann deshalb auf das oben §. 31. Gesagte verwiesen werden. — Außerdem kommen aber hier nur noch, da

auf die fremden recipirten Rechtsquellen vom Standpunkte dieses Werkes aus keine Rücksicht genommen wird, die allgemeinen einheimischen Gesetze in Betracht, denen das gemeine Recht unmittelbar entnommen werden kann. — Also die deutschen Reichs- und Landesgesetze, die aber für das Privatrecht freilich nur eine spärliche Ausbeute gewähren.

I. Die deutschen Reichsgesetze.

Die älteren gehören zu den historischen Rechtsdenkmälern und sind bei diesen zu berücksichtigen; erst seit 1495, dem großen Wendepunkt in der deutschen Rechtsgeschichte, gewinnen sie an unmittelbar praktischem Interesse, obgleich man es begreiflich auch bei den späteren Reichsgesetzen mit einer in ihrer vollen Integrität bewahrten Gesetzgebung nicht zu thun hat. Das älteste Reichsgesetz, welches noch unverändert gilt ¹⁾, ist die Notariatsordnung Maximilian's I. von 1512. — Außerdem sind noch besonders hervorzuheben:

Der Wormser Landfrieden von 1495 (weil seine Dauer nicht auf bestimmte Jahre beschränkt ward, der ewige genannt).

Die Reichs-Kammergerichts-Ordnung (R.K.G.O. oder schlechthin R.G.O.) von 1495, zuletzt revidirt 1555.

Die Reichs-Polizei-Ordnung (R.P.O.) von 1530, 1548 und 1577.

Die peinliche Halsgerichts-Ordnung (P.G.O.) Karl's V. (Constitutio Criminalis Carolina, daher C.C.C.) von 1532.

Das westphälische Friedensinstrument, besonders das zwischen Deutschland und Schweden (Instrumentum Pacis Osnabrugensis (I.P.O.) von 1648.

1) Wenigstens in allen wesentlichen Punkten; an einzelnen Abänderungen durch das Herkommen, von den Particulargesetzen natürlich ganz zu schweigen, hat es freilich auch hier nicht gefehlt. Man nehme nur die Vorschrift a. a. O. §. 19., daß die Instrumente auf Papier geschrieben werden sollen.

Der Regensburger Reichsabschied von 1654, der jüngste genannt (J.R.A.) weil bei der späteren Permanenz des Reichstags kein Abschied weiter erfolgte.

Reichsgutachten und kaiserliches Confirmationsdecret wegen der Handwerks-Mißbräuche von 1731.

Der Reichs-Deputations-Hauptschluß (R.D.H.S.) vom 25. Febr. 1803²⁾.

Sammlungen.

Neue und vollständige Sammlung der Reichs-Abschiede. 4 Thle. Frankf. 1747. fol. (Diese Sammlung, besorgt von Senkenberg und Denschlager, geht bis 1736.)

J. J. Bachner von Eggenstorf, Sammlung aller vom Anfang des Reichstags vom J. 1663. bis anhero abgefaßter Reichsschlüsse. 4 Thle. Regensburg 1740—77. fol.

C. Fr. Gerstlacher, Handbuch der teutschen Reichsgesetze. 11 Thle. Karlsruhe und Frankfurt (später Stuttgart) 1786—94. Die einzelnen Stücke sind systematisch geordnet und mit Erläuterungen versehen; der 10. Theil enthält das Privatrecht.

G. Emminghaus, Corpus juris germanici tam publici quam privati academicum. 2. Aufl. Jena 1844. Nur die wichtigsten Reichsgesetze sind hier auszugsweise gegeben.

II. Die deutschen Bundesgesetze³⁾.

Deutsche Bundesacte (B.A.) vom 9. Juni 1815⁴⁾.

Schlußacte der über Ausbildung und Befestigung des deutschen Bundes zu Wien gehaltenen Ministerial-Conferenzen v. 15. Mai 1820 (B.S.A.), am 8. Juni d. J. von der

2) Abgedruckt bei v. Meyer, Staatsacten, I. S. 12. ff.

3) Insofern sie vertragsweise zu Stande kommen und nicht von einer höheren Autorität erlassen werden, ist dabei von einem Gesetze freilich nicht im strengsten Sinne des Wortes zu sprechen.

4) Ueber ihre Entstehung s. J. L. Klüber, Acten des Wiener Congresses. 9 Bde. Erlangen 1816—33.

Bundesversammlung zum zweiten Fundamentalstatut des Bundes erhoben.

Einzelne Bundesbeschlüsse, welche die Bestimmung haben, Gesetzeskraft zu erlangen (wozu aber natürlich die Publication erforderlich), finden sich in den Protokollen der deutschen Bundesversammlung; seit 1816 gedruckt, sind sie aber nur bis 1826 in 18 Bänden mit 5 Bänden Anhang veröffentlicht worden. — Einzelne Beschlüsse sind auch für das Privatrecht von Interesse, z. B. der B. V. vom 19. Juni 1845. über den Nachdruck.

Sammlungen.

J. L. Klüber, Quellen-Sammlung zu dem öffentlichen Recht des deutschen Bundes. 3. Aufl. Erlangen 1830.

G. v. Meyer, Staatsacten für Geschichte und öffentliches Recht des deutschen Bundes. 2 Theile. Frankf. 1833. mit einem Nachtrage von 1840.

B. Die mittelbaren Rechtsquellen.

§. 42.

I. Die juristische Literatur.

I. Die deutsche Jurisprudenz wurzelt in der italienischen, durch deren Vermittlung das römische Recht in Deutschland eingeführt ist. Von besonderem Einfluß waren namentlich außer der *Glossa ordinaria* des Accursius die Werke von Bartolus und Baldus:

Bartolus a Saxoferrato; opera omnia. Basil. 1562. 5 voll. fol.

Baldus, Ubaldu Perusinus, opera omnia. Taurin. 1576. 3 voll. fol.

Vergleichen die Rechtsprüche der *Rota Romana*:

Auditorum Rotae Romanae Decisiones antiquae et recentiores. Venet. 1570. fol. ¹⁾.

1) Cf. J. H. Boehmer, exercitt. ad pand. I. XVII. De collectionibus, usu et praestantia Decisionum, praecipue Rotae Romanae et Mevianarum.

Das letzte italienische Werk von bedeutendem Einfluß auf die deutsche Praxis ist der s. g. Codex Fabrianus:

Ant. Faber, codex definitionum forensium et rerum in Sabaud. senatu tract. Lugduni 1606. fol.

In Deutschland trat zuerst als selbständiger, wissenschaftlich gebildeter Jurist U. Zasius (+ 1535) auf; von ihm und seiner Schule (J. Eichard, J. Fichard, Joach. Mynsinger u. A.) datirt sich die moderne deutsche Rechtswissenschaft.

U. Zasius, opera omnia. Francof. 1590. 6 tom. fol.

II. Die Praxis des Reichskammergerichts, dargestellt in dessen Urtheilen, welche theils gesammelt und vollständig abgedruckt, theils zur Grundlage wissenschaftlicher Arbeiten gemacht worden sind, — Letzteres besonders von Mynsinger, Gaill und v. Cramer.

Joach. Mynsinger a Frundeck, singularium observationum Imp. camerae Cent. IV. Basil. 1563. fol. Cent. VI. ed. A. de Reyger. Vittenb. 1658. 4.

Andr. Gaill, practicarum observationum libri duo. Coloniae 1580. fol. u. öft.

Raph. Seiler, Kammergerichts Bei- und Endurtheile. Franff. 1572. fol.

J. Meichsner, decisiones divers. causarum in Camera Imp. judicat. Francof. 1603—6. 4. tom. fol.

G. Blumen, Chilias Sententiarum Cameralium. Francof. 1667. fol.

C. Klock, liber sing. relationum pro assessoratu habit. Norimb. 1680. fol.

Collectio nova rerum in aug. judicio Camerali decis. Francof. 1715. 4.

G. M. de Ludolf, symphorema consultationum et decisionum forensium. Francof. 1731—39. 3. voll. fol.

J. U. de Cramer, observationes juris universi ex praxi recentiori supremi Imp. tribun. haustae. Wetzlar 1758—72. 6 tom. 4.

J. U. v. Cramer, Weplarishe Nebenstunden. 128 Theile. Weplar 1755—73. — Dazu Register von Schneidt, Ulm 1768. 4. und Mayer, Weplar 1779.

Crameriana posthuma. 2 Thle. Augsb. 1786.

Sammlung merkwürdiger vom R.R.C.G. entschiedener Rechtsfälle (von J. M. Goscher). 6 Thle. Lemgo 1789—94.

Sammlung aller in den Jahren 1800—1804 bei dem Kaiserl. und R.C.G. zu Weplar ergangenen Urtheile und Decrete, auch gemeinen Bescheide und Conclufa. 5. Bde. Weplar 1800—1804. 4.

III. Rechtsprüche und Gutachten der Juristenfacultäten.

C. Rittershusius, consilia Altorfina. Hann. 1603. 4.

Ch. L. Leucht, consilia et responsa Altorfina. Norimb. 1702. fol.

M. W. Göß, rechtliche Entscheidungen der jur. Facultät zu Altdorf. Nürnberg 1808.

Decisiones Witebergenses et Lipsienses. Francof. 1599—1608. 3 tom. fol. 2).

Consilia Marpurgensia, ed. Herrm. Vultejus. vol. I—III. Marp. 1605—7. vol. IV. Francof. 1631. fol.

Dom. Arumaeus, sententiarum in fac. et dicast. prov. Jenensi pronunciat. libri II. Jen. 1608. 4.

N. C. de Lyncker, consilia et responsa (Jenensia). Edit. II. Jen. 1726. 44. 2. voll. fol.

Consilia Argentoratensia, cura J. F. Schmidii. 2 voll. Argent. 1682. fol.

— — vel illustria juris responsa a M. Ottone aliisque Ictis consign. cura J. Schilter. Argent. 1701. fol.

E. Mauritius, consiliorum sive responsorum partes II. quarum prior continet consilia Chiloniensia et Tubin-

2) S. Eichhorn, Einleitung, §. 14. Note 1.

gensia, quae Ao 1669. Chiloni impressa fuerunt. Francof. et Wetzlar. 1693. 4.

Inclytæ facultatis jurid. Tubingensis — — consilia et responsa. Tubing. Francof. et Giess. 1731—50. 9 voll. fol.³).

J. Stuckius, consilia juris colleg. Helmstadensis. Francof. 1666. fol.

Consilia et Responsa Helmstadensia, edd. A. Homberg. Francof. et Lips. 1713. fol.

J. N. Hertius, responsa et consilia, edd. J. J. Hert. Francof. 1729—30. 2. tom. fol. (Rechtssprüche der Gießener Facultät enthaltend).

Consilia Ictorum Hallensium. Halle 1733. 1734. 2 The. fol.

C. F. Klein, merkwürdige Rechtssprüche der Hallischen Juristenfacultät. 5 Bde. Berlin 1796—1802.

Lh. Schmalz, neue Sammlung merkwürdiger Rechtsfälle. Entscheidungen der Hallischen Juristenfac. 2 Bde. Berlin 1809—10.

H. H. Engelbrecht, selectiores consultationes colleg. Ictorum acad. Gryphiswald. Strals. et Gryph. 1741. fol.

C. F. J. Schorch, coll. inclytæ facult. jurid. Erfordensis respons. et sentent. select. Erf. 1770. fol.

G. C. Geiger und C. F. Glück, merkwürdige Rechtsfälle und Abhandlungen (mit Urtheilen der Erlanger Juristenfacultät.) 3 The. Erlang. 1792—1806.

Chr. Martin, Rechtsgutachten und Entscheidungen des Spruchcoll. der Univ. Heidelberg. 1. Bb. Heidelb. 1808.

Rechtssprüche und Gutachten der Juristenfacultät zu R o s t o c k. Berlin 1846.

3) Ueber die älteren Sammlungen der Tübinger Rechtssprüche von C. Besold, F. Ch. Harpprecht und W. A. Schöpf s. Wächter, Handbuch des württemb. Privatrechts, I. S. 670. ff. — Auf die im Text angeführte Sammlung wird gewöhnlich die Bezeichnung: Icti Tubingenses bezogen.

Außerdem finden sich viele Rechtsprüche der Juristenfacultäten in den Werken der später anzuführenden Praktiker zerstreut; so Wittenberger in Bernherts Observationen und Leyfers Meditationen, welcher letztere aber doch vorzugsweise Helmstädter mittheilt, Hallische bei J. H. Böhmer u. s. w. Auch sind viele der in Privatsammlungen herausgegebenen praktischen Arbeiten Einzelner im Namen der Juristenfacultäten abgefaßt und von ihnen gebilligt; namentlich die Göttinger Facultät ist auf diese Weise reichlich vertreten in den Sammlungen von Bütter, Selchow, Meister, G. L. Böhmer und v. Berg.

IV. Praktische Arbeiten, besonders Rechtsgutachten einzelner Juristen.

Aus dem 16. Jahrhundert giebt es wenige bedeutende Juristen, von denen nicht Sammlungen der von ihnen ausgestellten Consilia et Responsa sich finden sollten, welche eines großen Ansehens sich erfreuten: es war die Zeit der communis D.D. opinio. In dem Werke

Thesaurus communium opinionum et conclusionum sive receptarum sententiarum Excellentium utriusque Juris Consultorum. 2 tom. Francof. 1584. fol.

sind von deutschen Juristen besonders J. Fichard und M. Groß benützt. Später bildete sich die deutsche Rechtswissenschaft immer selbständiger aus, und die praktischen Arbeiten sind bis in die neueste Zeit einflussreiche Träger des wissenschaftlichen Bewußtseins geblieben⁴⁾, wenn auch bei ihrer Benützung mit Vorsicht zu verfahren, und besonders das Parteiinteresse, welches sich etwa darin geltend macht, gehörig in Anschlag gebracht werden muß.

Einige dieser wichtigen Sammlungen sind hier zu nennen, und zwar außer den Responsa juris des Zasius:

4) Ich erinnere nur an den Stäbelschen Beerbungsfall, den Ventinischen Successionsfall.

J. Fichard, consilia. 2 tom. Francof. 1590. fol.

Joach. Mynsinger, responsa juris. Basil. 1596. fol.

M. Wesembeck, consilia et responsa (zuerst Basil. 1575. fol.) Viteb. 1601—19. 6 tom. fol.

E. Cothmann. responsa jur. s. consilia ac consultationes. Francof. 1613—19. 5 voll. fol.

Treutleri nec non Schoepsii consilia et responsa. 2 voll. Francof. 1625. fol.

D. Mevius, consilia posthuma. Francof. et Strals. 1680. fol.

J. H. Boehmer, consultationum et decisionum jur. 3 tom. in 7 part. Hal. 1733—54. fol.

Beckmannorum fratrum consilia et decisiones jur. 2 part. Goettg. 1784. 4. Dazu indices, conf. a T. F. W. Gerke ibid. 1789.

G. St. Pütter, auserlesene Rechtsfälle. 4 Bde. Göttg. 1763—1802. fol.

v. Selchow, Rechtsfälle. 4 Bde. Lemgo 1782—86. 4.

— — Neue Rechtsfälle. 3 Thle. Frankf. 1786—89. 4.

G. J. F. Meister, prakt. Bemerkungen. 2 Thle. Göttg. 1791—95.

G. L. Böhmer, auserlesene Rechtsfälle, herausgegeben von Hoppenstedt. 3 Thle. Göttg. 1799—1802. 4.

v. Berg, juristische Beobachtungen und Rechtsfälle. 4 Thle. Hannov. 1802—10.

Chr. Fr. Elvers, praktische Arbeiten. Rostock 1836.

Für die Benutzung dieser Sammlungen von Urtheilen und andern praktischen Arbeiten giebt es verschiedene Hülfsmittel⁵⁾.

5) P. M. Wehner, practic. observationum jur. selectarum liber singularis. (zuerst 1608. 4.) Edit. noviss. Argentor. 1701. fol. — J. Ch. C. Schroeter, repertorium juris consultatorium in praecipuas decisiones et responsa tam. summorum per I. R. G. ejusque status provinciales tribunalium, quam scabinatum et facultatum jurid. 2 voll. Lips. 1793. 94. (vol.

V. Dogmatische Werke mit besonderer Rücksicht auf die Praxis.

Hartmanni Pistoris opera omnia. Lips. 1621. 1679. 2 voll. fol.

Jo. Schilter, praxis jur. rom. in foro german. edd. Chr. Thomasius. Francof. et Lips. 1713. fol. (s. oben §. 8. Note 7.)

S. Stryck, specimen usus moderni pandectarum. (zuerst 1690.) Edit. nov. Hal. 1749—78. 4. Auch in den opp. Francof. et Lips. 14 voll. fol.

W. A. Lauterbach, collegium pandect. theor. pract. (zuerst 1690.) Ed. noviss. Tubing. 1784. 3 part. 4.

J. H. de Berger, oeconomia juris ad usum hodiernum accomm. (zuerst 1712.) Edit. VIII. cura C. G. Haubold. tom. I. Lips. 1801. 4.

J. H. Boehmer, exercitationes ad pand. 6 tom. Hann. 1745—64. 4.

A. de Leyser, meditationes ad pandect. 11 voll. Lips. 1717—48. 4. voll. XII. et XIII. cura Hoepfneri. Giess. 1774. 80.

J. E. J. Müller, observationes pract. ad Leyseri meditatt. ad pand. 6 tom. Lips. 1786—93.

J. B. de Wernher, selectae observationes forenses. 3 tom. Jen. 1738—49. fol.

T. J. Reinhart, selectae observationes ad P. Christianaei decisiones. Erford. 1743. fol.

C. F. Hommel, rhapsodia quaestionum in foro quotidie obvenientium. Ed. IV. Lips. 1783—87. 7 voll. 4.

II. ad jus germ. pert.) — R. G. Köffig, Repertorium der in den seit 1790 erschienenen prakt. jurist. Sammlungen befindlichen rechtl. Aufsätze und Fälle. Leipzig 1802. — R. Sichel, Repertorium über die in den Jahren 1802—34. erschienenen Sammlungen juristischer Aufsätze und rechtl. Entscheidungen. 2 Bde. Leipzig 1835.

J. A. Hellfeld, *jurisprudentia forensis*. (zuerst 1764.)
 Edit. noviss. Jen. 1806.

C. F. Glück, ausführliche Erläuterung der Pandecten
 nach Hellfeld, ein Commentar. 1. Ausg. Th. 1—34.
 Erlangen 1790—1830. Th. 34—43. fortgesetzt von C. F.
 Mühlenbruch ebend. 1832—43.

Gebüder Overbeck, Meditationen aus verschiedenen
 Rechtsmaterien. 11 Thele. Hann. 1796—1807.

C. C. Hofacker, *principia jur. civ. rom. germanici*.
 Ed. II. tom. I. Tub. 1800. tom. II. et III. cura Gmelin.
 1800—1803.

C. A. Günther, *principia jur. rom. privati novissimi*.
 2 tom. Jen. 1805—9.

R. Brinckmann, wissenschaftlich praktische Rechtskunde.
 1 Bd. Schleswig 1831.

Außerdem sind hier die neueren Lehr- und Handbücher
 und Systeme des römischen Rechts (die Pandecten) von Thi-
 baut, Schweppe, v. Wening-Ingenheim, Mühlen-
 bruch, Buchta, Göschen, Kierulff, v. Savigny, v.
 Bangerow u. s. w. zu nennen, welche mehr oder weniger
 auch über die Grenzen des reinen römischen Rechts hinaus
 auf die moderne Rechtsbildung Rücksicht nehmen.

VI. Selbständige Bearbeitungen des deutschen
 Privatrechts. (Die Germanisten.)

Die älteren Werke dieser Art bis auf Runde so wie die
 so zahlreichen älteren Dissertationen germanistischen Inhalts haben
 fast nur ein literarhistorisches Interesse⁶⁾.

G. Beyer, *delineatio jur. germ.* cura M. H. Griebneri.
 Hal. 1718. 4. cura C. G. Hofmanni. Lips. 1723. 4.

J. G. Heineccius, *elementa jur. germ. tum veteris*

6) Auch die unten angeführten Werke von Kössig, Krüll, Göde
 und Schmalz stehen außerhalb der Bewegung der neueren germanistischen
 Jurisprudenz.

tum hodierni tom. I. Edit. III. Hal. 1746. tom. II. Edit. II. Hal. 1743.

J. R. Engau, elementa jur. germ. civilis. Jen. 1737. Ed. IV. 1752. Hierzu, jedoch nur bis lib. II. tit. VI:

Chr. Gottl. Riccius, spicilegium jur. germ. Goett. 1750.

J. St. Pütter, elementa jur. germ. priv. hodierni. Goett. 1748. Edit. III. 1776.

J. F. Eisenhart, institutiones jur. germ. priv. Hal. 1753. Edit. III. 1775.

Bened. Schmidt, principia jur. germ. Norimb. 1756.

J. H. Ch. de Selchow, institutiones jurispr. germ. Hann. 1757. Später unter dem Titel: Elementa jur. germ. priv. hodierni. Ed. VIII. Goett. 1795.

J. G. Estor, bürgerliche Rechtsgelehrsamkeit der Deutschen, ausgefertigt von J. A. Hofmann. 3 Thele. Marburg 1757—67.

J. Fr. Runde, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts. Göttg. 1791. Ste von Ch. L. Runde besorgte Ausg. ·Göttg. 1829. — Dazu als Commentar:

W. A. F. Danz, Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts. Bd. 1—6. Stuttg. 1796—1800. 2. Ausg. 1800—1802. — Bd. 7. 1801. Bd. 8. (von Schott) 1807. Bd. 9. und 10. (von L. F. Grinsinger) 1822—23.

K. G. Rössig, erste Grundsätze des deutschen Privatrechts. Leipzig 1797.

F. X. Krüll, teutsches Privatrecht. 2. Ausg. Landsb. 1821.

Chr. A. G. Goede, jus germ. privatum. Goett. 1806.

Th. Schmalz, Lehrbuch des teutschen Privatrechts. Berlin 1818.

C. J. A. Mittermaier, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts mit Einschluß des Handels-, Wechsels- und Seerechts. 7. Ausg. 2 Bde. Regensburg 1847.

Chr. E. Weiße, Einleitung in das gemeine deutsche Privatrecht. 2. Aufl. Leipzig 1832.

A. Fr. Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht mit Einschluß des Lehenrechts. 5. Ausg. Götting. 1845.

G. Phillips, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts. 2 Bde. 3. Aufl. Berlin 1846.

F. Ortloff, Grundzüge eines Systems des deutschen Privatrechts mit Einschluß des Lehenrechts. Jena 1828.

W. Th. Kraut, Grundriß zu Vorlesungen über das deutsche Privatrecht mit Einschluß des Lehn- und Handelsrechts nebst beigelegten Quellen. 3. Ausg. Götting. 1845.

A. Maurenbrecher, Lehrbuch des heutigen gemeinen deutschen Rechts. Bonn 1834. 2. Ausg. 1. Bd. 1840.

C. W. Wolff, Lehrbuch des gemeinen deutschen Privatrechts. 1. Bd. Götting. 1843.

Außer diesen Werken giebt es noch zahlreiche Sammlungen germanistischer Abhandlungen von denselben oder verschiedenen Verfassern⁷⁾. Hier sind nur hervorzuheben:

VII. einige juristische Zeitschriften.

Th. Hagemann und C. A. Günther, Archiv für theoret. und prakt. Rechtsgelehrsamkeit. 6 Bde. Braunschweig 1788—92.

Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft, begründet von F. C. v. Savigny, C. F. Eichhorn und J. F. L. Göschen. Berlin 1815. ff.

Archiv für civilistische Praxis, begründet von Gensler, Mittermaier und Schweizer, jetzt herausgegeben von Franke, v. Linde, v. Löhr, Mittermaier, v. Bangerow und v. Wächter. Seit 1818 jährlich 1 Band.

Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, herausgegeben von v. Linde, Marejoll und v. Wening-Ingenheim (statt

7) Ein Verzeichniß s. bei Kraut a. a. O. S. 120. ff. — Hierher gehört auch theilweise: J. Weiske, Rechtslexicon — enthaltend die gesammte Rechtswissenschaft. Bd. 1—4. 2. Ausg. Leipzig. 1844. Bis jetzt sind erschienen 6 Bde. und von Bd. 7. Lief. 1—3. (Oldenburg incl.).

des letzteren mit dem 5. Bande: v. Schröter). Seit 1828 jährlich 1 Band.

Rheinisches Museum für Jurisprudenz, Geschichte u. s. w. begründet von Haffe, Böckh, Niebuhr und Brandis. 1. Jahrg. Bonn 1827. Seitdem erschien der juristische Theil, herausgeg. von F. Blume, J. C. Haffe, G. F. Puchta, F. Büggé u. a., als: Rheinisches Museum für Jurisprudenz, bis 1834. 7 Bde.

Themis, Zeitschrift für praktische Rechtswissenschaft, herausgeg. von Chr. Fr. Elvers. 2 Bde. Götting. 1827—29. Neue Folge Bd. 1. 1838—41.

Kritische Zeitschrift für deutsche Rechtswissenschaft, begründet von Aem. L. Richter, später in Gemeinschaft mit R. Schneider, dann von diesem allein herausgeg. Seit 1837 jährlich 1 Band in 12 Hefen. Leipzig.

Dem deutschen Recht ausschließlich gewidmet sind:

Erantien zum deutschen Recht. 1. Lief. herausgeg. von v. Dalwigk. Heidelberg 1825. 2. u. 3. Lief. herausgeg. von Falck. 1826. 28.

Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft, herausgeg. von A. L. Reyscher und W. F. Wilda seit 1839; Band 9. und 10. auch von Beseler.

VIII. Zusammenstellung von Controversen.

S. de Cocceji, jus civ. controversum. Ed. II. Francof. et Lips. 1729. 4.

C. A. Gründler, Polemik des germanischen Rechts. 3 Theile. Merseburg 1832—34.

Frh. v. Holzschuher, Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts. Bd. 1. Leipz. 1843. Bd. 2. Abth. 1. 1845.

II. Die historischen Rechtsdenkmäler *).

§. 43.

Quellen des deutschen Rechts bis zum Ende des 9. Jahrhunderts.

I. Volksrechte. (Leges barbarorum.) Sammlungen.

Fr. Lindenbrog, *codex legum antiquarum*. Francof. 1613. fol.

Corpus juris germ. antiqui consilio Jo. Gottl. Heineccii adornavit Petr. Georgisch. Hal. 1738. 4.

Barbarorum leges antiquae — cum notis et glossariis — collegit J. P. Canciani. Venet. 1781—92. 5 voll. fol.

Corpus juris germ. antiqui edd. F. Walter. 3 tom. Berol. 1824.

Es sind dieß Aufzeichnungen deutscher Stammesrechte in lateinischer Sprache, uraltes Volksrecht und spätere Satzungen, zum Theil mit Benutzung einzelner Regeln und Institute des römischen Rechts, enthaltend. Der Inhalt ist fragmentarisch und ein vollständiges Rechtssystem daraus nicht zu entnehmen. Vorzugsweise werden darin abgehandelt die Buß- und Wergeldstaxen, die Friedbruchsachen mit öffentlicher Strafe; ferner einige Rechtsverhältnisse des Königs und seiner Beamten, der Gerichte, der Kirche, des Grundeigenthums, der Familie besonders in Beziehung auf das Erbrecht; die allgemeinsten Beziehungen des Verkehrs ¹⁾.

*) S. Mittermaier, *Grundsätze*, I. §. 4—14. — Eichhorn, *Einleitung*, §. 2—13. — Phillips, *Grundsätze*, I. §. 3—15. — Krant, *Grundriß*, §. 2—24. — Maurenbrecher, *Lehrbuch*, I. §. 45—62. — K. Lürck, *historisch dogmat. Vorlesungen über das deutsche Privatrecht*, S. 25—177.

1) S. im Allgemeinen Eichhorn, *deutsche Staats- und Rechtsgeschichte*, I. §. 29—44. 143—47., und über das Princip der persönlichen Befehle, *System* I.

a. *Lex salica*. Noch in heidnischer Zeit (vor 496) abgefaßt, ward sie später erweitert und in einzelnen Stücken umgeändert. Darnach stellen sich verschiedene Recensionen des handschriftlichen Textes dar, dessen jüngste Fassung, wohl aus Karl des Großen Zeit, als *Lex sal. emendata* oder *reformata* bezeichnet wird. S. besonders

G. Waig, das alte Recht der Salischen Franken. Kiel 1846.

Lex salica ex variis quae supersunt recensionibus una cum lege Ripuariorum synoptice ed. E. A. Th. Laspeyres. Hal. Saxon. 1834. 4.

J. M. Pardessus, *Loi salique ou recueil contenant les anciennes rédactions de cette loi etc.* Paris 1843. 4.

b. *Lex Ribuarica* (*Ripuarica*) s. *Ripuariorum*. Die ersten 33 Titel sind zwischen 511—34 verfaßt; spätere Zusätze sind zwischen 622—28 hinzugekommen.

C. A. Rogge, *observationes de peculiari legis Ripuaricae cum Salica nexu.* Regiom. 1823. 4.

c. *Lex Burgundionum*. Unter König Gundobald († c. 515.) ward das Volksrecht der Burgunder aufgezeichnet, daher *Lex Gundobada*, *Loi Gombette* genannt, nicht zu verwechseln mit der *Lex Romana Burgundionum*. 517 erhielt es unter König Siegmund seine jetzige Gestalt; von ihm rühren auch *additamentum I.* und *II.* her.

d. *Lex Alamannorum*. Es ist wahrscheinlich unter König Chlothar II. zwischen 613—28 aufgezeichnet, später aber revidirt worden.

e. *Lex Bajuvariorum*. Es wird dem König Dago- bert (622—38) zugeschrieben. Einen Anhang bilden die *Decreta Thassilonis Ducis*, erlassen auf der Landsgemeinde zu Dingolsfingen 772.

Rechte im Gegensatz zum Territorialrecht v. Savigny, Geschichte des röm. Rechts im Mittelalter, I. Cap. 3., womit aber zu vergleichen G. Hegel, Geschichte der Städteverfassung in Italien (Leipzig 1847.) I. S. 436. ff.

f. *Lex Wisigothorum*. Die ältesten Aufzeichnungen des westgothischen Rechts stammen aus der Zeit des Königs Eurich (466—84); später kommen namentlich Gesetze von Chindaswind und Recciswind vor, welche seit 649 gemeinschaftlich herrschten. Diese Königsgesetze, altes Volksrecht (*Antiqua*) und römisches Recht verarbeitete man dann zu einem umfassenden Gesetzbuch, der *Lex Wisigoth.*, welche unter dem Namen: *Fuero juzgo* (*forum judicum*) um die Mitte des 13. Jahrhunderts ins Spanische übersezt ward.

Fuero Juzgo en Latin y Castellano, cotejado con los mas antiguos y preciosos Códices por la Real Academia Española. Madrid 1815. fol.

g. *Leges Langobardorum*. Dieß sind einzelne Gesetze langobardischer Könige in chronologischer Folge. Zuerst das *Edictum* König Rothers (*Rotharis*) v. 643; dann die *Leges* von Grimoald, Liutprand, Rachiß, Aistulf und nach der fränkischen Eroberung die Karl des Gr. und seiner Nachfolger bis auf Lothar II. 1136. Erst im 12. Jahrhundert ward das Material zu einem systematischen Werke geordnet, doch genau mit demselben Inhalt: die s. g. *Lombarda*, welche Carolus de Tocco ums J. 1200 glossirte. Die chronologische Sammlung citirt man *Leges Langob. (L. L.)* und dann den Namen des Königs und die Nummer des Gesetzes. Doch wird Rothers Edict oft für sich citirt und Liutprands Gesetze werden bald durchgezählt, bald nach 6 Büchern vertheilt angeführt. Abgedruckt sind die Gesetze in chronologischer Folge und mit Verweisung auf die *Lombarda* bei Walter, *corp. jur. germ. ant.* I. p. 683—838, und die Zusätze Karl des Gr. und seiner Nachfolger III. p. 583—682.

h. *Lex Frisionum*. Dieß Volksrecht und die zwei folgenden sind unter Karl dem Gr., wahrscheinlich im J. 802. aufgezeichnet worden.

Lex Frisionum, in usum scholarum rec. E. Th. Gaupp, Vratisl. 1832.

Karl von Richthofen, friesische Rechtsquellen. (Berlin 1840. 4.) p. XXVII—XLII.

i. Lex Saxonum.

E. Th. Gaupp, Recht und Verfassung der alten Sachsen, in Verbindung mit einer kritischen Ausgabe der Lex Saxon. Breslau 1837.

k. Lex Angliorum et Werinorum h. e. Thuringorum.

Ueber die Heimath dieses Gesetzes siehe:

W. Th. Kraut in den *Eränen zum deutschen Recht* III. S. 122. ff.

Herrn. Müller, *der Lex Salica und der L. Angliorum et Werinorum Alter und Heimath*. Würzburg 1840. — Ueberhaupt:

E. Th. Gaupp, *das alte Gesetz der Thüringer*. — Breslau 1834.

1. Die angelsächsischen Gesetze²⁾.

Es sind die Gesetze der in England herrschenden angelsächsischen Könige vom Ende des 6. Jahrhunderts an, wie die scandinavischen in der Muttersprache abgefaßt, — fortgeführt bis auf die Zeit Eduard des Bekenners.

Wilkins, *Leges Anglosaxonicae ecclesiasticae et civiles*. Lond. 1721. fol.

Reinh. Schmidt, *die Gesetze der Angelsachsen*. 1. Th. (den Text und die Uebersetzung enthaltend). Leipzig 1832.

Ancient laws and institutes of England (by Benj. Thorpe). London 1840. fol.

II. Gesetze der fränkischen Könige. (*Capitularien*).

2) Sie werden freilich oft nicht zu den *Leges barbarorum* gezählt, und finden sich nicht in den Sammlungen; doch enthalten sie deutsches Volksrecht, und gehören ebenfogat hierher, wie z. B. die *Lex Wisigothorum*. Sie sind auch wohl nur der Sprache wegen nicht in die Sammlungen aufgenommen.

Capitularia Regum Francorum — — coll. St. Baluzius. 2 tom. Paris 1677. cura P. de Chinia tom. I. Paris. 1780. tom. II. Basil. 1796.

Monumenta Germaniae historica ed. G. H. Pertz. tom. III. s. Legum tom. I. Hann. 1835. tom. IV. s. Legum tom. II. 1837. fol.

Walter l. c. tom. II. (nach Baluz.)

Fränkische Reichsgesetze kommen schon unter den Merovingern vor; unter den Karolingern werden sie häufiger. Doch gehören nicht alle Capitularien (von der Abtheilung in Capitel so genannt) in diese Kategorie: es finden sich auch Zusätze zu Stammesrechten, Dienstinstructionen der Beamten u. s. w. darunter. Eine chronologische Sammlung mit dem Abdruck des vollständigen Textes ist erst von Baluz begründet, von Perz verbessert und vermehrt; man citirt die einzelnen Gesetze nach dem Namen des Königs und dem Jahr der Abfassung oder nach dem Ort, wo sie erlassen worden. — Eine systematische Sammlung der Gesetze Karl des Gr. und Ludwig des Frommen ward schon im J. 827 vom Abt Ansegisus in 4 Büchern mit 3 Anhängen veranstaltet. Dazu kam in der Mitte des 9. Jahrh. die Sammlung vom Mainzer Diacon Benedict (Benedictus Levita) in 3 Büchern und 4 Anhängen, welche früher als das 5—7. Buch jenes ältern Werks gedruckt zu werden pflegte, aber aus sehr verschiedenen Quellen zusammengetragen, und von Perz daher unter die Capitularia spuria a. a. D. tom. II. P. II. p. 39—158. gesetzt ist. Vgl. Knust de Benedicti Levitae collectione capitularium l. c. p. 17—39.

III. Die Formeln.

Dies sind Formulare für die Notare zur Abfassung von Urkunden. Besonders wichtig sind die formulae Marculfi monachi in 2 Büchern aus der Mitte des 7. Jahrhunderts; der appendix dazu enthält Formeln aus späterer Zeit bis auf Ludwig den Frommen, und Lindenbrog hat eine Hand-

schrift der Marculffschen Formeln herausgegeben, unter denen viele andere vermischt stehen. Man nennt sie *formulae Lindembrogicae*, wie denn noch andere Formelsammlungen nach den Herausgebern bezeichnet werden: so die *formulae Bignonianae*, *Baluzianae*, *Sirmondicae* ³⁾. Andere führen ihren Namen von der Gegend, wo sie besonders gebraucht wurden: so die *form. Andegavenses* (herausgegeben von Mabillon) von Angers, die *form. Arvernenses* (herausgegeben von Baluz) von der Auvergne, die *form. Alsaticae* ⁴⁾ (herausgegeben von Claude Le Belletier) vom Elsaß. — Besonders hervorzuheben sind noch die *form. Langobardicae*, wovon zwei Arten vorkommen. Die einen finden sich eingestreut in den Text der Langobardischen Gesetze, kurze Proceßformeln, zu dessen Erklärung; die andern sind wirkliche Formulare für Rechtsgeschäfte, wenn auch nicht ausschließlich für langobardische. Canciani gab sie zuerst aus einer Veroneser Handschrift heraus, weswegen sie auch *form. Veronenses* genannt werden. Sämmtliche hier angeführte Formeln stehen bei Walter l. c. III. p. 282—558.

IV. Urkunden.

Urkunden sind schriftliche Aufzeichnungen, um die Kunde von bestimmten Ereignissen und Handlungen, namentlich von Rechtsgeschäften zu bewahren. Sie zeigen die Rechtsverhältnisse und die dafür geltenden Normen concreter und lebendiger als die Formeln, müssen aber für die Rechtslehre mit großer Vorsicht benutzt werden, damit man nicht etwas Vereinzelttes oder Particuläres in zu weiter Geltung auffaßt. Eine genaue Berücksichtigung aller Quellen und die massenhafte Combina-

3) Die f. g. *form. Goldastinae*, zuerst von Goldast edirt, auch bei Canciani *Legg. barb.* II. p. 414 sq. abgedruckt, sind wahre Urkunden und zwar alamannische, keine Formeln.

4) Dieß sind Urkunden des 9. Jahrhunderts aus dem alamannischen Helvetien, in Formeln verwandelt.

tion urkundlicher Nachrichten ist erforderlich, um sich ihrer für die Jurisprudenz mit der nöthigen wissenschaftlichen Sicherheit zu bedienen. Vor Allem aber ist natürlich die Echtheit der einzelnen Urkunden festzustellen, wozu die Diplomatie (*ars diplomatica*) die Anleitung giebt ⁵⁾.

Die uns erhaltenen italienischen Urkunden reichen bis zur römischen Zeit hinauf,

Gaët. Marini, *I papiri diplomatici*. Rom 1805. fol. auch die fränkischen sind zum Theil sehr alt; in Deutschland kommen sie seit der Errichtung der Bisthümer vor, zuerst bei den Franken, Alamannen und Baiern. Aus der großen Anzahl gedruckter Sammlungen sind etwa für die ältere Zeit hervorzuheben ⁶⁾:

Schannat, *corpus traditionum Fuldensium*. Lipsiae 1724. fol.

C. Meichelbeck, *historia Frisingensis*. Aug. Vindel. 1724—1729. 2 tom. fol. (systematisch bearbeitet von Häberlin. Th. 1. Berlin 1842.)

Monumenta boica (M. B.) Monach. 1769—1829. 29 tom 4. (tom. XXVIII und XXIX als *collatio nova*).

Neugart, *codex diplomaticus Alamanniae*. St. Blasii 1791. 2 tom. 4.

Nachweisungen gedruckter Urkunden (Register):

de Bréquigny, *tables chronologiques des diploms, char-*

5) Jo. Mabillon *de re diplomatica libri 6*. Paris 1681. fol. Dazu *supplementum ibid.* 1704. fol. Beide Werke zusammen Ed. III. op. Jo. Adimari 2 tom. Neap. 1789. fol. — *Nouveaux traité de diplomatique etc.* par deux religieux Bénédictins de la congrégation de St. Maur (Toussain et Tassin) 6 tom. Paris 1750—65. 4. Davon die deutsche Uebersetzung von J. Ch. Adelung: *Neues Lehrgebäude der Diplomatie*. 6 Theile. Erfurt 1759. 4. Außerdem die Werke von Eckhard, Gatterer, Schönmann u. a.; s. Kraut, *Grundriß*, S. 109.

6) S. überhaupt F. E. Dahlmann, *Quellenkunde der deutschen Geschichte*. 2. Aufl. Götting. 1838. — K. F. Eichhorn, *deutsche Staats- und Rechtsgesch.* I. S. 12. ff.

tes, titres et actes imprimés concernant l'histoire de France. 3 tom. Paris 1769—83. fol. 7).

P. Georgisch, *Regesta chronologico-diplomatica*, in quibus recensentur omnis generis monumenta et documenta publica. 4 voll. Lips. 1740—44. fol. (bis 1730.)

§. 44.

Quellen des deutschen Rechts vom Ende des 9. bis zum Ende des 15. Jahrhunderts.

Nach Auflösung der fränkischen Monarchie bildete sich das deutsche Rechtswesen auf dem Grunde der früheren Rechtsquellen weiter, indem nur das in den Capitularien und den aufgezeichneten Leges enthaltene Recht, soweit es überhaupt in Geltung blieb, allmählich in das Gewohnheitsrecht überging ¹⁾. Die Gesetzgebung, welche bis zur Ausbildung der Landeshoheit nur von der Reichsgewalt geübt werden konnte, nahm überhaupt eine untergeordnete Bedeutung ein; desto wichtiger war der Einfluß der Autonomie und des Gewohnheitsrechts, welche sich in verschiedenen Organen offenbarten, und überhaupt sich wechselseitig ergänzten.

1. Die deutschen Reichsgesetze, eine Fortführung der fränkischen Capitularien für das selbständig gewordene Deutschland. Sie finden sich bei

Pertz, *monumenta Germaniae historica* tom. IV. s. *Legum* tom. II. (bis zum Jahr 1313).

Neue und vollständige Sammlung der Reichsabschiede. (4 Thle. Frankf. 1747.) Th. I.

7) Ueber die Fortsetzung von Pardessus s. *Journal des Savants* 1846. Avril p. 249—50.

1) Die Anführung einer Lex in späterer Zeit beweist nicht die fortbauende Geltung der geschriebenen Quellen, da auch das gesammte Volksrecht darunter verstanden wird. Folgende Stellen sind unzweifelhaft: *Ottonis I. constit. ai. 951.* (Pertz *L. L.* II. p. 26.) — — *constitutum est in Franconofurt a rege — capitularium praecedentium regum institu-*

II. Die autonomischen Beliebigungen. Die Autonomie machte sich entweder geltend in den Beschlüssen freier Gemeinden und Genossenschaften oder in der Begründung einer Norm zwischen Herren und Dienenden für ihre Rechtsverhältnisse, was regelmäßig vertragsweise geschah, wenn auch häufig die Form einer einseitigen Willensbestimmung dabei gebraucht ward, oder ein Privilegium die Grundlage der spätern Rechtsbildung ausmachte; auch läßt sich in späterer Zeit der Uebergang in die von den Landesherren mit ihren Ständen geübte Gesetzgebung nicht verkennen²⁾. — Es sind hier besonders folgende Rechtsquellen zu erwähnen.

a. Die Hof- und Dienstrechte, jene für die niedern Hörigen, namentlich auf dem Lande, diese für die ritterlichen Dienstmänner oder Ministerialen bestimmt. Beispiele von ersteren:

Burchardi episcopi Wormatiensis leges et statuta familiae B. Petri praescripta c. 1024. bei Walter corpus jur. germ. ant. III. p. 775. sq. u. öft.

Hofrecht (jus litonicum) des Stiftes Hilbesheim bei Kraut, Grundriß, §. 21. Nr. 6.

Dienstrechte.

Privilegia de justitia ministerialium Babebergensis ecclesiae bei Eccard, corp. hist. med. aevi II. p. 101. Nr. 113.

Dienstrecht der Dienstmänner des Erzstifts Köln bei Walter l. c. p. 799. sq. — Des Erzstifts Magdeburg bei

uis coram positus. — Dipl. a. 1056. (M. B. vol. 29. P. 1. p. 123.) Otto — sanctae ecel. pro incesto ad satisfactionem inobediens — traditus est satanae. — Et ob hoc secundum legem Bavariorum (L. Bajuv. tit. 6. cp. 1. §. 2.) in nostro colloquio diffinitum est, omnia ad fiscum pertinere, quae idem Otto potuit habere. ©. Kraut, Grundriß, §. 17. Nr. 2.

2) Darauf deutet schon das berühmte Weisthum des Reichshofgerichts von 1231. (bei Pertz l. c. p. 283.) hin: ut neque principes neque alii quilibet constitutiones vel nova jura facere possint, nisi meliorum et majorum terre consensus primitus habeatur.

Kraut a. a. O. §. 21. Nr. 4. — Des Stiftes Hilbesheim ebendas. Nr. 5. — S. überhaupt

A. v. Fürth, die Ministerialen (Köln 1838.) Anhang S. 309. ff.

b. Landrechte. Dahin gehören:

Die sehr eigenthümlichen und interessanten friesischen Rechtsquellen: Die XVII. allgemeinen Ruren, ums J. 1200 verfaßt, die XXIV. allgemeinen Landrechte u. s. w. bei R. von Nichtenhofen, friessische Rechtsquellen. Berlin 1840. 4.

Das dithmarsische Landrecht von 1447 mit späteren Zusätzen, bei Michelsen, Sammlung altdithmarscher Rechtsquellen. Altona 1842.

Kaiser Ludwig's Bayerisches Landrechtbuch oder Bayerisches Landrecht v. 1346 bei J. Heumann, opuscula (Norimb. 1747. 4.) p. 11. sq. und v. Freyberg, Sammlung historischer Schriften und Urkunden, Bd. 4. Heft 3. S. 387—498.

Baierische Landesordnung von 1474 bei (Krenner) Baier. Landtagsverhandlungen, VII. S. 472. ff. u. s. w.

Am Ende des 15. Jahrhunderts werden die Landrechte in Gesetzesform, durch die nun begründete Territorialgesetzgebung möglich gemacht, schon häufiger; doch pflegten sie später erweitert und überarbeitet zu werden, was auch den alten Stadtrechten widerfuhr, und woraus die revidirten Stadt- und Landrechte, die Reformationen u. s. w. hervorgingen.

c. Stadtrechte. Das älteste auf uns gekommene deutsche ist:

Das Stadtrecht von Straßburg aus dem 11. Jahrhundert bei Walter l. c. III. p. 780. ff.³⁾ — Außerdem sind besonders die s. g. Mutterrechte durch die Vollständigkeit ihres Inhalts und die weite Verbreitung ihrer Geltung von Wichtigkeit. Dahin gehören:

3) Vgl. Mittermaier, Grundsätze, I. §. 11. Note 10.

Das Stadtrecht von Köln. Die älteste gedruckte Recension dieses Stadtrechts, welches noch viel zu wenig bearbeitet worden⁴⁾, sind die f. g. statuta et concordata von 1437. Wie Vieles von dem älteren Kölner Recht, namentlich Privatrecht in das Stadtrecht von Freiburg im Breisgau übergegangen, ist noch zweifelhaft; die älteste Verfassungsurkunde, herausgeg. von H. Schreiber, Freiburg 1833. 4., weist zunächst nur auf Kölner Handelsgebräuche hin. Spätere Redactionen H. Schreiber, Urkundenbuch der Stadt Freiburg i. B. Band I. — Das Freiburger Stadtrecht ist nach Bern gekommen, und in der Handfeste Kaiser Friederich II. v. 1218. (bei Schreiber a. a. D. S. 26. ff.) enthalten.

Das Stadtrecht von Soest. Es kommt davon ein lateinischer Text vor, den man ums Jahr 1120 setzt, abgedruckt bei F. D. Haebelin, *Analecta medii aevi* (Norimb. et Lips. 1764.) p. 507—18, und Seiberß, *Urkundenbuch zur Landes- und Rechtsgesch. des Herzogthums Westphalen*, I. S. 48—57. Dazu: Emminghaus, *commentar. in jus Susatense antiquiss.* Frankf. et Lips. 1755. 4. — Eine spätere Redaction des Statuts in niedersächsischer Sprache ist: *Dey aude Schrae der Stat van Soist*, bei Seiberß a. a. D. II. S. 387—417.

Das Stadtrecht von Lübeck. Von diesem berühmten, weit verbreiteten Stadtrecht sind uns aus der ersten Hälfte des 13. Jahrhunderts Recensionen in deutscher und lateinischer Sprache erhalten. Abdrücke bei E. J. de Westphalen, *mon. ined.* III. p. 619 sq., p. 639 sq.; ferner bei J. Fr. Hach, *das alte lübische Recht*. Lübeck 1839; v. Bunge, *die Quellen des Revaler Stadtrechts*, Bd. I. (Dorpat 1844.) S. 1—39. u. f. w. — Von den drei bei H. Brokes, *observa-*

4) In Köln ließe sich in den Bibliotheken und Archiven wohl noch ein reicher Schatz urkundlicher Nachrichten über das deutsche Städtewesen heben; das bekannt gewordene Material s. bei Mittermaier a. a. D. Note 14.

tiones forens. (Lub. et Alton. 1765. fol.) in app. abgedruckten Handschriften zeigen die zwei letzteren das Stadtrecht schon in einer größeren Erweiterung, die noch deutlicher aus den Rechtsprüchen des Lübischen Oberhofs und den Rathspröcollen, besonders den Verlaßbüchern hervorgeht. S. A. L. J. Michelsen, der ehemalige Oberhof zu Lübeck und seine Rechtsprüche. Altona 1839. C. W. Pauli, Abhandlungen aus dem Lübischen Rechte. Großentheils nach ungedruckten Quellen. 3 The. Lübeck 1837—41.

Das magdeburgische Recht. Außer einem kurzen Privilegium, welches Erzbischof Wichmann 1188 der Stadt Magdeburg ertheilte, ist deren Recht so wie das verwandte der Stadt Halle mehr gewohnheitsrechtlich, als autonomisch ausgebildet worden, wobei vorzugsweise die Schöffengerichte sich thätig bewiesen. Die Rechtsprüche derselben und die besonders nach Schlesien hin ertheilten Weisthümer bilden daher die wichtigste Quelle dieses Rechts. S. E. Th. Gaupp, das alte magdeburgische und hallische Recht. Breslau 1826. — G. A. Tzschoppe und G. A. Stenzel, Urkundensammlung zur Geschichte des Ursprungs der Städte in Schlesien und der Ober-Lausitz. Hamburg 1832. 4. — Aus denselben Quellen besteht auch das alte Kulmische Recht, herausgeg. Thorn 1584 fol. und mit einem Wörterbuch von C. R. Leman. Berlin 1838.

Stadtrecht von Goslar. Es ist vor 1360 abgefaßt und in 5 Büchern zusammengestellt; abgedruckt bei Leibnitz S. S. rerum Brunsvic. III. p. 484—535, und von Neuem herausgegeben und erläutert von D. Göschen. Berlin 1840.

Stadtrecht von Frankfurt am Main. Das Statut von 1297 und andere Frankfurter Rechtsquellen finden sich in dem Werke: der Oberhof zu Frankfurt am Main und das fränkische Recht in Bezug auf denselben. Ein Nachlaß von J. G. Chr. Thomas, herausgeg. von C. H. Euler und bevorwortet von J. Grimm. Frankfurt a. M. 1841.

Außer diesen Mutterrechten sind noch besonders hervorzuheben:

Die Ausburger Statuten von 1276 bei v. Freyberg, Sammlung deutscher Rechtsalterthümer. Bd. 1. Heft 1. 1828 und in einer späteren Redaction bei Walch, vermischte Beiträge IV. S. 1 ff.

Die Bremer Statuten von 1303 und 1433 bei G. Delrichs, vollständige Sammlung alter und neuer Gesetzbücher der freien Stadt Bremen. Bremen 1771. 4.

Die Hamburger Statuten von 1270, 1292 und 1497 bei Anderson, Hamburgisches Privatrecht, Th. 1. Hamb. 1782 und J. M. Lappenberg, hamburgische Rechtsalterthümer, Bd. 1. Hamb. 1845.

Das Bamberger Stadtrecht aus dem 14. Jahrh., herausgegeben von H. Zöpfl. Heidelberg 1839.

Das Stadtrecht von Prag aus dem 14. Jahrh., bei F. Köpfler, deutsche Rechtsdenkmäler aus Böhmen und Mähren. Mit einer Vorrede von J. Grimm. 1 Band. Prag 1845.

Münchener Stadtrecht von 1347, herausg. von Auer. München 1840.

Lüneburger Stadtrecht v. 1401, bei Kraut, das alte Stadtrecht von Lüneburg. Göttingen 1846.

Anderer Landrechte und städtische Statuten⁵⁾ sind noch abgedruckt bei K. F. Walch, vermischte Beiträge zu den teutschen Rechten. 8 Bde. Jena 1771—93. — A. Fr. Schott, Sammlungen zu den teutschen Land- und Stadtrechten. 3 Theile. Leipz. 1772—75. 4. — F. E. Pufendorf, observationes juris universi. Adjecta est appendix variorum statutorum et jurium. 4 tom. Hann. 1744—70. 4. Vgl. im Allgem. Chr. G. Riccius, zuverlässiger Entwurf von Stadt-Rechten. Frankf. und Leipz. 1740. 4.

5) Die s. g. *civiloquia* oder *Burspraken* (Bürger Sprachen), welche jährlich verlesen zu werden pflegten, enthalten durchweg nur polizeiliche Vorschriften. Vgl. Phillips, Grundsätze, I. §. 8. Note 16.

3). Das ungeschriebene Recht.

Dasselbe ist in Denkmälern verschiedener Art erhalten worden.

a. Die Rechtsbücher.

Dies sind Privatarbeiten, in denen das zur Zeit der Abfassung geltende Recht aufgezeichnet ward. Das Mittelalter war reich an solchen Werken: das Decretum Gratiani, der liber feudorum gehören ursprünglich dahin. Sie haben aber zum Theil eine gesetzliche Autorität erhalten, welche selbst über die Grenzen des Gebiets hinausging, für welches sie ursprünglich bestimmt waren. Hier sind nur die deutschen Rechtsbücher anzuführen ⁶⁾.

α. Der Sachsenspiegel (speculum saxonicum), welcher in ein Landrecht und Lehenrecht zerfällt. Nach einer alten gereimten Vorrede wird er dem Anhaltischen Ritter Eike von Repkow zugeschrieben, und vor das Jahr 1235 gesetzt, letzteres, weil Sächf. Landr. III. Art. 62. das Herzogthum Braunschweig Lüneburg noch nicht unter den Fahnlehen aufgeführt wird. Während aber einige die Abfassung des Rechtsbuchs ins 12. Jahrhundert, vor den Sturz Heinrich des Löwen setzen ⁷⁾, ist neulich die ältere, auf Sächf. Landr. I. Art. 3. irthümlich begründete Ansicht, das Rechtsbuch sei späteren Ursprungs, mit neuen Gründen vertheidigt worden ⁸⁾. Daß

6) C. G. Homeyer, Verzeichniß deutscher Rechtsbücher des Mittelalters und ihrer Handschriften. Berlin 1836.

7) J. Weiske, Abhandlungen aus dem Gebiet des deutschen Rechts. (Leipz. 1830.) Nr. II. S. 38. ff. — Derselbe in der Zeitschr. für deutsches Recht, I. S. 54. ff. — Schaumann, Geschichte des niedersächsischen Volkes, S. 527. ff.

8) Von Sasse, Zeitschr. für deutsches Recht, X. S. 62—88. Er setzt die Abfassung ums Jahr 1224., und beruft sich namentlich dafür auf Sächf. Landr., I. Art. 25. §. 3., wo der grauen Mönche gedacht wird. Darunter sei der 1208 gestiftete Franziskanerorden zu verstehen, der erst 1224 in Niedersachsen bekannt geworden und 1225 ein Kloster in Magdeburg erhalten habe. — Der Grund scheint schlagend, doch ist immer

aber das Werk ursprünglich von einem andern Verf. lateinisch geschrieben, und von Eike nur überarbeitet worden sei, ist doch nach der gereimten Vorrede B. 261—80 nicht anzunehmen, wenn auch die noch erhaltene ältere lateinische Redaction des Lehnrechts (der f. g. *vetus auctor de beneficiis*) Bedenken erregen kann. — Der Sachsenspiegel enthält zunächst das sächsische Stammesrecht, wie es in den Land- und Lehngerichten zur Anwendung kam; doch lag demselben ein, auch auf Reichsgesetzen ruhender Kern gemeinen deutschen Rechts zum Grunde, wodurch seine weitere Verbreitung sich erklärt. — Von den zahlreichen Handschriften sind auszuzeichnen die queblinburger, die berliner von 1369, eine heidelberger in obersächsischer Mundart mit erläuternden Bildern (*codex pictoratus*), die von U. F. Kopp, *Bilder und Schriften*, Th. 1. lehrreich erklärt sind, u. s. w. — Die beste Ausgabe ist von Homyer, des Sachsenspiegels erster Theil oder das sächsische Landrecht nach der Berliner Handschrift von 1369. 2. Ausg. Berlin 1835. Des Sachsenspiegels zweiter Theil nebst den verwandten Rechtsbüchern. Erster Band. Das sächsische Lehnrecht und der Nichtsteig Lehnrechts. Berlin 1842. Zweiter Band. Der *auctor vetus de beneficiis*, das Görliker Rechtsbuch und das (vom Herausgeber bearbeitete) System des Lehnrechts, ebend. 1844. — In den Einleitungen des Herausgebers finden sich sehr umfassende und genaue Untersuchungen über Geschichte, Quellen u. s. w. des Rechtsbuchs, dessen Artikel hier zuerst in §§. zerlegt sind. — Dasselbe ward schon ums Jahr 1340 von einem märkischen Ritter v. Buch mit einer romanisirenden Glosse versehen, welche später noch erweitert ward und in den meisten älteren Ausgaben abgedruckt ist. Der f. g. holländische Sachsenspiegel (gedruckt Frankf. und Leipz. 1763. 4.) ist ein

zu beachten, daß der Text des Rechtsbuchs allmählich erweitert worden, unsere Handschriften aber nicht auf die Zeit der ersten Entstehung hinaufgehen. Es wäre also immer möglich, daß die von Sachsse angezogene Stelle erst später hinzugekommen.

Auszug des sächsischen Rechtsbuchs mit Zusätzen aus dem mosaischen und niederländischen Recht in holländischer Sprache. Vgl. überhaupt Kraut, Grundriß, S. 73—78.

β. Rechtsbücher über den sächsischen Proceß. Dahin gehören besonders die s. g. Richtsteige (Schevenclouit d. h. Schöffenglosse, *ordo judicarius*) und zwar des Land- und Lehnrechts, worin die Anwendung des Sachsenspiegels vor Gericht gezeigt wird. Der Richtsteig Lehnrechts ist am besten bei Homeyer a. a. O. abgedruckt, der Richtsteig Landrecht in der Ausgabe des Sachsenspiegels, Augsburg 1516. fol. Letzterer außerdem noch im *corpus jur. germ. publ. ac privati* — — e. *bibliotheca Senckenbergiana emissum* — curavit — G. G. Koenig de Koenigsthal, (2 tom. Francof. 1760—65. fol.) tom. I. P. I. p. 129—248. und bei J. F. Lubovici, Einleitung zum Civilproceß. (Halle 1716. 4.) Anhang I.

γ. Sächsische Stadtrechtsbücher.

Das sächsische Weichbild, eine ursprünglich aus mehreren Stücken bestehende Bearbeitung des sächs. Städterechts auf Grundlage des Landrechts. Vgl. Gaupp, das alte magdeburgische und hallische Recht, S. 119—56. — Wilda im rhein. Museum für Jurisprudenz, VII. S. 320—43. — H. Müller, deutsche Rechtshandschriften des Stadtarchivs zu Naumburg. Berlin 1838. — Ausgaben von Chr. Zobel, zuerst Leipzig 1537. fol.; wo auch die Glosse abgedruckt ist, von Lubovici, Halle 1721. 4., und W. v. Thüngen, Heidelberg 1837.

Vermehrter Sachsenpiegel oder Rechtsbuch nach Distinctionen, früher irrthümlich schlesisches Landrecht, am besten vermehrtes Weichbild genannt. Es scheint der Mitte des 14. Jahrhunderts anzugehören, zerfällt in Bücher, Capitel und Distinctionen, und hat außer den sächsischen Rechtsbüchern namentlich auch die goslarischen Statuten (Kaiserweichbild) benutzt. Ausgaben: in den diplomatischen Beiträgen zur Untersuchung der schlesischen Rechte und Geschichte (von J. C. Böhme), 6 The.

in 2 Bdn. Berlin 1774. 75. 4. ⁹⁾ und von Fr. Ortloff, das Rechtsbuch nach Distinctionen nebst einem Eisenachischen Rechtsbuch. Jena 1836. In der Einleitung wird über jene sächsischen Distinctionen und deren Uebearbeitung, die s. g. Bölmannschen Distinctionen gehandelt.

d. Der s. g. Schwabenspiegel, in den Handschriften oft Kaiserrecht genannt, wie der Sachsenspiegel in ein (schwäbisches) Land- und Lehnrecht zerfallend. Dieß Rechtsbuch ist aus einer freien Uebearbeitung des Sachsenspiegels hervorgegangen ¹⁰⁾ unter Benutzung der verschiedenartigsten Quellen: des römischen und canonischen Rechts, der Capitularien, des bairischen und alamanischen Volksrechts, ja selbst der Bibel und erbaulicher Werke. Die Zeit der Abfassung scheint ums. J. 1275 anzunehmen, der Verfasser ein Geistlicher gewesen zu sein; die Absicht ist wohl, anders als beim Sachsenspiegel, auf die Darstellung eines gemeinen Reichsrechts, und nicht bloß auf die des schwäbischen und bairischen Rechts gegangen, obgleich das Rechtsbuch besonders dafür wichtig ist. — Eine sehr mangelhafte Recension des Textes von Hieron. von der Lahr (nach welcher jedoch häufig citirt wird) ist abgedruckt im zweiten Bande des von Königsthal herausgegebenen Senckenbergischen corp. jur. germ., an dessen Schluß sich ein Abdruck des werthvollen codex Ambrasianus (jetzt zu Wien) findet. Dieser liegt auch der Ausgabe von W. Wackernagel zum Grunde: der Schwabenspiegel in der ältesten Gestalt. Th. 1. Landrecht. Zürich und Frauenfeld 1840. Außerdem ist auszuzeichnen: der Schwabenspiegel oder Schwäbisches Land- und Lehen-Rechtbuch nach einer Handschrift vom J. 1287, herausgeg. von H. L. A. Frh. von Laßberg. Mit einer Vorrede

9) Es findet sich hier: Bd. 1. Th. 1. S. 34—48. Th. 2. S. 39—52. Th. 3. S. 27—41. Th. 4. S. 1—104. Bd. 2. Th. 1. S. 1—61.

10) Das umgekehrte Verhältniß ist nicht anzunehmen, s. besonders Homeyer, des Sachsensp. zweiter Theil, I. S. 91—101.

von A. L. Reyscher. Tübingen 1840. — Ueber das Weitere s. Wackernagel und Reyscher in den Vorreden zu den genannten Ausgaben; G. Finsler über eine Handschrift des Schwabenspiegels in den Granien, Lieferg. 2. S. 1. ff. — Kraut, Grundriß, S. 81—83.

e. Das s. g. kleine Kaiserrecht. Ein eigenthümliches, zuweilen wunderlich gefasstes Rechtsbuch, wie es scheint in einer bestimmten politischen und zwar ghibellinischen Tendenz geschrieben, und deswegen mit Vorsicht zu benutzen; eine besondere Berücksichtigung des fränkischen Stammesrechts ist wohl unzweifelhaft. Die Zeit der Abfassung fällt nach Endemanns Vermuthung (s. die Vorrede der sogleich anzuführenden Ausgabe, p. XIII.) unter Rudolf von Habsburg um das J. 1280. Das Werk ist in 4 Bücher eingetheilt, von denen das dritte das Lehenrecht, unter besonderer Berücksichtigung des Rechts der Reichsdienstmannen, enthält, das vierte sich vorzugsweise auf das Recht der Städte bezieht. Ausgaben: im Sendenbergschen corpus jur. germ. tom. I. P. I. p. 1—124. und: das Keyserrecht nach der (fuldaischen) Handschrift von 1372 in Vergleich mit andern Handschriften und mit erläuternden Anmerkungen herausgeg. von H. E. Endemann und mit einer Vorrede versehen von B. Hildebrand. Cassel 1846. — Ueber die Handschriften s. die Einleitung von Endemann.

7. Das Freysingische Rechtsbuch. Ursprünglich gab es zwei getrennte Rechtsbücher für das Stift und die Stadt Freysingen in Baiern, von denen das letztere, 1328 vollendet, jedenfalls von dem Fürsprecher Ruprecht von Freysingen abgefaßt ist. Im 15. Jahrhundert wurden beide Werke zu einem einzigen in 2 Büchern verbunden; bei der Ausarbeitung ist besonders der Schwabenspiegel benutzt worden; auf die bayerischen Rechtsquellen hat es einen bedeutenden Einfluß ausgeübt. — Neueste Ausgabe: das Stadt- und Landrechtsbuch Ruprechts von Freysing, ein Beitrag zur Geschichte des Schwabenspiegels von G. L. von Maurer. Stuttgart. und

Tüb. 1839. Die Vorrede handelt über das Geschichtliche; vgl. auch Auer in der Vorrede zu dessen Ausgabe des Münchener Stadtrechts.

b. Weisthümer.

Es sind Erklärungen, welche von den Schöffen, allein oder in Gemeinschaft mit dem Richter, oder auch von den bewährtesten Eingefessenen eines Bezirks über das an ihrem Gericht geltende Recht abgegeben wurden¹¹⁾. Die Veranlassung konnte eine verschiedene sein: bald wollte man in der Fremde das berühmt gewordene Recht zur Nachachtung kennen lernen, wie bei dem 1261 von den magdeburger Schöffen nach Schlessien erteilten Weisthum; bald war es ein Oberhof, der die Rechtsbelehrung an einen andern, mit seinem Recht bereits bewidmeten Ort erteilte¹²⁾, wovon die zahlreichen, unter den Schöffensprüchen abgedruckten Weisthümer der magdeburgischen und hallischen Schöffen, die goslarischen Rechtschreiben bei Brunß, Beiträge zu den deutschen Rechten, S. 225—89. u. s. w. Belege geben; bald endlich ward die Erklärung auf Verlangen der Betheiligten, z. B. der Dienstherrn abgegeben. - Zu der letzteren Art sind namentlich viele der von J. Grimm (deutsche Weisthümer, 3 Thle. Götting. 1840—42) gesammelten, das Hofrecht betreffenden Weisthümer zu rechnen, so wie die für das schweizerische Bauernrecht so wichtigen Deffnungen¹³⁾.

c. Rechtsprüche.

Viele Urtheile des Reichshofgerichts finden sich bei Herz (L. L. tom. II.) unter den Reichsgesetzen abgedruckt; andere kommen theils zerstreut unter andern Urkunden, theils in besondern Sammlungen vor; die der Oberhöfe sind natürlich beson-

11) Vgl. Eichhorn, Einleitung, §. 5, wo aber der Begriff zu eng gefaßt ist.

12) Vgl. Ortloff, Grundzüge, S. 11—13.

13) Vgl. Bluntschli, Staats- und Rechtsgeschichte der Stadt und Landschaft Zürich, I. S. 238. ff.

ders wichtig. Von Lübeck s.: A. L. J. Michelsen, der ehemalige Oberhof zu Lübeck und seine Rechtsprüche. Altona 1839. von Frankfurt: Thomas, der Oberhof zu Frankfurt a. M. herausgeg. von Euler. Frankf. 1841; von Goslar: Bruns, Beiträge zu den deutschen Rechten, S. 178—224; von Bremen: Delrichs, Gesetzbücher der Stadt Bremen, S. 161—262; von Magdeburg und Halle: (Böhme) diplomat. Beiträge, Band 2. Th. 2. S. 90—157, ferner hinter den Zobel'schen Ausgaben des Sachsenspiegels und des sächs. Weichbills, im Kulmer Stadtrecht u. s. w. Vgl. Kraut a. a. D. S. 87. 88.

d. Urkunden.

Sie sind außer den Rechtsbüchern und Stadt- und Landrechten die wichtigsten Rechtsdenkmäler des Mittelalters. Außer den schon für die vorhergehende Periode erwähnten Sammlungen kommen hauptsächlich die von Ludewig, Lünig, Westphalen, Gudenus, Schannat, Schöpflin, Gercken, Kindlinger, Günther, Böhmer, Michelsen, Seiber, Lisch u. s. w. in Betracht. — Eine besondere Beachtung verdienen aber die alten Raths- und Gerichtsprotokolle, namentlich die Verlaßbücher, in denen, wie aus Pauli's meisterhafter Benutzung derselben für die Darstellung des Lübisches Rechts hervorgeht, namentlich für das Privatrecht sehr wichtige Aufschlüsse zu finden sind. S. auch Matth. Glasen, erste Gründe des (sic) Kölnischen Schreinspraris. Köln 1784. 4. — Vollständig gedruckt und erläutert ist: das Kieler Stadtbuch von dem J. 1264 bis zum J. 1289, aus der Handschrift herausgeg. von J. F. Lucht. Kiel 1842. 4. ¹⁴⁾

14) Zum Verständniß der älteren Rechtsdenkmäler ist besonders die Kenntniß des Alt- und Mittelhochdeutschen, desgleichen der deutschen Dialecte und des im Mittelalters üblichen Lateins erforderlich. Für Letzteres ist das unvergleichliche Hülfsmittel:

Glossarium mediae et infimae Latinitatis, conditum a Carolo Du-

§. 45.

III. Die deutschen Particularrechte¹⁾.

1) Oesterreich.

a. Quellen²⁾.

Eine wichtige Sammlung österreichischer Rechtsdenkmäler ist begonnen von

fresne domino du Cange, cum supplementis integris monachorum ordinis Sancti Benedicti, D. L. Carpentier, Adelungii suisque digessit G. A. L. Henschel. Parisiis excudebant Firmin Didot fratres. 1840—46. VI. tom. 4.

Für das Deutsche des Mittelalters:

J. Grimm, deutsche Grammatik. Bis jetzt 4 Thle. Götting. 1822—1837. — G. O. Graff, althochdeutscher Sprachschatz oder Wörterbuch der althochdt. Sprache. 6 Thle. Berlin 1834—42. 4. — A. Ziemann, mittelhochdeutsches Wörterbuch. Quedlinb. und Leipz. 1838. — Ch. G. Haltaus, glossarium germanicum medii aevi. 2 tom. Lips. 1758. fol. (für den Germanisten unentbehrlich.) Außerdem Glossarien von Schilter, Wachter und Scherz.

Für einzelne Dialecte:

J. A. Schmeller, Bayer. Wörterbuch. 4 Thle. Stuttg. und Tüb. 1827—37. — K. v. Nitzhofen, altfriesisches Wörterbuch. Götting. 1840. 4. (zweite Abtheilung der altfries. Rechtsquellen.) — Versuch eines Bremisch-niedersächsischen Wörterbuchs — herausgeg. von der Bremisch-Deutschen Gesellschaft. 5 Thle. Bremen 1767—71. Viele niedersächsische Wörter und Wendungen sind im Glossar zu Sommers Sachsenspiegel erklärt; ein vollständiges niedersächsisches Wörterbuch wird von Rosgarten in Greifswald vorbereitet.

1) Als erster schwacher Versuch die Particularrechte in umfassender Weise der wissenschaftlichen Jurisprudenz nutzbar zu machen, ist anzusehen: H. Giesebert, periculum statutorum harmoniae practicae etc. Lub. 1652. 4. — Ein Verzeichniß deutscher Particularrechte finde ich zuerst in der Anmerkung des Herausgebers zu Conrings Abhandlung de origine jur. germ. in opp. edit. J. W. Goebel, tom. VI. (Brunsvic. 1730. fol.) p. 180—86. Mehr leistete schon de Selchow, elementa jur. germ. priv. hodiern. Praemissum specimen biblioth. juris prov. et statutarii germanici, — eine Arbeit, woran die Späteren angeknüpft haben. Vgl. Rittermaier, Grundsätze, I. §. 19. — Eichhorn, Einleitung, §. 16. — Ortloff, Grundzüge, S. 40—51. — K. Türk, Vorlesungen, S. 178—

J. B. Kaltenbaek, die österreichischen Rechtsbücher des Mittelalters. Erste Reihe. Die Ban- und Bergtaidingsbücher. 1. Bd. Wien 1846.

Sonst sind von den älteren Rechtsquellen außer den durch die Landstände veranlaßten Aufzeichnungen des provincialen Gewohnheitsrechts, welche Landtafeln genannt wurden, besonders zu nennen:

Die Landesordnung von Böhmen, gesammelt 1492, revidirt 1565.

Das mährische Landrecht, zuerst gedruckt 1538, rev. 1628.

Neu verfaßte Reformation des Landes- und Hofrechts des Fürstenthums Steyer, v. 1574.

Landesordnung der fürstlichen Graffschaft Tyrol v. 1532, rev. 1573 (aus der die Landordnung der fürstlichen Graffschaft Henneberg v. 1539 größtentheils entnommen ist).

Im 18. Jahrhundert beginnen die officiellen Gesefsammlungen der Monarchie:

Codex Austriacus (besonders die Zeit Leopold I. umfassend). 2 Thele. Wien 1704. fol. Dazu die 4 Fortsetzungen, welche bis auf das J. 1770 gehen. — Nach einem Zeitraume von 10 Jahren folgten dann: Joseph II. Gesetze und Verfassungen im Justizfach²⁾. Prag und Wien 1786—89. 6 Bde., welche seitdem fortgeführt worden sind. — Außerdem erschienen in den alten Provinzen seit 1819, in den neuen seit der Erwerbung besondere Provincialgesefsammlungen.

287. — Phillips, Grundsätze, I. §. 16—19. — Kraut, Grundriß, S. 96—103. — G. A. Gründler, Uebersicht der Quellen der in den deutschen Bundesstaaten geltenden Land- und Lehnrechte. Ismenau 1832. — Ueber die neueste Gesefgebung: A. Müller, Archiv für die neueste Gesefgebung aller deutschen Staaten. 4 Bde. Mainz 1832—33. — G. Hermbsdorf, Jahresberichte über die deutsche Gesefgebung. 2 Bde. (1844—45.) Leipzig 1845 und 46.

2) Vgl. J. Winivarter, das österr. bürgerl. Recht, I. §. 1—10.

3) Im Gegensatz zu den s. g. politischen Gesetzen, worunter alle übrigen verstanden werden; s. Winivarter a. a. D. S. 16.

Neben den officiellen Gesefsammlungen giebt es aber auch Privatsammlungen, welche die politischen und Justizgefese umfassen.

(Kropatschef) Sammlung der Gefese Maria Theresia's von 1740—80. 8 Bde. 2. Aufl. 9. Bd. Register. Wien 1787.

Sammlung österr. Gefese Bd. 1—25. Jahrgang 1792—1808 von Kropatschef; Bd. 26—60. Jahrg. 1809—34 von W. G. Goutta (dazu als Anhang zum 60. Bde. die Gefese vom 1. Jan. bis März 1835 von F. X. Pichl); Bd. 61. ff. die Gefese Ferdinand I. enthaltend von Pichl. Wien 1793. ff.

Als Repertorium: v. Hempel-Kürsinger, alphabetisch-chronologische Uebersicht der K. K. Gefese und Verordnungen von 1740—1821. 10 Bde. Wien 1825—27. Bd. 11. u. 12. als Fortsetzung bis 1830. Wien 1829—33.

Die Grundlage des heutigen österreichischen Rechts bilden indessen die neuen Gesefbücher, und zwar für das Privatrecht: Das allgemeine bürgerliche Gesefbuch für die gesammten Erbländer der österreichischen Monarchie. — Schon unter Maria Theresia, Joseph II. und Leopold II. vorbereitet, ward es am 1. Juni 1811 publicirt, um am 1. Jan. 1812. in Wirksamkeit zu treten, und zwar unter Beseitigung der meisten speciellen Rechtsquellen⁴⁾.

b. Literatur⁵⁾.

J. B. Suttinger, consuetudines Austriacae ad stylum Excelsi Regiminis infra Anasum (zuerst 1662.) Edit. nov. auth. Bern. Walthero, Norimb. 1718. 4.

Franz Ebler von Zeiller, Commentar über das all-

4) Österr. Gesefb. §. 11. Nur jene Statuten einzelner Provinzen und Landesbezirke haben Gesefeskraft, welche nach der Kundmachung dieses Gesefbuches von dem Landesfürsten ausdrücklich bestätigt werden.

5) Vgl. Winiwarter a. a. O. §. 12.

gemeine bürgerliche Gesetzbuch für d. ges. Erbl. d. österr. Monarchie. 4 Bde. u. 1 Bb. Register. Wien u. Triest 1811—13.

C. J. Pratobevera, Materialien für Gesetzkunde und Rechtspflege in den österr. Erbstaaten. 8 Bde. Wien 1815—24.

J. Winigarter, Handbuch der Justiz- und politischen Gesetze und Verordnungen, welche sich auf das bürgerliche Gesetzbuch beziehen. 3 Bde. 2. Aufl. Wien 1835. Nachträge dazu 1837.

Derselbe, das österr. bürgerliche Recht, systematisch dargestellt und erläutert. 5 Thele. 2. Aufl. Wien 1838—46.

B. C. Wagner, Zeitschrift für österr. Rechtsgelehrsamkeit und politische Gesetzkunde. Seit 1825; nach des Verf. Tode fortgesetzt von Th. Dolliner, J. Kudler u. A. Wien in 8.

2. Preußen.

a. Quellen.

Das krause Rechtswesen Preußens läßt sich kaum in wenigen Grundzügen schildern. Neben allgemeinen, für die ganze Monarchie gültigen Gesetzen bestehen drei Rechtssysteme⁶⁾, und im Kreise ihrer Herrschaft wieder ein buntes Gemisch von zum Theil veralteten, dem Rechtsbewußtsein entschwundenen Provinzial- und Statutarrechten.

1. In Neu-Vorpommern und Rügen und dem Bezirke des Justizsenats zu Koblenz gilt das gemeine Recht als subsidiäre Rechtsquelle.

2) In dem Bezirke des Oberappellationssenats zu Köln kommt das französische Recht (wovon unter §. 46.) unvermittelt zur Anwendung.

3) In den übrigen Provinzen gilt das allgemeine Landrecht, aber in verschiedener Weise.

α) In den nach dem Tilsiter Frieden der Monarchie verbliebenen Provinzen, den vormalig sächsischen Landestheilen, dem

⁶⁾ Auf das Landrecht des Fürstenthumes Neuchâtel und der Grafschaft Valengin ist hierbei noch keine Rücksicht genommen.

Herzogthum Westphalen, Fürstenthum Siegen und den beiden Graffschaften Wittgenstein hat das Landrecht nur eine subsidia r i s c h e Geltung; auch sind im Bezirke des Oberlandesgerichts zu Arnberg die drei ersten Titel des zweiten Theils und einige andere Stücke, — in der Kurmark, der Neumark mit Einschluß des Kottbuser Kreises und in Westpreußen mit Ausnahme der durch den Tilfiter Frieden abgetretenen Landestheile, jene drei Titel in ihrer Anwendung suspendirt.

ß) In den übrigen mit der Monarchie wieder vereinigten oder neuerworbenen Provinzen kommt das Landrecht bis auf einige Modificationen unbedingt zur Anwendung ⁷⁾.

Der Kern des Rechts der Monarchie ist also jedenfalls im allgemeinen Landrecht zu suchen. Dieses große Gesetzeswerk, welches nicht bloß das Privatrecht, sondern auch einen beträchtlichen Theil des öffentlichen mit Einschluß des Strafrechts umfaßt, ist eins der wichtigsten Resultate von Friedrich II. Regierung, wenn es auch erst unter seinem Nachfolger vollendet worden ist. Schon unter Friedrich Wilhelm I. angeregt ⁸⁾ und zu Anfang von Friedrichs Regierungszeit in Angriff genommen ⁹⁾, erhielt es doch erst durch die R. O. vom 14. April 1780 seine bestimmte Grundlage und Richtung. Die erste Redaction aber, am 20. März 1791 unter dem Titel: Allgemeines Gesetzbuch für die preussischen Staaten publicirt, um am 1. Juni 1792 in Uebung zu treten, ward wieder suspendirt, bevor sie noch zur Anwendung gebracht worden war; einige Stücke wurden einer nochmaligen Revision unterzogen, und das Ganze dann als: Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten am 14. Februar 1794

7) Vgl. Bornemann, systemat. Darstellung, S. 14 - 20.

8) S. Caspeyres in der Zeitschrift für deutsches Recht, VI. S. 68 - 97.

9) Ueber die vom Großkanzler von Cocceji dabei entwickelte Thätigkeit und überhaupt über die Entstehungsgeschichte des Landrechts vgl. Bornemann a. a. D. S. 5 - 10.

publicirt. Vom 1. Juni 1794 trat es in Wirksamkeit, für das Militär jedoch erst durch das Patent vom 14. März 1797. — Im Jahre 1803 sind die bis dahin ergangenen Abänderungen und Ergänzungen des Landrechts in einem Anhange zusammengestellt, und bei der neuen Auflage an den betreffenden Stellen eingeschaltet worden.

Gesetzsammlungen.

C. D. Mylius, *corpus constitutionum Marchicarum* oder Königl. Preussische und Churfürstl. Brandenburgische in der Chur- und Mark Brandenburg, auch in den incorporirten Ländern publicirte und ergangene Verordnungen, Edicte u. s. w. (Von Churfürst Friederich I. bis 1750.) 6 Thle. und 4 Continuationen nebst 3 Supplementen zu den Continuationen und Repertorio. Berlin 1736—55. fol.

Novum corpus constitutionum Prussico-Brandenburgensium praecipue Marchicarum. 12 Bde. nebst Repert. von 1751—1810. Berlin 1753—1822. fol.

Gesetzsammlung für die Königlich Preussischen Staaten, vom 27. Oct. 1810 an in 4. Dazu als Anhang

Sammlung der für die Königlich Preussischen Staaten erschienenen Gesetze und Verordnungen von 1806 bis zum 27. Oct. 1810. Berlin 1822. 4.

Literatur.

A. J. Mannkopff, *Ergänzungen und Abänderungen der preussischen Gesetzbücher.* 8 Bde. Berlin 1835—38.

Ergänzungen und Erläuterungen der preussischen Rechtsbücher durch Gesetzgebung und Wissenschaft. Unter Benutzung der Justiz-Ministerial-Acten und der Gesetz-Revisionsarbeiten. Herausgeg. von H. Gräff, C. F. Koch, L. v. Rönne, H. Simon und A. Wenzel. 2. Ausg. bearbeitet von H. Gräff, L. von Rönne und H. Simon. 10 Bde. Breslau 1842—44.

Justiz-Ministerial-Blatt für die preussische Gesetzgebung und Rechtspflege. 8 Bde. Berlin 1839—46. 4.

(v. Hymmen) *Beiträge zur jurist. Litteratur in den preu-*

fischen Staaten. 8 Sammlungen nebst einer Zugabe zur 6. Sammlung. Berlin und Leipz. 1775—85.

C. F. Klein, Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den preussischen Staaten. 26 Bde. Berlin und Stettin 1788—1809.

Allgemeine juristische Monatschrift für die preussischen Staaten, herausgeg. von A. v. Hoff und H. J. Matthies (dieser seit dem 2. Bande allein.) 11 Bde. Berlin 1805—11. Register zu den 9 ersten Bänden. Berlin 1822.

v. Kamptz, Jahrbücher für die preussische Gesetzgebung, Rechtswissenschaft und Rechtsverwaltung. 66 Bde. Berlin 1813—45.

A. H. Simon und H. L. v. Strampff, Zeitschrift für wissenschaftliche Bearbeitung des preussischen Rechts. 3 Bde. Berlin 1828—36.

Juristische Wochenschrift für die preussischen Staaten, begründet von F. D. H. Hinschius. Erscheint zu Berlin seit 1834. in 4.

Neues Archiv für preussisches Recht und Verfahren, so wie für deutsches Privatrecht. Eine Quartalschrift. Begründet von K. J. Ulrich, J. F. J. Sommer und F. Th. Voelt. Erscheint zu Arnberg seit 1834 in 8.

G. A. Dielig, praktischer Commentar zum allgemeinen Landrechte für die preussischen Staaten. 8 Bde. 2. Ausg. Erfurt 1823—30. — Nachträge hierzu Heft 1. und 2. ebend. 1831—32.

W. Bornemann, systematische Darstellung des preussischen Civilrechts mit Benutzung der Materialien des Allgemeinen Landrechts. 6 Bde. 2. Ausg. Berlin 1842—44.

J. D. H. Temme, Lehrbuch des preussischen Civilrechts. 2 Bde. 2. Ausg. Leipz. 1846.

C. F. Koch, Lehrbuch des preussischen gemeinen Privatrechts. 2. Bde. Berlin 1845. 46.

Rechtsprüche der preussischen Gerichtshöfe, herausgeg. von A. H. Simon und H. L. v. Strampff. 4 Bde. Berlin 1828—36.

Entscheidungen des Geh. Ober-Tribunals, herausgeg. im amtlichen Auftrage von A. H. Simon u. H. L. v. Strampff. Bd. 1—4. Berlin 1837—40.; Bd. 5—7., herausgeg. von A. H. Simon und F. S. A. Hinschius, ebend. 1841—42.; Bd. 8—9., herausgeg. v. Seligo und R. J. Ulrich, ebendaf. 1843—44.; Bd. 10., herausgeg. von denselben und Rintelen, ebendaf. 1845.; Bd. 11—12., herausgeg. von Seligo, Wilke I. und Rintelen. A. u. d. T.: Neue Folge. Bd. 1—2. Berlin 1846. Hauptregister zu den ersten 10 Bdn. von Seligo, ebendaf. 1845.

Provinzialrechte.

Nach dem Publications-Patent v. 5. Febr. 1794. §. I. und III. sollte das allgemeine Landrecht nur eine subsidiäre Geltung haben; doch ward zugleich bestimmt, daß die Provinzial- und Statutarrechte bis zum 1. Juni 1796. codificirt sein sollten. Es sind aber erst fertig geworden das ostpreussische Provinzialrecht, publ. den 6. März 1802, und das westpreussische d.d. 19. April 1844. (G. S. 1844. S. 103—10.) An älteren Statutarrechten sind die verschiedenen Provinzen der Monarchie nur zu reich.

J. Scheplitz, *consuetudines Electoratus et Marchiae Brandenb.* Lips. 1617. fol.

M. v. Normann, vormalß fürstl. Landvogt auf Rügen, wendisch-rügianischer Landgebrauch, herausgeg. von Gadebusch. Stralsund und Leipz. 1777¹⁰⁾.

Gerichts- und Landordnung der Graffschaft Solms und Herrschaft Minzenberg u. s. w. (Solmsisches Landrecht, ver-

10) Vgl. C. G. Homeyer, *historiae juris pomeranici capita quaedam.* Berol. 1821.

faßt von J. Fichard) v. 1571, zuletzt gedruckt Frankf. 1716. und bei von der Rahmer, Handbuch des rheinischen Particularrechts), 3. Bde. Frankf. a. M. 1831—32. Bb. 1. u. 2. a. u. b. T.: die Landrechte des Ober- und Mittelrheins) I. S. 1. ff.

Landrecht des Fürstenthum Jülich v. 1537. bei Lacomblet, Archiv für die Geschichte des Niederrheins. (Düsseldorf 1832.) Bb. 1. Hest 1. S. 111. ff. — und Herzogen Wilhelm Rechtsordnung und Reformation. Köln 1558. fol. und bei Maurenbrecher, die rheinpreussischen Landrechte, (2 Bde. Bonn 1830 u. 31.) I. S. 99. ff. 1

Die Kölnische Rechtsordnung v. 1663. bei Maurenbrecher a. a. O. I. S. 383. ff.

Das Landrecht des Erzstifts Trier v. 1668. a. a. O. II. S. 591. ff. u. f. w. Vgl. überhaupt

v. Kampß, die Provinzial- und statutarischen Rechte in der preussischen Monarchie. 3 Thele. Berlin 1826—28. und darnach:

Sammlung der Provinzial- und statutarischen Rechte in der preussischen Monarchie. 3 Bde. Berlin 1832—33.

Eine vollständige Bearbeitung der Provinzialwerke ward begonnen in dem Werke:

Die Provinzialrechte aller zum preussischen Staat gehörenden Länder und Landestheile, insoweit in denselben das A. L. R. Gesetzeskraft hat. Herausgeg. von F. H. v. Strombeck. 3 Thele. in 7 Bdn. Leipz. 1827—32.

Von rechtsgeschichtlichem Interesse ist

L. G. Heydemann, die Elemente der Joachimischen Constitution von 1527. Berlin 1841.

Auch sind in neuerer Zeit Behufs der inzwischen wieder ins Stocken gerathenen Codification der Provinzialrechte zahlreiche Bearbeitungen derselben in officiellm Auftrage erschienen, welche in der Praxis zum Theil eine an die Bedeutung der alten Rechtsbücher erinnernde Autorität erlangt haben.

C. Scholz, das jetzt bestehende Provinzialrecht der Kurmark Brandenburg. Berlin 1834.

A. W. Göze, das Provinzialrecht der Altmark. 2 Thle. Magdeburg 1836.

A. Wenzel, das jetzt bestehende Provinzial-Recht des Herzogthums Schlesien und der Grafschaft Glatz. Breslau 1839.

(v. Seeckt) Provinzialrecht des Herzogthums Neu-Vorpommern und des Fürstenthums Rügen. 6 Thle. Greifsw. 1836, 37. u. f. w.

Da das frühere Königl. Schwedische Tribunal zu Wismar jetzt zu Greifswald seinen Sitz hat, so ist hier anzuführen:

D. Mevius, decisiones super causis praecipuis ad supr. Regium Tribunal Wismariense delatis. Ed. VII. cura J. H. Boehmer. Francof. a. M. 1740. fol. Ed. X. cura L. J. F. Hoepfner. 2 voll. Francof. 1791—94. 4. ¹¹⁾.

3. Königreich Sachsen.

a. Quellen ¹²⁾.

Die Constitutionen des Churfürsten August von 1572 ¹³⁾.

11) Der ursprüngliche Titel lautete: D. Mevii jurisdictio S. Tribunalis Regii, quod est Vismariae in forma atque potestate ex pacis Instrumento nec non administrata justitia per decisiones et quidem in primo Vol. super causis A. 1653 ad istud delatis repraesentata. Stralsundii 1664. Die übrigen Theile II—IX. führen den Titel: Jurisdictionis S. Trib. Regii quod est Vismariae per decisiones explicatae, continentes causas A. 1654—70. in judicium deductas. ibid. 1665—75. 4.

12) Vgl. Haubold, Lehrbuch des königlich sächsischen Privatrechts, §. 5—41.

13) Sie kommen nebst den älteren Decisionen (diese jedoch in beschränkterer Weise) in den meisten Ländern zur Anwendung, wo das auf Grundlage der sächsischen Rechtsbücher und der späteren Gerichtspraxis ausgebildete s. g. gemeine Sachsenrecht gilt; s. Drlloff, Grundzüge, S. 65—69. Das Nähere und namentlich die Reception der Constitutionen und Decisionen hängt jedoch wieder von jedem einzelnen Landesrechte ab; s. Drlloff a. a. O. S. 104. 108. 109. — Kori, Theorie des sächs.

Die Decisionen von 1661 und 1746.

(J. L. Lünig) codex Augusteus oder neuvermehrtes corpus juris saxonici. 3 Theile. Leipz. 1724. fol. Dazu erste Forts. in 3 Bdn. ibid. 1772. zweite Forts. in 3 Bdn. ibid. 1805. fol. dritte Forts. in 2 Abth. (bis zum Anfang der offic. Geseßsammlung.) Dresden 1824. 4.

Geseßsammlung für das Königreich Sachsen seit 1818.

W. M. Schaffrath, codex Saxonicus, chronologische Sammlung der gesammten praktisch gültigen königl. sächsischen Geseße von 1225—1840. 2 Bde. Leipz. 1840. Neue Folge, herausgeg. von H. H. Klemm. Bd. 3. Abth. 1. Grimma 1847.

W. Th. Richter, alphabetisches Repertorium zur Geseßgebung in Sachsen. 2 Bde. Leipz. 1839.

b. Literatur¹⁴⁾.

Bened. Carpzov jurisprudentia Romano-Saxonica secundum ordinem Constitutionum D. Augusti Elect. Saxon. exhibens Definitiones judiciales etc. zuerst Francof. a. M. 1638. fol. Edit. noviss. Lips. 1721. fol.

— — Responsa juris electoralis. Lips. 1642. fol.

Ch. G. Haubold, Lehrbuch des königl. sächsischen Privatrechts. 1. Ausg. Leipz. 1820. 3. Ausg. besorgt von Hänfel 1. Abth. 1847.

C. F. Curtius, Handbuch des in Chursachsen (Königreich Sachsen) geltenden Civilrechts. 4 Theile. Leipz. 1807—19. 4. Ausg. Th. 1. Leipz. 1846.

J. A. G. Kind, quaestiones forenses, observationibus ac praesertim decisionibus Sax. Supr. Provocationum Tribunalis collustr. 4 tom. Edit. II. Lips. 1807.

bürgerl. Processen, §. 5. und in Evers Themis Bd. 1. Heft. 2. Nr. XIII. — Sasse, Handbuch des großherz. sächsischen Privatrechts, §. 111. — Brückner, Handbuch des herzogl. sachsen-gothaischen Privatrechts. Einleitung p. X.

14) S. Haubold a. a. D. §. 44—50.

C. A. Gottschalk, *selecta disceptationum forensium capita. Additae sunt Decisiones Sax. Supr. Provocat. Tribunalis.* 3 tom. Dresd. 1816—23.

F. A. v. Langenn und A. S. Kori, *Erörterung praktischer Rechtsfragen — mit Beziehung auf die vom königl. sächsischen — O.A. Gerichte ertheilten Entscheidungen.* 3 Thele. 2. Aufl. Dresden 1836—37.

Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung, zunächst in Sachsen. Herausgeg. von dem voigtländ. jurist. Vereine. 3 Bde. Leipz. 1838—40.

— — *Neue Folge, herausgeg. von Th. Tauchnitz und W. T. Richter, ebendas. seit 1841.*

4. Baiern.

a. Quellen ¹⁵⁾.

In Baiern besteht ähnlich wie in Preußen die größte Mannichfaltigkeit der Rechtsquellen: neben dem gemeinen Recht und den dasselbe vermittelnden Landrechten und Statuten kommt österreichisches, preussisches und französisches Recht vor.

Im Churfürstenthum ward nach dem Vorgange älterer Landesordnungen eine umfassende Gesetzgebung auch über das Civilrecht schon in der Mitte des vorigen Jahrhunderts durch den Freiherrn v. Kreittmayr zu Stande gebracht, jedoch so, daß die subsidiäre Geltung des gemeinen Rechts bestehen blieb. Das ist der: *Codex Maximilianeus bavaricus civilis* oder neu verbessert und ergänzt *churbayrisches Land-Recht.* 4 Thele. München 1756. fol. Neue unveränderte Aufl. München 1821. 8.

Seit dem Jahre 1800 erscheint in München ein officielles Regierungsblatt in 4., in welchem die neueren Gesetze enthalten sind.

15) S. v. Freyberg, *pragmatische Geschichte der bayerischen Gesetzgebung und Staatsverwaltung in politischen und staatswirthschaftlichen Gegenständen seit den Zeiten Maximilians I.* Leipzig 1836. 4.

Sehr brauchbare Privatsammlungen sind:

G. Döllinger, Repertorium der Staatsverwaltung des Königreichs Baiern. 14 Bde. München 1814—24. Dazu 11 Supplementbände unter verschiedenen Titeln. München 1818—32. 4.

— — Sammlung der im Gebiete der innern Staatsverwaltung des Königreichs Bayern bestehenden Verordnungen. 20 Bde. München 1831—39. 4. Dazu ein chronologisches Register in 3 Thln. und ein alphabetisches. München 1839.

Von den zahlreichen bayerischen Provinzial- und Statutarrechten sind besonders die fränkischen wichtig, worüber verdienstliche wissenschaftliche Bearbeitungen vorliegen.

G. M. v. Weber, Darstellung der sämtlichen Provinzial- und Statutarrechte des Königreichs Bayern. Bd. 1. Th. 1. u. 2. Augsb. 1838—38. Die Rechte von Oberfranken. Bd. 2. Th. 1. Die Rechte von Mittelfranken, ebendas. 1838.

F. Ch. Arnold, Beiträge zum deutschen Privatrecht. 2 Thle. Ansbach 1840—42.

Hervorzuheben sind:

Nürnbergers Reformation v. 1479. erneuert 1564. Nürnberg fol. u. öft. Dazu

Commentatio succineta in Codicem juris statutarii Norici. Mit Anmerkungen erläuterte Nürnbergers Reformation v. 1564. 3 Thle. Nürnberg. 1737. fol.

Des Stifts Würzburg und Herzogthums Franken Kayserl. Landt-Gerichts-Ordnung. Würzb. 1618. fol. und öft., auch bei (G. M. de Ludolf) Collectio quorundam statutorum provinciarum et urbium Germaniae. Wetzlar 1734. 4.

Der Grafschaft Hohenlohe gemeinsames Landrecht v. 1737. Deyringen 1738. fol.

Des Kayserlichen Hochstifts und Fürstenthums Bamberg verfaßtes Landrecht. Desselben erster Haupt-Theil von Civil- oder s. g. bürgerlichen Sachen handelnd. Bamberg. 1769. 4.

(Systematisch bearbeitet bei v. Weber a. a. O. Bd. 1. Th. 1. u. Th. 2. S. 679—946.)

b. Literatur.

W. F. A. v. Kreittmayr, Anmerkungen über den Cod. Max. Bav. civ. 5 The. München 1758—1768. fol. Neue unveränderte Aufl. 1844. in 8. ¹⁶⁾.

F. F. Krüll, Handbuch des Königl. bayrischen gemeinen Rechts, mit besonderer Rücksicht auf das fränkische und preussische Landrecht. 3 Bde. Landsb. 1807. 1808.

H. G. Gengler, Quellengeschichte und System des im Königreich Bayern, mit Ausschluß der Pfalz, geltenden Privatrechts. Bd. 1. Einleitung und Quellenkunde. 1. Lief. Erlangen 1846.

von Zu Rhein Beiträge zur Gesetzgebung und praktischen Jurisprudenz, mit besonderer Rücksicht auf Bayern. 3 Bde. München 1826—31.

— — Zeitschrift für Theorie und Praxis des Bayrischen Civil-, Criminal- und öffentlichen Rechts. 3 Bde. München 1834—39.

Blätter für Rechtsanwendung, zunächst in Bayern, herausgeg. von J. A. Seuffert und C. C. Glück. Erscheinen Ansbach u. Erlangen seit 1836. (sehr zu empfehlen.)

5. Hannover.

a. Quellen.

Hannover hat kein eigenes Landrecht, auch nicht für die älteren Provinzen; gemeinsam sind nur die neueren Gesetze.

C. Spangenberg, Sammlung der Verordnungen und Ausschreiben — — des hannoverschen Staats — — bis zur Zeit der feindlichen Usurpation (seit 1740.) 4 The. in 7 Bdn. Hann. 1819—25. 4.

¹⁶⁾ Dieß Werk hat auch für das gemeine Recht einen großen dogmengeschichtlichen Werth, indem es besser wie irgend ein anderes den Standpunkt der damaligen deutschen Jurisprudenz bezeichnet.

Ih. Hagemann, Sammlung der hannöv. Landesverordnungen und Ausschreiben (von 1813—18.) 5 Bde. Hann. 1814. ff.

Seit 1818 erscheint: Sammlung der Gesetze, Verordnungen und Ausschreiben für das Königreich Hannover in 4. ¹⁷⁾.

Die Statutarrechte, meistens ausgezeichnetes Gewohnheitsrecht enthaltend, sind sehr zahlreich, und namentlich die friesischen interessant ¹⁸⁾. Viele finden sich in den Anhängen zu Pufendorfs Observationen abgedruckt.

(v. Wicht) das ostfriesische Landrecht nebst dem Deich- und Syhlrecht. Aurich 1746. 4.

J. A. Klöntrup, alphabetisches Handbuch der besondern Rechte und Gewohnheiten des Hochstifts Osnabrück. 3 Bde. Osnabrück 1798. ff. 4.

b. Literatur.

Die Theorie des hannöverschen Particularrechts ist dürftig vertreten; auszuzeichnen ist

Fr. B. Grefe, Leitfaden zum Studium des hannöver. Privatrechts. 2 Thle. 2. Ausg. Götting. 1838. 45.

Desto zahlreicher und bedeutender sind die Werke der praktischen Jurisprudenz, welche auch auf die gemeine Rechtslehre nachhaltig eingewirkt haben.

F. E. Pufendorf, observationes juris universi. Quibus praecipue res judicatae summi Tribunalis Regii et Electoralis continentur. 4 tom. Hann. 1744—70. 4.

D. G. Strube, rechtliche Bedenken. 5 Bde. Hannov. 1761—77. 4. Neueste von **E. Spangenberg** besorgte Ausg. 3 Bde. Hann. 1827—28. 4.

F. v. Bülow und **Ih. Hagemann**, praktische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit, hin und

17) Ueber die Gesetzsammlungen der einzelnen Provinzen vgl. **Grefe**, Leitfaden zum Studium des hann. Privatrechts, I. S. 177—82.

18) Vgl. **Grefe** a. a. D. 30—161.

wieder mit Urtheilssprüchen des Zellischen Tribunals und der übrigen Justizhöfe bestärkt. (Seit dem 8. Bde. fortgesetzt von C. Spangenberg.) 10 Bde. Hann. 1798—1837. 4.

G. H. v. Berg, jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle. Hann. 1804—10.

F. W. B. v. Ramdohr, juristische Erfahrungen oder Repertorium der wichtigsten Rechtsmaterien, — erläutert — durch — — Erkenntnisse des O.A. Gerichts zu Celle. 3 Thle. Hann. 1809—10.

Juristische Zeitung für das Königreich Hannover. Begründet von Schlüter und Wallis. Erscheint seit 1826 zu Lüneburg in 8.

6) Württemberg¹⁹⁾.

a. Quellen.

Württembergisches Landrecht rev. 1555, v. 1567. u. 1610.

A. L. Reyscher, vollständige, historisch und kritisch bearbeitete Sammlung der württembergischen Gesetze. Bis jetzt 18 Thle. Stuttg. und Tübg. 1828. ff. Darunter die Gerichtsgesetze. Th. 4—6. bearbeitet von Riecke und Th. 7. Abth. 1. u. 2. bearbeitet von Rappler.

Seit 1806 erscheint das „Regierungsblatt für das Königreich Württemberg“ in 4. als officiële Gesetzsammlung.

A. L. Reyscher, Sammlung altwürttemb. Statutarrechte; mit historisch-kritischen Anmerkungen. 1. Th. Tübing. 1834. (aus Mangel an Unterstützung leider nicht fortgesetzt!).

b. Literatur²⁰⁾.

L. F. Grinsinger, Commentar über das herzogl. Württemb. Landrecht. 10 Bde. Frankf. u. Leipz. 1793—1808.

19) Vgl. Reyscher, das gesammte württemb. Privatrecht, I. §. 10—55. — v. Wächter, Handbuch des württemb. Privatrechts, Bd. 1. Abth. 1. und 2.

20) Ueber die besonders für das württembergische Recht wichtigen Consilia Tubingensia s. oben §. 43. Note 6.

J. F. v. Weishaar, Handbuch des würtemb. Privat-
rechts. 3 Thle. 3. Ausg. Stuttg. 1831—33.

A. L. Reyscher, das gesammte würtemb. Privatrecht.
2 Bde. 2. Aufl. Tübing. 1846. 47.

C. G. v. Wächter, Handbuch des im Königreich Würt-
temberg geltenden Privatrechts. 1. Bd. Abth. 1. u. 2. a. u. d. T.:
Geschichte, Quellen und Literatur des würtemb. Privatrechts.
Stuttg. 1839. u. 42. 2. Bd. Allgemeine Lehren. 1842.

J. F. M. Kapff, merkwürdige Civilrechtsprüche der
höchsten und höheren Gerichtshöfe in Württemberg. 1. Bd.
Tübing. 1821.

Chr. Fr. A. Tafel, auserlesene Civilrechtsprüche der
höheren Gerichtsstellen in Württemberg. Bd. 1. Heft 1—3.
Heilbronn 1835—46.

H. C. F. Volley, vermischte juristische Aufsätze mit Er-
kenntnissen und Gemeinbescheiden des Civilsenats des Königl.
Würtemb. Obertribunals. Bd. 1. Stuttg. 1831.

Hofacker, Jahrbücher der Gesetzgebung und Rechtspflege
im Königreich Württemberg. 4 Bde. Stuttg. 1825—34.

A. Sarwey, Monatschrift für die Justizpflege in
Württemberg. Erscheint seit 1837 zu Ludwigsburg in 8.

7) Baden.

a. Quellen.

Hier gilt das französische Civilrecht, welches in deutscher
Bearbeitung als Landrecht des Großherzogthums
Baden 1809 eingeführt ward.

Landrecht für das Großherzogthum Baden nebst Handels-
gesetzen. Amtliche Ausgabe. Mit den beiden Einführungs-
edicten und unter Bezugnahme auf alle das Landrecht abän-
dernde oder erläuternde Gesetze und Verordnungen. Karlsruhe
1846.

Officielles Regierungsblatt seit 1803. Dazu vollständiges

alphabetisch-systematisches Sachregister, von 1803—33. Karlsruhe u. Baden 1834.

F. Finck, alphabetisches Realrepertorium (seit 1811.) 2. Aufl. Heidelberg 1834.

Unter den früher gültigen Landrechten und Statuten sind zu nennen:

Der Markgrafschaft Baden Statuten und Ordnungen von Testamenten, Erbtheilungen und Vormundschaften, vom J. 1511. (Verf. U. Zasius.)

Landrecht derer Fürstenthümer und Landen der Marggrafschaften Baaden und Hochberg u. s. w. gedr. Durlach 1622. publ. 1654. (Eine Zusammenstellung und Revision der Hofgerichtsordnung von 1509. und des Landrechts von 1511.)

Churfürstlicher Pfalz Landrecht v. 1582, rev. 1611. (und 1657?) zuletzt gedruckt Weinheim 1700. fol. und bei von der Rahmer, rhein. Particularr. I. S. 401. ff.

Statuten der Stadt Freiburg im Breisgau v. 1520. fol. (Verf. U. Zasius.)

Vgl. überhaupt: A. Mayer, Beiträge zur Geschichte des badischen Civilrechts bis zur Einführung des neuen Landrechts. Belle-Vue bei Constanz 1844. (sehr verdienstlich.)

b. Literatur.

Brauer, Erörterungen über den Code Napoléon und die großherzoglich badische bürgerliche Gesetzgebung. 6 Bde. Karlsruhe 1809—13.

Chr. Trefurt, System des badischen Zivilrechts in Zusätzen zur zweiten Auflage von R. S. Zacharia's Handbuch des französischen Zivilrechts. Heibelb. 1824.

R. F. Baurittel, Handbuch des Badischen bürgerlichen Rechts. Karlsruhe und Freiburg 1838—45. bis jetzt 19 Lieferungen.

Jahrbücher des Großherzogl. Badischen Oberhofgerichts zu Mannheim, begründet durch v. Hohnhorst. Bd. 1—7. Mannh. 1824—33. 4. Neue Folge seit 1833. in 8.

8) Kurhessen²¹⁾.

a. Quellen.

Sammlung fürstlich hessischer Landesordnungen und Ausschreiben (von 1337—1806.) 8 Thle. Cassel 1766—1816. fol.

Neue Sammlung der Landesordnungen, Ausschreiben und anderer allgemeiner Verfügungen, welche bis zum Ende Octbr. 1806 für die älteren Gebietstheile Kurhessens ergangen sind. (v. G. J. Kulenkamp.) 4 Bde. Cassel 1828—39. 4. Dazu Inhaltverzeichnis. Cassel 1843. 4.

Sammlung von Gesetzen, Verordnungen, Ausschreiben und andern allgemeinen Verfügungen von Kurhessen. (1813—43.) 10 Bde. Cassel 1843. 4. Dazu systemat. Repertorium v. G. J. Kulenkamp. Cassel 1843. mit Nachträgen. 1. Lieferung. 1844. 4.

b. Literatur.

Eug. Thomas, System aller fuldischen Privatrechte. 3 Bde. Fulda 1788. ff.

Carl Sternberg, Hessische Rechtsgewohnheiten. 1 Hest. Die oberhess. Gemeindsnutzungen. Frankf. a. M. 1842.

L. H. L. C. de Cannegiesser, collectio notabiliorum Decisionum Supremi Tribunalis appellationum Hasso-Cassellani. 3 tom. (tom. III. cura et revisione B. G. Pfeiffer et B. C. Duysing.) Cass. 1768. 1771. 1821. fol.

B. W. Pfeiffer, praktische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft. Mit Erkenntnissen des O. A. Gerichts zu Cassel. 8 Bde. Hannov. 1825—46. 4.

F. G. B. Strippelmann, neue Sammlung bemerkenswerther Entscheidungen des O. A. Gerichts zu Cassel. Bd. 1—3. Abth. 1. u. 2. Cassel 1842. ff.

21) Vgl. G. J. Kulenkamp, Literatur des gesammten kurhessischen Rechts nebst einer Nachweisung aller gedruckten Entscheidungen des Oberappellationsgerichts zu Cassel. Cassel 1846. Das Buch liefert mehr, als es verspricht, und orientirt auch über die kurhessischen Rechtsquellen, deren manche statutarische vorkommen.

9) Großherzogthum Hessen ²²⁾.

An älteren Provinzial- und Statutarrechten, welche aber zum Theil durch das in Rheinheffen geltende französische Recht verdrängt worden, sind außer dem solmsischen, mainzischen und pfälzischen Landrecht hervorzuheben

Das Landrecht der Obergrafschaft Ragenellenbogen v. 1589. bei Selchow, Magazin für die teutschen Rechte. I. S. 47. ff.

Die Wormser Reformation v. 1498.

Das Stadtrecht von Wimpfen v. 1775. (bei v. d. Nahmer, rhein. Particularr. II. S. 1044. ff.) und

eine sehr schätzbare Sammlung der Gewohnheiten des Odenwalds: F. A. H. Beck und Ch. Lauteren, das Landrecht oder die eigenthümlichen bürgerlichen Rechte und Sitten der Grafschaft Erbach und Herrschaft Brauberg im Odenwalde. Darmstadt 1824.

Sammlung der großherzoglichen Verordnungen v. 1806—19. 3 Bde.

Großherzogl. hessisches Regierungsblatt seit 1819.

P. Bopp, Mittheilungen aus den Materialien der Gesetzgebung und Rechtspflege des Großherzogthums Hessen. 6 Thle. Darmstadt 1830—32.

E. Ch. Eigenbrodt, Handbuch der großherzogl. hessischen Verordnungen seit 1803. 4 Bde. Darmst. 1817—18.

10) (Schleswig-) Holstein und Lauenburg ²³⁾.

a. Quellen.

In dem mit Holstein untrennbar verbundenen Herzogthum Schleswig gilt noch für einzelne Institute (ähnlich wie der

²²⁾ Vgl. Bopp in Meiske's Rechtslexicon s. v. Hessen-Darmstadt v. S. 281. ff.

²³⁾ Vgl. Falck, Handbuch des schleswig-holst. Privatr., I. S. 109—152. 364—460. — Chr. Paulsen, Lehrbuch des Privatr. der Herzogth. Schleswig und Holstein, §. 2.

Sachsenspiegel in Holstein) das jütische Lov Waldemar II. von 1241²⁴⁾, und außerdem giebt es dort interessante Statutarrechte, wozu namentlich das schleswiger Stadtrecht und die friesischen Landrechte gehören. S. überhaupt

Corpus Statutorum Slesvicensium. 4 Bde. Schleswig 1794—1812.

In Holstein ist hervorzuheben das dithmarsische Landrecht v. 1567, von der älteren Recension durch die romanistische Uebersetzung sehr abweichend, und eine Sammlung altsassischer Landesgebräuche:

F. Seeftern=Pauly, die neumünsterischen Kirchspielsgebräuche und die bordesholmer Amtsgebräuche, nebst Versuch einer Geschichte dieses holsteinischen Gewohnheitsrechts. Schlesw. 1824. 4.

Im Uebrigen s.

v. Kronhelm, Corpus Statutorum Provincialium Holsatiae. Alton. 1750. 4. als Nebenband zu dessen Corpus Constitutionum Regio-Holsaticarum. 3 Bde. 1749—53. 4.

Von den landesherrlichen Verordnungen giebt es zwei Sammlungen, eine chronologische von 1748 an, welche seit 1791 jährlich in 4. erschein, und eine systematische, von der seit 1827 zu Kiel 8 Bde. erschienen sind.

Außerdem:

C. F. Brunner, Sammlung der sämtlichen Holstein-Plönschen Verordnungen v. 1729—57. Plön 1757. 4.

Sammlung der Schleswig-Holsteinischen gemeinschaftlichen²⁵⁾ Verordnungen. Glückstadt 1743. 4.

24) Herausgeg. mit Blüttings Glossen, Flensburg 1717; in Gedenbergers plattdeutscher Uebersetzung von Falk, Altona 1819 und kritisch in verschiedenen Recensionen von Kolderup-Rosenvinge als dritter Theil seiner Sammlung af gamle danske Lovn. Kjøbenhavn 1837.

25) D. h. für den gemeinschaftlichen königlichen und herzoglichen Antheil; die meisten seit 1773 ergangenen Verordnungen sind für beide Herzogthümer gemeinsam.

b. Literatur.

N. Falk, Handbuch des Schleswig-Holsteinischen Privatrechts. 4 Bde. Altona 1825—40 (leider noch unvollendet).

Chr. Paulsen, Lehrbuch des Privat-Rechts der Herzogthümer Schleswig und Holstein wie auch des Herzogthums Lauenburg. 2. Aufl. Kiel 1842.

Sehr verdienstlich und besonders für die Kenntniß der Gerichtspraxis wichtig sind die seit 1750 zu Glückstadt erscheinenden Schleswig-Holsteinischen Anzeigen; auch Falks staatsbürgerliches Magazin, welches seit 1821 zu Schleswig jährlich in einem Bande unter wechselnden Titeln herauskommt, jetzt als Archiv für Geschichte, Statistik, Kunde der Verwaltung und Landesrechte der Herzogthümer Schleswig, Holstein und Lauenburg.

Ueber Lauenburg s. das oben angeführte Lehrbuch von Paulsen. S. 372—405, und die neueren Gesetze (die älteren sind durchweg die hannöverschen) bei

Richter, Sammlung der Verordnungen, Ausschreiben und sonstigen Verfügungen für das H. Lauenburg von 1816—30. Rastenburg 1832 und erweitert v. 1813—40. Lübeck 1841. 4.

II) Braunschweig.

J. A. Woltered, kurzer Begriff Braunschweig-Wolfenbüttelscher Landesordnungen und Gesetze (bis 1750). Braunschweig 1771. 4.

C. F. Fendersdorf, Promtuarium der Braunschweig-Wolfenbüttelschen Landesordnungen. 7 Thle. Braunschweig 1775—1817. 4.

C. Bege, Ergänzungen zu C. F. Fendersdorfs Promtuarium. Helmstädt 1828. 4.

Verordnungssammlung (später Gesetz- und Verordnungssammlung) seit 1814. Dazu

Repertorium v. C. Bege, bis jetzt 5 Thle. Helmst. (später Wolfenbüttel) 1830—46. 4.

du Roi, systematische Anleitung zur Kenntniß der Quellen des Braunschweig-Wolfenbüttelschen Staats- und Privatrechts. Braunschweig 1792.

Ab. Steinacker, particulares Privatrecht des Herzogthums Braunschweig. Wolfenbüttel 1843.

P. G. C. W. Waldeck, Controversenentscheidungen des gemeinsch. D.A. Gerichts zu Wolfenbüttel. Th. 1. Braunschw. 1827.

12) Mecklenburg-Schwerin.

Officielles Wochenblatt, seit 1812.

Die erschienenen Gesetzsammlungen, von denen die älteren nicht vollständig, sind nicht officiell; auszuzeichnen ist:

Neue vollständige Gesetzsammlung für die Mecklenburg-Schwerinschen Lande von Anbeginn der Thätigkeit der Gesetzgebung bis zum Anfang des 19. Jahrh. 5 Bde. Parchim 1835—41. 4.

Dazu als zweite Folge in 8. die Sammlung der Gesetze vom Anfang des Jahrhunderts bis zum J. 1846, redigirt vom Advocaten Rabe. Erschienen ist die 1. Lief. des 3. Bandes; die Justizsachen finden sich im 2. Bde.

Von den Statutarrechten ist das Rostocker Stadtrecht interessant, welches sich auf Grundlage des Lübischen Rechts bis in die neueste Zeit autonomisch entwickelt hat.

Rostock'sches Stadtrecht v. 1757. Rost. gedr. bei A. F. R ö s e. 4.

In der Literatur ist das Hauptwerk

v. Kampß, Civilrechte der Herzogthümer Mecklenburg. 1. Th. 1. Abth. Quellen und Literatur. Schwerin u. Wismar 1805. 2. Abth. Codex diplom. jur. prov. Megap. 1806. 2. Th. a. u. d. T.: Handbuch des Mecklenb. Civilrechts. Rostock u. Schwerin 1824.

v. Kampß, Mecklenb. Rechtsprüche. 2 Bde. Rost. 1800—1804. 4.

Rechtsprüche des D.A. Gerichts zu Parchim (jetzt zu Ro-

stod), herausgeg. v. C. F. W. Joh. v. Nettelbladt. 6 Bde. Berlin, Parchim u. Ludwigslust. 4.

13) Mecklenburg-Strelitz.

v. Kampz, Repertorium der in dem Herzogthum Mecklenburg-Strelitz geltenden Verordnungen. Neubrandenburg 1794. 4.

L. Boccius, Repertorium der in dem H. Mecklenburg-Strelitz geltenden Verordnungen. Neubrandenburg. 1820. 4.

Die für Mecklenburg-Schwerin angeführte Literatur gehört auch hierher.

14) Nassau.

Nassau-Kazenebnbogische Gerichts- und Landesordnung v. 1616. 2. Aufl. Frankf. 1711. fol.

Corpus constitutionum Nassovicarum. 6 Thele. Hadamar und Dillenburg 1773—96. 4.

Weisthum der Gesetze, Ordnungen und Vorschriften, welche in die nassauische teutsche Länder Ottoischer Linie — ergangen sind. 3 Thele. Hadamar 1803. 4.

Sammlung der landesherrlichen Edicte und anderer Verordnungen (von 1. Juli 1816 an). 3 Bde. Wiesbaden 1817—24. 4.

W. von der Nahmer, Sammlung der merkwürdigeren Entscheidungen des herzogl. nassauischen O.A. Gerichts zu Wiesbaden. 2 Bde. Frankf. a. M. 1824. 25.

C. Flach, Entscheidungen des herzogl. nassauischen O.A. Gerichts zu Wiesbaden über wichtigere Streitfragen des Civilrechts. 2 Thele. Gießen 1842 u. 44.

15) Sachsen-Weimar-Eisenach.

Polizei- und Landesordnung von 1589.

J. Schmidt, ältere und neuere Gesetze, Ordnungen und Circularbefehle für das Fürstenthum Weimar und für die Jenauer Landesportion. 10 Bde. Jena 1800 ff. und dazu als

Fortsetzung bis 1811. Bb. 11. v. C. L. W. Schmidt, ebendaf. 1819.

Officielles Wochenblatt für Weimar und Eisenach seit 1811.
Regierungsblatt als fortlaufende amtliche Gesefsammlung
seit 1817.

Th. F. S a c h s e, Handbuch des Großherzogl. Sächfifchen
Privatrechts. Weimar 1824.

16) Sachsen=Gotha und Coburg.

Für Gotha:

Ernestinifche Landesordnung v. 1653, rev. 1666.

Neue Beifügen zur Landesordnung v. 1780 mit Zufügen
bis 1827.

Gesefsammlung für das Herzogthum Gotha v. 1827—45.

M. Brückner, Handbuch des herzogl. Sachsen=Gothai-
fchen Privatrechts. Gotha 1830.

Für Coburg:

Der — — Herzöge zu Sachsen — Pollizen= und Landts=
ordnung v. 1556.

Th. H. Dpiz, Realrepertorium der S. Sachsen=Coburg=
Saalfeldifchen Gefefe von den J. 1801—18. Coburg 1821. 4.

J. A. Drlloff, Statuten der herz. Refidenzftadt Coburg
u. f. w. Coburg 1818. 4.

Regierungsblatt feit 1807.

17) Sachsen-Meiningen und Hildburgaufen.

Für Meiningen:

In einem Theile des Landes gilt: der fürftl. Graffchaft
Hennebergk Landtsordnung v. 1539.

Neuere Verordnungen feit 1826 im Regierungsblatt.

F. Chr. Rumpel, Handbuch des herzogl. Sachsen=Mei-
ningifchen Privatrechts. Meiningen 1828.

Für Hildburgaufen:

Sammlung der in dem Herzogthum Sachsen Hildburg=

haufen seit dem J. 1810 erschienenen landesh. Edicte und Verordnungen.

18) Sachsen-Altenburg.

Fürstlich Sächs. Altenburgische Landesordnung. Altenb. 1705. 4.

Sammlung verschiedener von Zeit der publ. Landesordnung des Fürstenth. Altenburg ergangener und zu solcher gehöriger Gesetze u. s. w. Altenb. 1750—1823. 4.

Gesetzsammlung für das Herzogth. Altenburg seit 1821.

19) Oldenburg.

J. Ch. von Detken, corpus constitutionum Oldenburgicarum selectarum (bis 1772). Oldenburg 4. mit Fortsetzungen bis 1775 und einem Register von A. F. L. v. Kößing. Verzeichniß und Inhalt der Verordnungen u. s. w. von 1775—1801. 1 Bd. Forts. seit dem J. 1814. 5 Bde. ²⁶⁾

(G. A. v. Salem) jetzt geltendes oldenburgisches Privatrecht. 3 Thle. Oldenburg 1804—6.

Großkopf, Ruhstrat und Steun, Archiv für Praxis des gesammten im Großherzogthum Oldenburg geltenden Privatrechts. Erscheint zu Oldenburg seit 1844.

Die Praxis des O. A. Gerichts ersieht man für verschiedene Lehren aus Chr. L. Runde, deutsches eheliches Güterrecht. Oldenburg 1841.

20) Anhalte.

Der Fürsten zu Anhalt erneuerte und verbesserte Landes- und Proceßordnung. Köthen 1666. 4. vermehrt und erläutert von Lobethan. Köthen 1804. 4.

Sammlung landesherrlicher Verordnungen, welche im Herzogth. Anhalt Dessau ergangen sind. 2 Bde. 1784 und 1819. 4.

26) S. Eichhorn, Einleitung, S. 82.

Sammlung der in dem H. Anhalt Köthen in den J. 1800—22 ergangenen Gesetze. Köthen 1824. 4.

Gesetzsammlung für das H. Anhalt Bernburg. 4 Bde. (bis 1834). Bernburg. 4.

21) Schwarzburg-Sondershausen.

Gesetzsammlung seit 1837.

J. G. von Hellbach, Handbuch des Schwarzb. Sondershausenschen besonders neuern Privatrechts in einem Repertorio vorgetragen. Arnstadt 1820. 2 Th., besorgt von G. O. F. Schreck (1819—36). Sondersh. 1841.

22) Schwarzburg-Rudolstadt.

Gesetzsammlung seit 1840.

Günther von Bamberg, das Schwarzburg-Rudolstädtische Privatrecht. Rudolstadt 1843.

23) Hohenzollern-Sigmaringen.

Sammlungen der Gesetze und Verordnungen v. 1808—20. Sigmaringen 1822. 4.

24) Lichtenstein.

Mit Ausnahme des Erbrechts gilt hier das österreichische Gesetzbuch²⁷⁾.

25) Waldeck.

Fürstlich waldeckische Regierungsblätter seit 1810.

F. Barnhagen, Versuch eines Handbuchs für die Oberjustiz- und Ober-Polizeybeamten — der Fürstenthümer Waldeck und Pyrmont. Arolsen 1821.

F. Weigel, Einleitung in das Waldeckische Landesrecht. Mengersingh. 1846.

26) Schaumburg-Lippe.

Sammlungen der Landesgesetze. 3 Bde.²⁸⁾ — Landesanzeigen.

27) S. Protokolle der deutschen Bundesversammlung XII. S. 126.

27) S. Protokolle a. a. D.

27) Lippe.

Landesverordnungen der Graffschaft Lippe. 5 Bde. Lemgo 1779—1810. 4. — Officielle Intelligenzblätter.

28) Neuß.

Fuchs, Repertorium der in den fürstl. Neuß-Blauenschen Landen jüngerer Linie ergangenen älteren Gesetze. Gera 1842.

Zwei Gesetzsammlungen seit 1822 für N. Schleiß und N. Ebersdorf.

29) Freie Städte.

Juristische Abhandlungen mit Entscheidungen des O. A. Gerichts der vier freien Städte Deutschlands. Von A. Heise und F. Cropp. 2 Bde. Hamburg 1827 u. 30.

Lübeck.

Revidirtes Stadtrecht v. 1586, unter dem Titel: der Kaiserl. freien und des heiligen Röm. Reichs Stadt Lübeck Statuta und Stadtrecht.

Sammlung der Lübeckischen Verordnungen und Bekanntmachungen seit 1813.

C. G. N. Gesterding, thesaurus jur. Lubec. 2 voll. Rostoch. 1787—90. 4.

J. C. H. Dreyer, Einleitung zur Kenntniß der geistlichen und bürgerlichen Verordnungen des Rathes zu Lübeck; mit Anmerkungen. Lübeck 1769. 4.

D. Mevius, comment. in jus. lubec. libri V. zuerst Lips. 1642—43. 4.

J. L. Stein, gründliche Abhandlung des Lübschen Rechts. 5 The. Leipzig 1738—45.

— — Einleitung zur Lübschen Rechtsgelehrsamkeit. Rost. 1751.

— — Betrachtungen einzelner Rechtsmaterien, nach Deutschen, besonders Sächsischen, Lübschen, Hamburgischen u. s. w. Rechten. 4 The. Rost. 1777—83.

C. W. Pauli, Abhandlungen aus dem Lübschen Recht. 3 The. Lübeck 1837—41.

Rechtsfälle und Rechtsbestimmungen, gesammelt aus den Acten des Königl. O.A. und höchsten Gerichts zu Greifswald, vorm. Tribunals zu Wismar, v. J. W. J. Bornemann. 1. Heft. Lübsches Recht. Berlin 1832.

Hamburg.

Der Stadt Hamburg Gerichtsordnung und Statuta v. 1603. (Kieseler) Sammlung der Hamburg. Gesetze und Verfassungen. 12 Thle. u. Th. 13 als Register. Hamburg 1765—74. Sammlung Hamburg. Mandaten. 6 Thle. Hamb. 1763—74. Chr. D. Anderson, Sammlung Hamburg. Verordnungen. 8 Thle. Hamb. 1783 ff.

Sammlung der Verordnungen seit 1814 (besorgt von Lappenberg).

Chr. D. Anderson, Hamburgisches Privatrecht. 5 Thle. Hamb. 1782—92.

J. R. Gries, Commentar zum Hamburg. Stadtrecht v. 1603, herausgeg. von N. A. Westphalen. 2 Bde. Hamb. 1837.

Sammlung der Erkenntnisse und Entscheidungsgründe des O.A. Gerichts zu Lübeck in Hamb. Rechtsachen, nebst den Erkenntnissen der früheren Instanzen. Lief. 1. Hamb. 1844.

Bremen.

Die Statuten von 1433 sind nicht revidirt.

Sammlung der Verordnungen und Proclame v. 1751—1810 und seit 1813.

J. Donandt, Versuch einer Geschichte des Bremischen Stadtrechts. 2 Thle. Bremen 1830.

J. F. Gildemeister, Beiträge zur Kenntniß des vaterländischen Rechts. 2 Bde. Bremen 1806—9.

Th. Berck, über das bremische Güterrecht der Ehegatten. Bremen 1822.

Frankfurt.

Revidirte Reformation v. 1578 (Berf. J. Fichard).

Erneuerte Reformation v. 1611.

J. C. Beyerbach, Sammlung der Verordnungen der Reichsstadt Frankfurt. 11 Thle. Frankf. 1796—1818.

J. H. Bender, Sammlung frankfurt. Verordnungen aus den J. 1806—16. Frankf. 1833.

Die (amtliche) Gesetz- und Statutensammlung seit 1816.

(J. Ph. Orth) Nöthig und nützlich erachtete Anmerkungen über die — erneuerte Reformation der Stadt Frankfurt. 5 Bde. Frankf. 1731—37. 4. Zusätze und Register 1775.

J. v. Adlerflycht, das Privatrecht der freien Stadt Frankfurt. 5 Thle. Frankf. 1824—32.

J. H. Bender, Lehrbuch des Privatrechts der freien Stadt Frankfurt. Frankf. 1835.

§. 29.

III. Die Rechte verwandter Völker¹⁾.

I. Scandinavische Rechte.

J. C. H. Dreyer, Beiträge zur Literatur der nordischen Rechtsgelehrsamkeit. Hamburg 1794.

P. D. Ch. Paulsen, über das Studium des nordischen Rechts im Allgemeinen und des dänischen insbes. Kiel 1826.

J. Grimm, Literatur der altnordischen Gesetze in der Zeitschrift für gesch. Rechtswissensch. III. S. 73—128. — Dazu Bemerkungen von C. Schildener, Greifsw. 1818.

W. G. Wilda, das Strafrecht der Germanen (Halle 1842). S. 7—61.

Island²⁾.

Hin forna Lögbók Islendinga sem nefnist Grágas. Co-

1) Am vollständigsten hierüber ist Mittermaier, Grundsätze, I. §. 43; f. außerdem Eichhorn, Einleitung, §. 46. — Phillips, Grundsätze, I. §. 26. — Kraut, Grundriß, §. 46. — Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes, herausgeg. von Mittermaier und R. S. Zachariä (nach dessen Tode von R. v. Mohl) erscheint zu Heidelberg seit 1829.

2) S. Dahlmann, Geschichte von Dänemark, II. S. 180. ff.

dex juris Islandicorum antiquissimus, qui nominatur Grágás.
2 Part. Havniae 1829. 4.

Norwegen³⁾.

H. Paus Samling af gamle norske Love. Kjöbenhavn
1751. 52. 4.

Magnus Konungs Lagabäters Gula-Things-Laug s. — —
leges Golathingenses s. jus commune Norwegicum. Hafn. 1817. 4.

Schweden.

J. O. Stiernhöök de jure Sueonum et Gothorum ve-
tusto. Holm. 1673. 4.

J. S. Collin och E. J. Schlyter, corpus juris Sveo-
Gotorum antiqui. Samling af Sveriges gamla lagar. 3 voll.
Stockholm 1827—34. 4.

Gutalagh, d. i. der Insel Gothland altes Rechtsbuch in
der Ursprache und mit einer wieder aufgefundenen altdeutschen
Uebersetzung herausgeg. von R. Schildener. Greifsw. 1818. 4.

Dänemark.

J. L. N. Kolberup-Rosenvinge, Grundriis af den
danske Retshistorie. 2 Deel. 2. Udg. Kjöbenhavn 1832. (Von
der ersten Ausg. erschien eine deutsche Uebersetzung von Ho-
meyer. Berlin 1825.)

Lex Sielandica Erici Regis: Kong Eric's Siellandske Lov,
der zweite Theil von Rosenvinges Samling af gamla danske
Love. Kjöbenh. 1821. 4. — Kong Waldemar den Andens
Tydske Lov⁴⁾ (v. 1241) og Thord Degns Artikler a. a. D.
Th. 3. ibid. 1837. — Danske Gaardsretter og Stadsretter a.
a. D. Th. 5. ibid. 1827.

Kong Christian V. danske Lov v. 1683.

II. Englisches Recht.

G. Philipps, englische Reichs- und Rechtsgeschichte seit
1066. 2 Bde. Berlin 1827. 28.

3) S. Dahlmann a. a. D. S. 337. ff.

4) Vgl. oben §. 45. Note 24.

G. Crabb, Geschichte des englischen Rechts. Nach dem Englischen bearbeitet von W. Schäffner. Darmst. 1834.

Die älteren Rechtsbücher⁵⁾:

Ranulph. de Glanvilla, tractatus de legibus et consuetudinibus regni Angliae tempore Henrici II. Lond. 1569 fol. und öft. auch bei Phillips a. a. O. Bd. 2.

Henr. de Bracton, de legibus et consuetudinibus Angliae libri V. Lond. 1640. 4.

Fleta seu commentarius juris Anglicani sic nuncupatus. Edit. II. Lond. 1685. 4.

Dav. Houard, anciennes loix des Français conservées dans les coutumes Anglaises. 2 tom. Rouen 1766. 4.

— — Traités sur les coutumes Anglo-Normandes. 4 voll. Paris 1776. 4.

Regiam Majestatem: the auld lawes and constitutions of Scotland — translated of Latin in Scottish language by Sir J. Skeue of Curriehile. Edinb. 1774. 4.

Für das praktische englische Recht:

W. Blackstone, commentaries on the law of England. 4 voll. Oxford. 1764—69. 4. Ed. 18. by Williams. London 1821—22.

W. Blackstones Handbuch des englischen Rechts im Auszuge und mit Hinzufügung der neueren Gesetze und Entscheidungen von J. Gifford. Aus dem Englischen von H. F. C. v. Colbitz. 2 Bde. Schleswig 1822 u. 23.

III. Französisches Recht.

L. A. Warnkönig und L. Stein, französische Staats- und Rechtsgeschichte. Bis jetzt 2 Bde. Basel 1846.

Le grand coutumier de France, publié par Carond le Caron. Paris 1598. fol.

Nouveau coutumier général ou corps des coutumes gé-

5) Ueber die angelsächsischen Gesetze s. oben §. 43. Note 2.

nérales. et particulières de France par Charles Bourdet de Richebourg. 8 tom. en 4 voll. Paris 1724. fol.

B. a Chassenaeus, consuetudines ducatus Burgundiae fereque totius Galliae. Francof. 1590. fol. 6)

Recueil général des anciennes lois françaises depuis l'an 420 jusqu' à la revolution de 1789, par Jourdan, Decrussy, Isambert. 28 voll. Paris 1822—27.

Code civil (Napoléon) publ. 1803 und 1804.

Merlin, répertoire universel et raisonné de jurisprudence. Ed. 5. Paris 1827 s. 18 voll. 4.

R. S. Zachariä, Handbuch des französischen Civilrechts. 4 Bde. 4. Aufl. Heidelberg 1837.

IV. Niederländisches Recht.

L. A. Warnkönig, flandrische Staats- und Rechtsgeschichte. 3 Bde. in 5 Abth. Tübing. 1835—42.

V. Italienisches Recht.

Collezione completa dei moderni Codici civili degli stati d'Italia. Torino 1845.

Vom sardinischen Gesetzbuch ist auch eine französische Ausgabe erschienen:

Code civil pour les états de S. M. le Roi de Sardaigne: Turin 1837.

VI. Schweizerisches Recht.

Schauberg, Zeitschrift für noch ungedruckte Schweizerische Rechtsquellen. Bd. 1. Heft 1. u. 2. Zürich 1844. 45. 4.

Der Stadt Basel Statuta und Gerichtsordnung v. 1719, nebst einem Anhang der von 1719—1830 ergangenen — Gesetze und Verordnungen. Basel 1830.

C. R. Frey, die Quellen des Basler Stadtrechts. Basel 1830.

J. C. Bluntschli, Staats- und Rechtsgeschichte der Stadt und Landschaft Zürich. 2 Thele. Zürich 1838—39.

6) Ueber die altfranzösischen coutumes und deren Ausgaben s. Mittermayer, Grundsätze, I. §. 43. Note 2. — Kraut a. a. O. S. 112—13.

F. Stettler, Staats- und Rechtsgeschichte des Kantons Bern. Bern und St. Gallen 1845.

VII. Recht der russischen Ostseeprovinzen.

G. Delrichs, das Rigische Recht und die gemainen Stichtischen Rechte im Sticht van Riga, gehalten das Ribderrecht. Bremen 1773. 4.

F. G. v. Bunge, die Quellen des Revaler Stadtrechts. Bis jetzt 5 Lief. Dorpat 1844–46.

Baucker, die Quellen der Ritter- Lehen- und Landrechte Esth- und Livlands; mit Anmerkungen. 1. Lief. Dorpat 1845.

Kummel, die Quellen des curländischen Landrechts. 1. u. 2. Lief. Dorpat 1844.

v. Bunge, Beiträge zur Kunde der Liv- Esth- und Curländischen Rechtsquellen. Riga und Dorpat 1832.

— — das Liv- und Esthländische Privatrecht. 2 Thle. Dorpat 1837. 38.

Dritter Abschnitt.

Die Rechtsverhältnisse.

§. 47.

Einleitung.

Es ist bereits früher von den Rechtsverhältnissen gehandelt worden, nämlich da, wo ihr Begriff im Gegensatz zum Rechtsinstitut und ihre Bedeutung für die juristische Methode und die Quellenlehre festgestellt ward¹⁾. Zu diesem Behuf kam es hauptsächlich darauf an, den innern Zusammenhang tatsächlicher Zustände und Beziehungen, welche sich nach einem bestimmten Ziele hin im Rechtsleben entwickelt haben, anzuerkennen und zu erfassen, um für das Rechtsprincip den ihm angewiesenen Kreis seiner Herrschaft zu bestimmen. Doch mußte dabei auch zugleich einerseits auf die Zerlegung der einzelnen Rechtsverhältnisse in die zum Rechtsfall ausgeprägten concreten Gestaltungen Rücksicht genommen, und andererseits die von jeder zufälligen Aeußerung des Rechtslebens unabhängige allgemeine Substanz der Verhältnisse in ihrer auf der Vernunft und dem Wesen der menschlichen Gesellschaft begründeten Natur anerkannt werden.

1) S. oben §. 5., 14. und 30.

Die folgende Erörterung hat es nun zunächst nur mit dem bestimmten deutschen Rechtsleben zu thun, und zwar im Kreise des gemeinen Privatrechts. Zwar wird auch hier, wie überhaupt bei einer wissenschaftlichen Rechtslehre, jene philosophische Betrachtungsweise zu Hülfe genommen werden müssen, um die gegebenen Rechtsverhältnisse in ihrer allgemeinen Bedeutung und wieder in ihrer besonderen Ausbildung zu würdigen, — ein Verfahren, welches namentlich dann unerlässlich wird, wenn sich eine gewisse Mannichfaltigkeit in der äußern Erscheinung geltend gemacht hat, wie es besonders unter dem Einfluß römischer und germanischer Rechtsideen, welche gleichmäßig auf unser modernes Rechtsleben eingewirkt haben, bei uns geschehen ist. So wird, um das Gesagte mit einigen Beispielen kurz zu erläutern, allenthalben, wo es schon zu einer begriffsmäßigen Trennung von Besitz und Verkehr gekommen, ja wo überhaupt nur der Einzelne als bestimmtes Rechtssubject in der Gesamtheit seine besondere Rechtsphäre einnimmt, der Gegensatz zwischen dinglichem und persönlichem Recht hervortreten. Jenes erscheint als das unmittelbare Recht, sei es nun an einer Sache oder überhaupt an einem Zustande, für welches man um seiner selbst willen Anerkennung und Schutz verlangen kann, während das persönliche Recht eben nur den besonderen Anspruch an eine bestimmt verpflichtete Person enthält, und daher auch nur gegen diese geltend zu machen ist. Aber in wie verschiedener Weise sind diese allgemeinen Begriffe bei den Römern und Germanen weiter ausgebildet und bestimmt worden! Auf der einen Seite *possessio*, *dominium*, *jus in re*, *obligatio* in ihrer festen, consequent durchgeführten Abgrenzung, und auf der andern die *Gewere* in ihren verschiedenen Bedeutungen und die *Forderung*, welche doch auch wieder mit jener in gemischten Instituten zusammentrifft, namentlich bei manchen an den Grundbesitz geknüpften Realrechten²⁾. Wie verschieden

2) Vgl. Gaupp in der Zeitschrift für deutsches Recht, I. S. 86. ff.

stellt sich, um ein anderes Beispiel anzuführen, der Begriff der Familienmacht nach römischem und deutschem Rechte dar: die potestas mit ihrer starren, einseitigen Berechtigung und das zum Schutzverhältniß gemilderte Mundium unserer Vorfahren. Ferner: die Vereinigung Mehrerer zu einer Rechtsgemeinschaft bei den Römern nur in den beiden äußersten Gegensätzen der universitas und der communio durchgeführt, während der Associationsgeist der Deutschen das zwischen diesen beiden Extremen liegende Gebiet mit dem Reichthum vielgestaltiger Genossenschaften bedeckte. Um für solche Gegensätze das rechte Maas und Verständniß zu finden, bedarf es einer allgemeinen Einsicht in die Natur der Rechtsverhältnisse, welche eben bei aller Verschiedenheit den gemeinsamen Grund der einzelnen Erscheinungen zu erkennen weiß. Aber die erschöpfende und systematische Darstellung dieser allgemeinen Substanz der Rechtsverhältnisse ist nicht die Aufgabe einer positiven Rechtslehre, sondern der Rechtsphilosophie, bei der jene ihren Anhalt zu suchen hat.

Es könnte indessen scheinen, daß es wenigstens zur Aufgabe dieses Abschnittes des allgemeinen Theils gemacht werden müßte, die angedeutete Verschiedenheit der Rechtsverhältnisse je nach der Normirung, welche sie im einheimischen und im fremden Rechte gefunden haben, näher zu entwickeln und im Einzelnen nachzuweisen. Wenn aber auch eine solche Aufgabe durchaus nicht abgewiesen oder umgangen werden soll, so hat es doch sein Bedenken, sie gerade an diesem Orte zur Lösung zu bringen. Hier nämlich soll nicht von den einzelnen Rechtsverhältnissen und den ihnen entsprechenden Rechtsinstituten, wie umfassend sie auch ihrem Umfange nach sein mögen, gehandelt werden, da der besondere Theil für deren Darstellung bestimmt ist. Es könnte also nur darauf ankommen, solche Gegensätze hervorzuheben, welche das ganze System jener beiden Volkrechte umfassen. Allein das würde zu einer durchaus geschichtlichen Darstellung führen, da weder das germanische noch das römische Recht in ihrer ursprünglichen Einheit neben einander bestehen,

sondern sie in wichtigen Beziehungen sich vermischt und zu neuen Gestaltungen verbunden haben. Selbst die historische Betrachtung dieser Verschiedenheiten würde indessen ohne wissenschaftliche Haltung und unfruchtbar bleiben, wenn sie sich bloß auf Allgemeinheiten beschränkte; sie müßte doch, um dem bessern Verständniß des heutigen Rechts zu dienen, wieder auf die einzelnen Lehren eingehen, und also der folgenden Darstellung vorgreifen.

Aus einem ähnlichen Grunde wird die allgemeinere Erörterung der Rechtsverhältnisse, wie sie hier ihre Stelle finden könnte, noch in einer anderen Beziehung beschränkt. Es giebt gewisse Begriffe, welche sich unleugbar nicht bloß auf einzelne Rechtstheile beziehen, sondern in verschiedene Gebiete übergreifen und dort ihre Wirksamkeit zeigen. So der Begriff des Schadens, der Zahlung, der Zinsen. Von dem allgemeinen Theil bleiben sie aber doch passend ausgeschlossen, weil sie ihrer Natur nach einem bestimmten Abschnitt des besondern Theils, nämlich dem Obligationenrecht angehören, und nur insofern, als auch auf anderen Gebieten, z. B. bei der Eigenthumsklage der Anspruch wegen Verwendungen und Beschädigungen, obligatorische Beziehungen gelegentlich vorkommen, dorthin verpflanzt erscheinen³⁾. Selbst wenn vom Standpunkt der germanistischen Jurisprudenz an diese Begriffe Erörterungen anzuknüpfen wären, wie es in der That der Fall ist, werden sie doch nicht hier zu geben sein. Allerdings kommt aber auch in Betracht, daß das römische Recht gerade für die allgemeinen, das gesammte Rechtssystem beherrschenden Institute besonders einflußreich geworden ist, und daß daher die Erörterung derselben, insofern sich ihnen nicht eine wesentlich deutschrechtliche Modification angehängt hat, von diesem Werke nach der ihm gestellten Aufgabe ausgeschlossen werden mußte. Bei dem Vertrag freilich ist dieß nicht der Fall, und systematisch richtig würde es gewesen sein,

3) G. v. Savigny, System, I. S. 391. III. S. 4.

ihn seiner allgemeinen Natur nach hier zu behandeln; aber gerade in dieser Beziehung ist die Herrschaft des römischen Rechts über den Vertrag doch so überwiegend, daß es bei dem Standpunkte dieses Werkes passender erschien, die ganze Lehre im Obligationenrecht, wo sie doch vorzugsweise ihren Sitz hat, zusammen zu fassen. — Was ferner die Einwirkung des Processes auf das materielle Recht betrifft, so ist hier nur Weniges davon aufgenommen worden, theils weil Manches, was von den Civilisten behandelt zu werden pflegt, z. B. die Lehre von der Beweislast, dem Proceßrecht anzugehören scheint, theils aber, weil eine genügende Darstellung der Rechtsinstitute, auch wenn sie eine eigenthümlich deutsche Entwicklung erhalten haben, doch nur unter steter Berücksichtigung der fremden Rechtsquellen, in denen sie principienmäßig wurzeln, gegeben werden kann. Daher ist z. B. die wichtige Lehre von der *litis contestation* hier übergangen worden.

Dagegen würde freilich ein reicher Stoff für diesen Abschnitt sich darbieten, wenn die Lehre von den Personen und deren rechtlichen Eigenschaften nach dem Vorgange mehrerer neuerer Civilisten hier behandelt würde; allein es ist vorgezogen worden, dafür, wie es früher fast allgemein geschah, einen eigenen Abschnitt im besonderen Theil zu bilden, — hauptsächlich um für die Lehre von den juristischen Personen, welche bei uns in eigenthümlichen Rechtsinstituten ausgeprägt worden ist, die volle Freiheit der Bewegung zu finden.

Nach dem Angeführten beschränkt sich daher die folgende Erörterung darauf, Einzelnes aus der allgemeinen Lehre von den Rechtsverhältnissen, namentlich in Beziehung auf deren Entstehung, Aufhebung und Sicherung vom deutschrechtlichen Standpunkte aus einer näheren Betrachtung zu unterziehen.

§. 48.

1. Von den Rechtsgeschäften.

Unter den Thatsachen, welche auf die Rechtsverhältnisse in Beziehung auf ihre Entstehung, Beendigung oder besondere

Gestaltung den wichtigsten Einfluß ausüben¹⁾, sind vor Allem die Rechtsgeschäfte zu nennen. Es sind freie, gesetzlich erlaubte Handlungen, welche ausdrücklich zu dem Zwecke vorgenommen werden, auf die Rechtsverhältnisse in der angegebenen Weise einzuwirken. Unbedingt verbotene Handlungen, z. B. der Diebstahl, werden, wenn sie auch denselben Erfolg haben können,

1) v. Savigny a. a. D. III. §. 3. ff. bezeichnet diese Thatsachen als juristische, und giebt darüber folgende Uebersicht.

1. Sie sind theils negativ, theils positiv.

2. Sie begründen und endigen die Rechtsverhältnisse oder sie haben eine gemischte Wirkung, indem sie eine Umwandlung oder Metamorphose derselben hervorrufen. Dieß geschieht

a. subjectiv bei den Successionen, wenn die Identität des Verhältnisses bewahrt bleibt, und nur durch Uebertragung auf andere das Subject sich ändert;

b. objectiv, indem der Inhalt verändert wird und das Rechtsverhältniß weiter fortbesteht, wie das im Obligationenrecht näher gezeigt wird.

3. Sie sind freie Handlungen des Betheiligten d. h. derjenigen Person, von deren Erwerb oder Verlust die Rede ist*), oder zufällige Umstände, wohin die Handlungen anderer als des Betheiligten, z. B. Diebstahl und die Unterlassungen gehören. Die freien Handlungen sind aber

a. unmittelbar gerichtet auf Entstehung oder Auflösung der Rechtsverhältnisse (Willenserklärungen oder Rechtsgeschäfte)**), und zwar

1. als einseitiger Wille des Betheiligten;

2. als übereinstimmender Wille des Betheiligten mit dem Willen anderer (der Vertrag);

b. sie sind unmittelbar gerichtet auf andere nicht juristische Zwecke, so daß die juristische Wirkung zurücktritt oder entschieden nicht gewollt wird.

4. Endlich giebt es solche Thatsachen, welche als wesentliches Moment den Ablauf eines Zeitraums in sich schließen, folglich von Zeitbestimmungen abhängig sind.

*) Diese Bestimmung der Person des Betheiligten ist zu eng, da hiernach auch lehtwillige Verfügungen zu den zufälligen Umständen gehören würden, indem der Testator weder Gewinn noch Verlust davon hat, und der Erbe selbst bei der Handlung nicht thätig ist.

***) Willenserklärungen und Rechtsgeschäfte sind nicht in gleicher Bedeutung zu nehmen; z. B. die Weigerung des Trassaten, einen ihm präsentirten Wechsel zu acceptiren, ist kein Rechtsgeschäft, wohl aber eine Willenserklärung.

wie die Rechtsgeschäfte, nicht darunter befaßt, während dagegen ein an sich erlaubtes Geschäft dadurch, daß es in einem besondern Fall gegen die Gesetze verstößt, z. B. die *lex commissoria* beim Pfandrecht oder wenn verbotene Zinsen stipulirt werden, deswegen noch nicht seinen allgemeinen Charakter verliert.

Man theilt nun die Rechtsgeschäfte ein

1. mit Rücksicht auf ihre Entstehung in zweiseitige und einseitige, je nachdem der Wille mehrerer Personen zusammentreffen muß, um sie zu Stande zu bringen, oder sie von einer Person vorgenommen werden können. Zweiseitige Rechtsgeschäfte wirken regelmäßig als Verträge, bei denen die Willensbestimmungen zum Consensus dauernd verbunden sind; doch kann es auch besondere Modificationen dieses Verhältnisses geben, wo die Vereinbarung nur als die Vorbereitung zu Geschäften erscheint, welche an sich einseitig, doch in eine gewisse Beziehung zu einander treten, eine gewisse Gemeinschaft des Willens hervorrufen, ohne daß diese zum eigentlichen Consensus erstarrte. Die Lehre von den wechselseitigen Testamenten giebt dazu die Belege: die Natur der letztwilligen Verfügung verhindert es, daß sie von der Vertragslehre erfaßt und durchdrungen werde. Anders stellt sich schon die Sache, wenn durch einen Vertrag Mehrere sich zur Bornahme eines einseitigen Rechtsgeschäftes, z. B. zur Ausstellung eines Erbverzichtes, verpflichten, oder wenn ein Geschäft zwar die Folge eines Vertrags ist, seinen eigenen Schwerpunkt aber doch nicht mehr ausschließlich in der Willenserklärung der Parteien hat, wie bei der gerichtlichen Auflassung. Das sind die feineren Nuancirungen dieser Lehre, welche sich erst bei der Darstellung der einzelnen Institute genauer werden betrachten lassen ²⁾.

2. Ihrem Inhalte nach theilt man die Rechtsgeschäfte auf verschiedene Weise ein, je nach den Rechtsverhältnissen, auf welche sie sich beziehen, und nach den Veränderungen, welche

2) S. vorläufig meine Lehre von den Erbvertr. II. 1. §. 12. und 13.

sie daran hervorrufen sollen. Dabei unterscheidet man zwischen denjenigen Bestandtheilen des Geschäftes, welche nothwendig zum Begriff desselben gehören, z. B. beim Kaufe die Feststellung des Preises, und solchen, welche bloß eine außerwesentliche Modification begründen³⁾. Hat nun das Geschäft seinen Zweck in sich selber, ohne daß es sich bloß an ein anderes anlehnt, um dessen Wirkungen zu sichern oder näher zu bestimmen, so nennt man es ein Hauptgeschäft, zu welchem das Nebengeschäft den Gegensatz bildet. Dabei kann es geschehen, daß Verträge und einseitige Handlungen zur Erreichung desselben Zweckes mit gleichem Erfolg zur Anwendung zu bringen sind. Dies ist namentlich bei der Schenkung der Fall, welche wenigstens nicht nothwendig in Vertragsform auftritt⁴⁾, und ferner bei dem Verzicht, über welchen hier folgende Regeln aufzustellen sind⁵⁾.

a. Nur einem solchen Rechte, worüber die freie Verfügung zusteht, kann gültig entsagt werden; der Verzicht ist also aus-

3) Die Schule hat diese Unterscheidung noch weiter ausgeführt, und läßt die außerwesentlichen Bestandtheile in gewöhnliche (*naturalia*) und zufällige oder besser außergewöhnliche (*accidentalia*) zerfallen, je nachdem sie auch ohne ausdrückliche Hinzufügung wirksam sind, oder einer solchen bedürfen; s. *Thibaut*, System, I. §. 105. Allein diese Eintheilung, welche man besonders der Beweisführung wegen gemacht hat, bezieht sich mehr auf die Bestandtheile der Rechtsverhältnisse, als der Rechtsgeschäfte.

4) v. *Savigny*, System, IV. S. 145—65. — Der allgemeine Begriff der Schenkung, welcher für das römische Recht erst künstlich gewonnen werden muß, hat in den älteren deutschen Rechtsquellen schon an sich eine Anerkennung gefunden. *Dare*, *donare* oder *tradere* heißt nämlich so viel als unentgeltlich zuwenden, während *kaufen* den onerosen Erwerb bezeichnet; s. *Lehre von den Erbvertr.* I. S. 134. 135. II. 2. S. 213. — Doch kommt Gabe auch wie *traditio* für Uebergabe, Aufassung vor; s. *Sächf. Landr.*, Bd. I. Art. 52. §. 1.

5) S. im Allgemeinen die von *Schilter* herausgegebene Sammlung: *Tractatus praecipui de renunciationibus*. Argent. 1701. 4. wo Abhandlungen von *H. Giphanius*, *Dalnerus*, *Breuläus* u. A. abgedruckt sind. Die Schrift von *Ph. W. L. Gräbe*, die Lehre des Verzichts (*Raffel* 1843) ist unbedeutend. — *Pr. A. R. R.* Th. I. Tit. 16. §. 378—404.

geschlossen bei Rechten, mit deren Erhaltung ein öffentliches Interesse verbunden ist, oder die mit Verbindlichkeiten gemischt sind. Doch giebt es auch in letzterer Beziehung Ausnahmen⁶⁾.

b. Der Verzicht wird bald einseitig, bald vertragsmäßig ausgestellt, je nach den Rechtsverhältnissen, um welche es sich handelt⁷⁾. Auch stillschweigend kann er geschehen, wenn aus concludenten Handlungen die darauf gerichtete Absicht klar hervorgeht⁸⁾. Denn wenn Verzichte auch nicht vermuthet werden und streng zu interpretiren sind, so ist dieß doch in dem Maasse zu verstehen, daß der unzweifelhafte Inhalt des Geschäftes seine Geltung behält. Darnach ist auch die Frage zu entscheiden, inwiefern ein allgemein ausgesetzter Verzicht rechtliche Wirkungen hat⁹⁾.

c. Was die Wirkung des Verzichtes betrifft, so ist dieselbe entweder

1. eine absolute, so daß das Recht, dem man entsagt,

6) Vgl. überhaupt Pr. A. L. R. a. a. D. §. 396—98. — Nach römischem Recht kann der Nießbrauch einseitig aufgegeben werden, L. 64. D. de usufr. (7, 1.); aber auch dem Vasallen steht es frei, einseitig das Lehen zu refutiren, II. F. 38., wenn auch, nach deutschem Recht nur unter gewissen formellen Beschränkungen; Schwäb. Lehnr. Art. 6. — Aurea bulla cap. 14.

7) Vgl. Friß im Archiv für civ. Praxis, VIII. S. 389—95.

8) Sächf. Landr. Bd. II. Art. 6. §. 4. Svelke gave die man füt, oder svelk ordel die man vinden hart, ne weder redet he des tohant nicht, dar na mach he's nicht weder reden. — cap. 5. X. de renunciat. (I. 9.) — Thibaut, System, I. §. 76. — Pr. A. L. R. a. a. D. §. 389—91.

9) Mevius, decis. IX. 186. — Pufendorf, observat. II. 43. — Das österr. Gesetzbuch, §. 937. bestimmt: „Allgemeine, unbestimmte Verzichtleistungen auf Einwendungen gegen die Gültigkeit eines Vertrags sind ohne Wirkung.“ Es ist dann also der Ansicht gefolgt, nach welcher ein allgemeiner Verzicht auf Einreden gegen Rechtsgeschäfte unwirksam ist; s. S i n t e n i s, Civilrecht, I. S. 25. Note 21., — wogegen sich dann die Cautelarjurisprudenz durch den Verzicht auf die Einrede, daß ein allgemeiner Verzicht nichts gelte, zu helfen suchte, was Falc, Handbuch des Schleswig-Holst. Privatrechts, IV. S. 68. ganz unverfänglich zu finden scheint. — Vgl. auch Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 16. §. 404.

dadurch unmittelbar aufgehoben und zerstört wird ¹⁰⁾. Dieß ist namentlich der Fall bei der Ausschlagung einer deserirten Erbschaft, so wie bei der Aufgebung des Eigenthums durch Dereliction und nach deutschem Recht bei dem Erbverzicht.

2. Der Verzicht wirkt bloß obligatorisch, indem das Recht nur bestimmten Personen gegenüber vertragmäßig aufgegeben (pactum de non petendo — Nachlaßvertrag), und diesen und ihren Erben dadurch eine Einrede gegen die Wiederaufnahme desselben von Seiten des Renuncianten erworben wird.

3. Ist durch den Verzicht weder das Recht zerstört noch bestimmten Personen eine Einrede daraus gegeben worden, so ist er ohne rechtliche Bedeutung und bindet den Renuncianten nicht. Wann aber das Eine oder das Andere anzunehmen, ist nach den Umständen zu ermessen, wobei besonders in Betracht kommt, daß auch dem Publicum gegenüber durch eine allgemeine Erklärung einem Recht gültig entsagt werden kann ¹¹⁾.

§. 49.

Formalismus der Rechtsgeschäfte. (Fortf.).

Bei der Eingehung der Rechtsgeschäfte kommt es nicht allein darauf an, daß der Wille des Betheiligten ein gesetzmäßiger sei und klar und verständlich genug ausgesprochen worden, um die rechtlichen Wirkungen darnach abzumessen; sondern es fragt sich auch, ob dieß in der gehörigen Form ge-

10) Die ältere Theorie unterschied diesen Fall und den des bloß obligatorischen Verzichts, indem sie eine renunciatio in rem und in personam concepta annahm, ohne jedoch den Gegensatz consequent durchzuführen; s. Giphanius in der Note 5. citirten Abhandlung, cap. ult. und überhaupt die Lehre von den Erbvertr., II. 2. §. 231. ff.

11) S. B. jemand erklärt in öffentlichen Blättern, einen Brückenzoll künftig nicht mehr erheben zu wollen; später aber nimmt er doch wieder das Recht in Anspruch. Hier kann sich wohl jeder Einzelne auf den früher ausgesprochenen Verzicht berufen, und die Abgabe verweigern. — Das Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 16. §. 302. bestimmt: Gerichtliche Entsagungen bedürfen keiner Annahme.

schehen sei. Der Formalismus der Rechtsgeschäfte ist von der größten Bedeutung theils zur Feststellung des Moments, von wo an sie bestimmend auf die Rechtsverhältnisse einwirken, theils zur Sicherung des Beweises. Das moderne Recht, welches aber diese ganze Lehre wenigstens in ihrer gemeinrechtlichen Stellung sehr vernachlässigt hat, pflegt vorzugsweise nur den letzteren Punkt zu berücksichtigen; in dem älteren deutschen aber, welches einen sehr reichen, fein ausgebildeten Formalismus hatte, sind beide Seiten gleichmäßig berücksichtigt worden. Die verschiedenen Geschäftsformen, welche in demselben vorkommen, lassen sich auf folgende Arten zurückführen ¹⁾.

1. Das Symbol. Das Wahrzeichen vertrat die Sache oder stellte sinnbildlich die Handlung dar, welche in dieser Form zum bindenden Rechtsgeschäft ward, wie der Halmwurf beim Verzicht, der Handschlag beim Vertrage u. s. w. ²⁾.

2. Feierliche, gelehrte Worte. Sie sind bald bei einseitigen Handlungen erforderlich, bald kommen sie auch bei Verträgen vor, entweder nach Art der Stipulation in der Form von Frage und Antwort oder so, daß die Betheiligten selbständig ihre Reden sagen ³⁾.

3. Die Gerichtlichkeit der Handlung. Sie hat von jeher bei den Deutschen eine wichtige Stellung eingenommen, und zwar in der Weise, daß regelmäßig ein bestimmtes Gericht für die Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit wie für Proceffe ausschließlich competent war, vor welchem dann das Geschäft vollzogen werden mußte. Die beinahe ausschließliche

1) Vgl. Lehre von den Erbvertr., II. 2. S. 39. ff., wo dieser Gegenstand mit besonderer Beziehung auf die Verträge ist behandelt worden.

2) U. F. Kopp, Bilder und Schriften der Vorzeit. Bd. 1. Mannh. 1819. — J. Grimm über die Poesie im Recht, in der Zeitschr. für gesch. Rechtswissensch., I. S. 25. ff. Deutsche Rechtsalterthümer. Einleitung Cap. 4. S. 109. ff. — Reyscher über die Symbolik des germanischen Rechts, in den Beiträgen Heft 1. Tübingen 1833.

3) J. Grimm, deutsche Rechtsalterthümer, S. 605. — Rhein. Museum für Jurispr., III. 2. S. 279. ff.

Geltung dieser Form nach dem Sachsenspiegel findet sich aber weder in früheren noch in späteren Quellen wieder ⁴⁾.

4. Die Schriftlichkeit ist für wichtigere Geschäfte schon früh eingeführt ⁵⁾, entweder als wesentliche Form oder so, daß sie nur zu den auch hier erforderlichen Sollenitätszeugen hinzutritt ⁶⁾. Später ward dann die Lehre von den Urkunden (Handvesten) durch den Gebrauch der Siegel noch besonders modificirt ⁷⁾.

Diese Formen, welche wieder für die einzelnen Stämme und Gegenden in sehr verschiedenen Erscheinungen auftreten, befriedigten das praktische Bedürfnis, indem man nach Vorschrift, Sitte und Uebereinkunft unter ihnen wählen konnte, ohne daß gewöhnlich nur eine bestimmte Form als wesentlich sich herausstellte ⁸⁾. Ein auch im Einzelnen ganz gleichmäßiges gemeinsames Nationalrecht hatte sich darüber nicht ausgebildet. Daher erklärt sich nach der Aufnahme des römischen Rechts, dem man hauptsächlich nur die für letztwillige Verfügungen vorgeschriebene Form entlehnte, ohne auch nur die stipulatio nachahmen zu können, das Schwanken, ja die Verwilderung in der Lehre vom Formalismus der Rechtsgeschäfte, welcher auch durch die Notariatsordnung nicht gefestigt ward, da diese nur ein, der Sitte und dem Bedürfnis nicht immer entsprechendes facultatives Hülfsmittel gewährte. Das Meiste geschah noch durch die Landesgesetzgebung und die Volksgewohnheit. Demnach finden wir jetzt folgende Formen in Uebung.

4) Sächs. Landr. B. I. Art. 7. 18. 52.

5) L. Ripuar. tit. 37. — Form. Marculfi II. 15. — L. Alam. tit. 19. 20. — L. Bajuv. tit. 15. cap. 2. 12.

6) L. Wisigoth. lib. V. tit. 4. cap. 3. — L. Bajuv. tit. 15. cap. 12. 13.

7) Schwäb. Landr. (Wackernagel) Art. 34. 140.

8) Selbst nach dem Sachsenspiegel ist die Gerichtlichkeit ja nur insofern nothwendig, als dadurch die Möglichkeit der eidlichen Ablegnung des Geschäftes genommen ward. Nur in einzelnen Fällen, namentlich bei der Auflassung war sie unerläßlich.

1. Die symbolische Form und feierliche Worte. Beides kommt nur noch ausnahmsweise vor, namentlich bei den gemischten kirchlich-juristischen Abhandlungen: der Laufe, der Trauung, der Eidesleistung; das Symbol außerdem bei gewissen Geschäften des gemeinen Lebens als Handschlag, Weinkauf, Gottespfennig im Sinne der rein confirmatorischen Acta, bei dem Zuschlag auf öffentlichen Versteigerungen u. s. w.

2. Die Gerichtlichkeit. Sie findet sich in verschiedener Weise. Bald genügt die bloße Sollenisirung des Geschäfts, z. B. eines Testaments, vor irgend einer mit Jurisdiction versehenen Behörde, bald ist die Bethheiligung eines bestimmten, allein zuständigen Gerichts erforderlich. Vor diesem muß dann entweder die Handlung selbst unmittelbar vorgenommen werden, wie bei der Auflassung im ursprünglichen Sinne des deutschen Rechts, oder es genügt die Confirmation oder Bestätigung des Geschäftes, wie bei den bäuerlichen Contracten, der Einkindschaft u. s. w., welche Bestätigung jedoch erst nach angestellter Voruntersuchung erteilt zu werden pflegt. Die Verwechslung dieser verschiedenen Formen hat zu großen Verwirrungen geführt.

3. Die Schriftlichkeit. Die Liquidität einer Urkunde wird erreicht durch gerichtliche Ausfertigung, wohin auch die beglaubigte Abschrift des Protokolls gehört⁹⁾, und durch Notariatsacte, für welche die Notariatsordnung von 1512 gemeinrechtlich noch immer entscheidend ist¹⁰⁾. In den meisten Staaten

9) Ein gerichtlich abgeschlossener Vertrag, über welchen den Parteien Abschriften des Protokolls mitgetheilt werden, gilt daher auch als ein schriftlicher; s. Winawarter in Wagner's Zeitschrift für österr. Rechtsgelchsamkeit 1825. Bd. 1. Nr. XXII. §. 3.

10) F. Desterley, das deutsche Notariat. 2 Thele. Hannover 1842 und 1845. — Die Bestätigung der Urkunden braucht gemeinrechtlich nur von Seiten des Notars zu geschehen (R.D. §. 3.), wenn auch für Testamente Abweichendes verfügt (das. Tit I. §. 7. 10.), und der Gebrauch der Privatregel in der Praxis sehr gewöhnlich ist. Vgl. Falck, Handbuch des Schleswig-Holst. Privatrechts, IV. S. 256—57., und über die öffentlichen

aber giebt es besondere Vorschriften über den Gebrauch gestempelten Papiers für die schriftliche Abfassung der Geschäfte.

4. Die Zuziehung bestimmter Sollenitätszeugen, z. B. beim Testamente.

Abgesehen nun von dem, was bei den einzelnen Rechtslehren näher zu erörtern ist, sind hier folgende allgemeine Regeln aufzustellen:

1. Die Wahl einer Form für die Rechtsgeschäfte steht regelmäßig in dem Belieben der Betheiligten; nur wenn durch Gesetz oder Herkommen für bestimmte Geschäfte eine feste Form vorgeschrieben ist, darf diese nicht umgangen werden.

2. Eine gesetzlich vorgeschriebene Form ist im Zweifel für ein wesentliches Erforderniß zu halten, so daß ein Mangel daran Nichtigkeit des Geschäftes zur Folge hat¹¹⁾. Dieß gilt namentlich auch dann, wenn die als nothwendig vorgeschriebene Gerichtlichkeit verletzt ist¹²⁾, und namentlich kann in diesem

oder s. g. authentischen Siegel J. H. Boehmer, exercit. ad pand. IV. Ex. 67. — Vom Siegelrecht des Adels ist später zu handeln.

11) Thibaut, System, I. §. 107. Doch ist die hier aufgestellte Ansicht, daß wegen offener Billigkeit der Richter von der gesetzlich vorgeschriebenen Form etwas erlassen kann, im Interesse der Rechtsicherheit durchaus zu verwerfen, und wird auch durch die dafür angeführte L. 183. D. de R. J. (wo das subveniendum im besondern technischen Sinn zu nehmen ist) nicht unterstützt. Ob ein Geschäft, dem die zu dem beabsichtigten Zwecke erforderliche Form fehlt, als ein anderes, für welches diese Form nicht nöthig, fortbestehen kann, — das hängt von den Umständen, namentlich von der Beschaffenheit der einzelnen Rechtsinstitute und dem Willen der Betheiligten ab, z. B. ob ein Testament ohne Erbeseinsetzung als Codicill, eine nicht eingetragene Hypothek als Privatpfand gelten soll und kann.

12) Die Ansichten sind freilich über diesen Punkt in der Gesetzgebung und der Theorie gleich schwankend; man sehe z. B. nur die Vorschriften der hannoverschen Provinzialgesetze über die gerichtliche Confirmation der Verträge und die Folgen der Unterlassung bei Orefe, Leiffaden zum Studium des hannov. Privatrechts, II. S. 371. ff., und dann über die Auslegung jener Gesetze: D. G. Strube, rechtliche Bedenken, IV. 124. — v. Bülow und Sagemann, prakt. Erörterg., IV. 83. — v. Ram-

Fall eine nachträglich eingeholte Confirmation nicht nach Art der Ratihabition das Geschäft auch für die Vergangenheit gültig machen.

3. Auch die landesherrliche Bestätigung eines Rechtsgeschäfts ersetzt nicht die Mängel in der Form, es sei denn, daß wegen einer bestimmten Staatspraxis das Gegentheil angenommen werden muß¹³⁾. Dann gilt die Bestätigung selbst als Form, oder es liegt ein landesherrliches Dispensationsrecht vor, wie es namentlich in Beziehung auf die Unterlassung des Aufgebots vor der Trauung vorkommt.

4. Die Folgen der Uebertretung der Stempelgesetze sind nach den einzelnen Particularrechten zu ermessen; meistens ist jedoch Vorbehalt des Stempels gestattet, und im Fall der Umgehung Nachstempelung mit einer Geldstrafe, welche sich nach dem Werthe des Gegenstandes richtet, verfügt¹⁴⁾. Der Zweck dieser Gesetze ist eben ein fiscalischer, ohne daß die Beförderung der Rechtsicherheit dabei gerade in Betracht käme.

§. 50.

II. Von den Privilegien.

I. Begriff und Bedeutung.

Es ist schon bemerkt worden, daß die Rechtsgeschäfte nicht die einzigen Entstehungsgründe der Rechtsverhältnisse sind; dieselben können vielmehr auch direct durch die Rechtsregeln selbst hervorgerufen werden. Das Gesetz nämlich ist nicht bloß dar-

bohr, jur. Erfahrungen, III. S. 976. und besonders Spangenberg in seiner Ausgabe von Strube, II. S. 120-21. Das D.A.Gericht zu Gelle hat sich darnach zuletzt für die Nullität wegen Verletzung der Form entschieden.

13) Mit dieser Beschränkung ist die im Archiv für civ. Pr. IV. S. 206-16. ausgeführte Ansicht zu billigen; vgl. auch J. H. Boehmer, exercitt. ad pand. I. Ex. 13. Sect. II. cap. 1. §. 18.

14) S. z. B. die Schleswig-Holst. Stempelpapier-Verordnung v. 31. Oct. 1804. §. 16. 17. 31. — Paulsen, Lehrbuch des Privatrechts der Herzogthümer Schleswig und Holstein, §. 86.

auf gerichtet, den Erwerb von Rechten überhaupt zu gestatten oder zu vermitteln, sondern es kann sie auch unmittelbar mit einem Zustande oder einer Sache verbinden, so daß es genügt, sich in diesem Zustande (z. B. des Familienvaters, der Minderjährigkeit) zu befinden, oder das Eigenthum der Sache, z. B. des Ritterguts zu haben, um jener Rechte sich zu erfreuen, ohne daß es noch einer besondern auf die Erwerbung gerichteten Handlung bedürfte. So wie aber das Recht im objectiven Sinne seiner Beschaffenheit nach in ein gemeines oder regelmäßiges und anomalisches zerfällt¹⁾, so ist auch das Recht im subjectiven Sinne dieser Eintheilung unterworfen, und diejenigen Rechte namentlich, welche von einer anomalischen Rechtsregel beherrscht werden und ihr beziehungsweise ihr Entstehen verdanken, nennt man besondere Rechte, *jura singularia*, Rechtswohlthaten (falls sie, wie gewöhnlich, eine Begünstigung gewähren) oder Privilegien im weitern Sinne. Hiervon sind nun wieder die Privilegien im engern Sinne oder die s. g. individuellen Privilegien verschieden²⁾. Mit jenen ist ihnen freilich gemeinsam, daß sie den Charakter des Anomalischen an sich tragen; aber sie beruhen nicht auf einer Rechtsregel, wodurch sie sanctionirt wären, sondern auf einer speciellen Verleihung³⁾. Diese aber

1) S. oben §. 3.

2) Im weitern Verlauf dieser Erörterung wird das Wort nur in dieser engeren Bedeutung genommen werden, und zwar als die Befugniß aus der Verleihung, nicht aber, der Rechtsquelle entsprechend, als die Verleihung selbst, welche auch wohl als Privilegium bezeichnet wird.

3) Daher kann es geschehen, daß dasselbe Verhältniß je nach den Umständen bald als *jus singulare*, bald als Privilegium aufzufassen ist. Wo z. B. die Steuerfreiheit der Rittergüter in Folge einer Rechtsregel gilt, fällt sie unter den ersten Begriff; wo sie nur ausnahmsweise einem einzelnen Gute verliehen ist, unter den letzteren. Ja es kann das Recht, welches heute durch ein speciellcs Gesetz erworben werden muß, z. B. Schutz des Verlegers gegen den Nachdruck, morgen durch ein Gesetz zum Gemeingut aller gemacht werden. Das wesentliche Merkmal der Privilegien ist daher die Art ihrer Entstehung. Ebenso ist es möglich, daß die verschiedenen Seiten eines Rechtsverhältnisses dasselbe bald als objectives, bald als sub-

begründet doch im engen Kreise ihrer Geltung ein dauerndes Verhältniß, und nicht bloß eine Ausnahme von der gesetzlichen Regel für einen einzelnen Fall, wie es bei der Dispensation, der Begnadigung u. s. w. geschieht⁴⁾.

Im Mittelalter, als sich die gemeine deutsche Freiheit in das getrennte Stände- und Corporationswesen zerklüftet hatte, und nicht das Recht sondern die Rechte herrschten, spielten die Privilegien eine wichtige Rolle, welche auch unter der seit dem 17. Jahrhundert begründeten unbeschränkten Fürstenherrschaft fortbauerte, indem man dabei in der Jurisprudenz namentlich auf das Vorbild der römischen Rescriptenlehre zurückging⁵⁾. Dem modernen Staat, welcher auf die Rechtsordnung gegründet ist, ziemt das Privilegienwesen nicht; der Gnade des Fürsten stehen andere Wege offen, sich thätig zu zeigen, und wenn besonderen Verhältnissen ein besonderer Rechtsschutz gewährt oder wenn überhaupt ein nur individuelles Recht eingeräumt werden soll, so geschehe es auf Grund allgemeiner gesetzlicher Bestimmungen (s. oben §. 20. d.), wie bei der Ertheilung von

jectives Recht erscheinen lassen. Wenn z. B. der Magistrat einer Stadt mit der Staatsregierung oder der Bürgerschaft über die Ausübung der Autonomie streitet, so handelt es sich um ein Recht im subjectiven Sinne; wenn aber unter den Parteien gestritten wird, ob eine statutarische Bestimmung, von deren Anwendung der Ausgang des Processes vielleicht abhängt, von dem Magistrate gültig habe erlassen werden können, so tritt die Bedeutung der Rechtsquellen hervor, und man hat es mit dem Recht im objectiven Sinne zu thun.

4) J. H. Boehmer, exercit. ad pand. l. Ex. 13. De sublimi principum ac statuum evangelicorum dispensandi jure in causis et negotiis tam sacris quam profanis. Sect. I. cap. 1. §. 9. Besondere Regeln treten dann noch ein bei der Ertheilung der *venia aetatis*, der *legitimatio per rescriptum*, u. s. w.

5) Die ältere Theorie ist anschaulich dargestellt im *Baier. Landrecht*, Th. 1. Cap. 2. §. 16., womit v. Kreittmayr's Anmerkungen zu vergleichen. — Eine Art Ermäßigung der landesherrlichen Privilegiengewalt suchte man denn wieder vermittelt der *exceptio ob- et subreptionis* zu bewirken, — d. h. durch die Autorität der Gerichte.

f. g. Erfindungspatenten⁶⁾ und Gewerbsconcessionen. Bei diesen letzteren ist nur besonders zu beachten, daß sie, wie z. B. bei Apotheken gewöhnlich der Fall ist, als Realrechte mit Grundstücken verknüpft werden können, wodurch die Rechtsverhältnisse eine eigenthümliche Gestalt bekommen⁷⁾. Die Ertheilung solcher Berechtigungen ist aber regelmäßig eine den zuständigen Behörden übertragene Verwaltungssache, und der Gesetzgebung liegt es nur ob, die allgemeinen Grundsätze, welche dafür und überhaupt für die Beurtheilung des besonderen Verhältnisses gelten sollen, näher festzustellen.

Die Lehre von den Privilegien hat daher für das moderne Staatswesen, welches freilich in Deutschland noch nicht ganz allgemein und principiell zur Geltung gekommen ist, nur eine untergeordnete Bedeutung; sie ist vorzugsweise wichtig für die Beurtheilung der aus früherer Zeit überkommenen Zustände und Einrichtungen, namentlich auch insofern es sich um die rechtliche Form ihrer Aufhebung handelt.

II. Entstehungsgrund der Privilegien.

Es ist eine beinahe allgemein angenommene Lehre, die Ertheilung der Privilegien beruhe auf einer *Lex specialis* und sei ein Ausfluß der Gesetzgebung⁸⁾, sie stehe daher derjenigen Gewalt im Staate zu, welche diese ausübt⁹⁾. Allein die Ge-

6) S. z. B. Winiwarter, das österr. bürgerl. Recht, I. S. 96. und für Preußen das auf königlicher R.D. beruhende Publicandum vom 18. Oct. 1823, die Grundsätze wegen Patent-Ertheilung auf Erfindung und Verbesserungen betreffend, bei v. Kämpf, Annalen der preussischen innern Staatsverwaltung 1823. IV. S. 827. ff.

7) S. Reyscher in der Zeitschrift für deutsches Recht, V. S. 53. ff.

8) J. H. Boehmer, exercit. ad pand. I. Ex. 14. de finibus privilegiorum regendis cap. II. §. 2. — Thibaut, System, I. §. 32. — Drlsloff, Grundzüge, S. 111. — Mühlenbruch, doctr. pand. I. §. 81. — Kierulff, Theorie, I. S. 53. u. f. w.

9) Also in constitutionellen Staaten dem Souverän unter Zugiehung der Landstände. Auch Weiß, System des deutschen Staatsrechts, §. 14. stellt die Privilegien als Ausfluß der gesetzgebenden Gewalt dar, schließt aber dennoch regelmäßig die Theilnahme der Stände bei der Ertheilung derselben

gesetzgebung befaßt sich nicht mit den individuellen Verhältnissen Einzelner; wenn daher Privilegien nicht auf Grund bestehender Gesetze ertheilt werden, in welchem Fall sie durch die regelmäßige Wirksamkeit der Executivgewalt hervorgerufen werden, so beruhen sie auf einem selbständigen Act höchster Machtvollkommenheit, welche sich über das Gesetz erhebt, wenn es sich um Befreiungen handelt, oder außer dem Gesetz mit gleicher Wirkung Rechtsverhältnisse begründet. In diesem Sinn übten die deutschen Kaiser und die späteren Landesherren, wenn auch nach Zeit und Umständen in sehr verschiedener Weise, das Recht aus, ohne daß es dafür der Theilnahme der Reichs- und Territorialstände, wie bei der Gesetzgebung bedurft hätte. — In wiefern auch jetzt noch eine solche Machtvollkommenheit in der Souveränität liegt, und in welcher Art sie etwa anders als durch Sitte, Uebung und das ganze moderne Staatsprincip beschränkt ist, das läßt sich nur nach der Verfassung der einzelnen Staaten entscheiden. Nur so viel darf allgemein angenommen werden, daß in dem Recht, Privilegien zu ertheilen, nicht auch zugleich die Befugniß enthalten ist, wohlverworbene Rechte dritter Personen zu verletzen. Das kann nur auf Grund des Gesetzes zum gemeinen Besten geschehen.

Aus dem Angeführten aber folgt, daß für die Ertheilung der Privilegien die formellen Erfordernisse eines Gesetzes nicht nothwendig sind. Namentlich ist die Publication, wenn sie auch zweckmäßig sein kann, doch nicht als wesentliche Form zu verlangen, — wie es denn auch von den Anhängern der vorher bekämpften Lehre, inconsequent genug, nicht zu geschehen pflegt. Es genügt im Allgemeinen, daß die Befugniß zur Er-

aus. Aber er nimmt freilich die Privilegien in einem so weiten Sinn (er zählt Rängerhöhung, Ordensverleihung und dgl. dahin), daß zwar an eine Beschränkung des Regenten, aber auch an eine Thätigkeit der gesetzgebenden Gewalt doch nicht im Entferntesten dabei gedacht werden kann. Die Befugniß, Ehrenrechte zu ertheilen, ist ein Attribut der Krone, welches mit dem Recht der Privilegienverleihung nicht zusammen geworfen werden darf.

theilung eines Privilegium besteht, und daß dasselbe gültig verliehen sei. Dadurch wird eben ein wohl erworbenes Recht begründet, ohne daß darauf etwas ankommt, ob es aus reiner Gnade bewilligt worden oder eine Gegenleistung dafür übernommen sei ¹⁰⁾. — Die unwordenfliche Verjährung macht sich aber auch hier in ihrer regelmässigen Wirksamkeit geltend ¹¹⁾.

III. Eintheilung und Auslegung der Privilegien.

Man hat die Privilegien nach ihrer Entstehung, ihrem Gegenstande und ihrer Wirksamkeit sehr verschieden eingetheilt, ohne daß mit solchen Unterscheidungen viel gewonnen wäre, da es zuletzt immer vorzugsweise auf die Auslegung des einzelnen Falls ankommt ¹²⁾. Von Bedeutung ist nur, ob das Privilegium eine Berechtigung oder eine Befreiung enthält, und ob es als Realrecht mit einem Grundstück verbunden oder einer bestimmten, physischen oder juristischen Person ertheilt ist ¹³⁾. Im Uebrigen ist zu bemerken:

10) Dester. Gesetzbuch §. 13. „Die einzelnen Personen oder auch ganzen Körpern verliehenen Privilegien und Befreyungen sind, insofern hierüber die politischen Verordnungen keine besondere Bestimmung enthalten, gleich den übrigen Rechten zu beurtheilen.“ — Dagegen bestimmt freilich, der damals herrschenden Theorie folgend, das A. Pr. L. R. Einleitung §. 96.: „Privilegien und Freiheiten, welche durch einen lästigen Vertrag erworben worden, sind nach den Regeln der Verträge zu erklären und zu beurtheilen.“ — Nun ist es freilich nicht in Abrede zu stellen, daß die Veranlassung zur Ertheilung der Privilegien ein gewöhnlicher Vertrag sein kann; man nehme nur den von Leyser, meditt. ad pand. Sp. X. med. 3. behandelten Fall, wo ein Gutbesitzer die Steuerfreiheit für 1600 Rth. vom Landesherrn erkaufte hatte. Allein der Vertrag ist dann immer nur ein Motiv für die Verleihung, nicht aber der Entstehungsgrund für das Privilegium selbst; dieses wird dadurch in seiner Rechtsbeständigkeit nicht gefestigt, und das aus Gnade verliehene Recht ist ebenso gut ein wohl erworbenes.

11) S. unten §. 52.

12) Früher unterschied man auch, je nachdem ein Privilegium einen Vortheil oder Schaden bringt, privilegium favorabile und odiosum; allein jetzt pflegt man nur ersteres mit dem Ausdruck Privilegien zu bezeichnen.

13) Man hat auch wohl nach Art der jura singularia solche Privilegien angenommen, welche mit einem individuellen Rechtsverhältniß, ohne Rück-

a. Der anomalische Charakter der Privilegien bringt es mit sich, daß sie einer strengen Auslegung unterzogen werden; doch darf dieß nicht so weit gehen, daß man dem bestimmten Sinn der Verleihung Gewalt anthue. Dieser ist vielmehr als die entscheidende Norm zu betrachten ¹⁴). Eine analoge Ausdehnung auf andere Fälle, für welche das Privilegium nicht ausdrücklich erlassen worden, ist aber nie zulässig; doch ist hiermit nicht zu verwechseln, wenn ein Privilegium nach dem Vorbilde eines andern (*privilegium ad instar*) ist ertheilt worden ¹⁵).

b. Ein nur der Person ertheiltes Privilegium erlischt mit deren Ableben; ist es auch auf die Erben oder Nachkommen ausgestellt, so sind darunter im Zweifel nur die Descendenten zu verstehen, wenigstens, wenn es sich nicht um reine Vermögensangelegenheiten, z. B. um ein Privilegium gegen den Nachdruck handelt ¹⁶).

IV. Aufhebung der Privilegien.

Privilegien werden aufgehoben, wie andere Rechte, ohne daß für sie abweichende Grundsätze anzunehmen sind, also namentlich

a. wenn in der Art der Verleihung schon die Veranlassung zur Aufhebung gegeben ist, z. B. durch den Vorbehalt des Widerrufs, Einräumung für einen bestimmten Zweck, auf eine bestimmte Zeit u. s. w. ¹⁷).

sich auf Person und Sache, verbunden sind (*privilegia causae*); aber es hält schwer, Beispiele davon anzuführen. Vgl. Wächter, Handbuch des württemb. Privatrechts, II. S. 336.

14) J. H. Boehmer, exercit. ad pand. I. Ex. 14. cap. 2. §. 9–14. — Glück, Pandecten-Commentar, I. §. 99. — Pr. A. L. R. Einleitung §. 54–58.

15) Thibaut, System, I. §. 33. — Kierulff, Theorie, I. S. 57.

16) Diese Beschränkung der im Text angegebenen Interpretationsregel halte ich für nothwendig; im Uebrigen ist zu vergleichen Leyser, meditt. ad pand. Sp. XI. med. 1. — Glück a. a. D. §. 100.

17) Pr. A. L. R. a. a. D. §. 67–69.

b. Wenn das berechnigte Subject durch den Tod des Menschen, die Auflösung der juristischen Person oder den Untergang der Sache weggefallen ist¹⁸⁾.

c. Wenn die Aufhebung durch die Gesetzgebung verfügt wird, wobei aber die allgemeinen Grundsätze über die Aufhebung wohlervorbener Rechte ihre Anwendung finden¹⁹⁾.

d. Wenn der Privilegirte sein Recht freiwillig aufgibt, was auch durch Nichtgebrauch geschehen kann, insofern darin ein stillschweigender Verzicht zu erkennen ist²⁰⁾. Sonst ist die Aufhebung durch Nichtgebrauch außer der gewöhnlichen Klagenverjährung bei Privilegien nicht anzunehmen²¹⁾.

e. Mißbrauch des Privilegium von Seiten des Berechnigten ist nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen kein Aufhebungsgrund, wenn bei der Verleihung dem nicht vorgesehen ist. Doch hat die deutsche Jurisprudenz, gestützt auf eine Stelle des

18) Pr. N. L. R. a. a. D. §. 63. Privilegien, welche einer bestimmten Person verliehen werden, erlöschen mit dem Abgange des Privilegirten. §. 64. Dagegen gehen Rechte und Pflichten, welche der Sache anleben, auf einen jeden Besitzer über, in so ferne die Gesetze oder die Verleihungsurkunden nicht ausdrücklich ein anderes besagen. §. 65. Ist ein oder der andere Besitzer zur Ausübung des der Sache anlebenden Rechtes unfähig, so ruhet dieses Recht so lange, bis die rechtlichen Hindernisse wieder gehoben sind. §. 66. Ist das Privilegium oder Recht auf die Person, in Verbindung mit der Sache gerichtet, so erlöscht dasselbe durch die Trennung des Besitzers und der Sache.

19) S. oben Note 10. und §. 20. Die Gewalt, welche Privilegien aufhebt, ist daher eine andere, als die, welche sie ertheilt, und es ist zufällig, ob beide in der Person des Regenten verbunden sind, wie dies allerdings zu Rom und häufig auch in den deutschen Territorien der Fall war.

20) cap. 6. 15. X. de privilegiis (5, 33.) Vgl. Steppes, in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, XIV. S. 126—36.

21) Man gelangte dazu, indem man die so eben angeführten Decretalen in denen man eine allgemeine Bestimmung über den Nichtgebrauch zu finden glaubte, da sie doch nur vom stillschweigenden Verzicht handeln, mit L. 1. D. de nundinis (50, 11.) combinirte. Aber diese Stelle enthält nur eine ganz vereinzelte Bestimmung über die Marktprivilegien. S. Friß in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, IV. S. 201—10.

canonischen Rechts²²⁾, die auch in Particularrechte aufgenommene Regel²³⁾ ausgebildet, daß wegen groben Mißbrauchs dem Berechtigten das Privilegium zur Strafe entzogen werden kann, — eine Regel, deren praktische Uebung durch die allgemeine Richtung des modernen Staatswesens immer mehr befestigt werden mußte²⁴⁾.

III. Einwirkung der Zeit auf die Rechtsverhältnisse.

§. 51.

Zeitrechnung und Zeitfristen.

Die Einwirkung der Zeit auf die Entstehung oder Aufhebung der Rechtsverhältnisse, welche sich mit sehr verschiedenen Folgen geltend macht, kann in dreifacher Weise begründet sein. Entweder ist es nämlich allgemein durch eine Rechtsregel vorgeschrieben, daß mit dem Ablauf einer bestimmten Zeit unter den gegebenen Umständen von selbst gewisse Folgen verbunden sein sollen, wie bei der Verjährung, den Altersstufen. Oder es wird von einer Behörde für einen einzelnen Fall ausdrücklich eine Frist festgesetzt, welche auf die individuellen Rechtsverhältnisse einwirkt, mag dabei nun bloß das Eintreten einer schon gesetzlich fixirten Ordnungsfrist vom Richter bestimmt, oder auch

22) Can. 7. Dist. 74. — Nam privilegium meretur amittere, qui permissa sibi abutitur potestate. —

23) Baier. Landrecht, Th. I Cap. 2. §. 16. — (Das Privilegium erlöscht) 1560 durch den Widerruf, wenn selber entweder in dem Privilegium ausdrücklich vorbehalten, oder aber durch groben Mißbrauch, begangenes Verbrechen oder andere Rechtserhebliche Ursachen veranlaßt wird. — Pr. A. L. R. Einleitung §. 72. Wer eines groben Mißbrauch seines Privilegii, zum Schaden des Staats, oder seiner Mitbürger, durch richterliches Erkenntniß schuldig befunden wird, der hat sein Recht verwirkt, und kann keine Entschädigung dafür fordern.

24) v. Kreittmayr, Anmerkungen ad l. c. Nr. 15. — Glück, Commentar, II. §. 109. — Lhibaut, System, I. §. 42. — Mühlenbruch, doct. pand. I. §. 81. — Puchta, Pandecten, §. 31.

die Dauer nach den Umständen abgemessen werden, wie es regelmäßig bei den Edictalcitationen geschieht. Endlich der dritte Fall liegt dann vor, wenn die Beitheiligten selbst vertragsmäßig oder letztwillig Anfang oder Ende der Rechtsverhältnisse von Zeitbestimmungen abhängig gemacht haben. In allen diesen Fällen, welche zum Theil wieder bei den verschiedenen Rechtsinstituten ihre eigenthümliche Ausprägung erhalten haben, kommen natürlich für die Lehre von der Zeit bestimmte Rechtsregeln zur Anwendung, welche nur in Verbindung mit demjenigen Institut, zu welchem sie gehören, ihre nähere Erörterung finden können; aber Manches hat doch auch eine allgemeinere Gültigkeit, und dieses ist hier zu behandeln ¹⁾.

I. Der Kalender.

Der Kalender, welcher dazu bestimmt ist, für die schwankenden Zeiträume menschlicher Verhältnisse das feste Maas zu geben, ist uns von den Römern überkommen; doch gilt jetzt in Deutschland allgemein der verbesserte Gregorianische Kalender, welcher sich von dem Julianischen durch die Regulirung der Schaltzeit unterscheidet. Am Schalttage selbst ist aber eigentlich nichts geändert; derselbe wird im Kalender noch als der 24. Februar bezeichnet, so daß im Schaltjahre der Matthiastag auf den 25. fällt. Darauf stützt sich denn die Ansicht, daß auch jetzt noch, wie bei den Römern der Schalttag mit dem darauf folgenden rechtlich nur einen Tag ausmacht ²⁾. Andere dagegen legen darauf ein Gewicht, daß jetzt die Monatstage gezählt werden ³⁾, und der Schalttag seine eigene Zahl hat, so

1) Ich bin in der folgenden Darstellung hauptsächlich der Ausführung von Savigny, System, IV. S. 318—479. gefolgt, die wieder in ihrem technischen Theile besonders auf L. Ideler, Handbuch der mathematischen und technischen Chronologie. 2 Bde. 1825 und 1826. beruht.

2) Koch, Belehrungen über die Mündigkeit zum Testiren. (Gießen 1796.) §. 9. — Thibaut, System, I. §. 96. — Falck, Handbuch des Schleswig-Holst. Privatrechts, IV. S. 19. — v. Savigny, S. 453—79.

3) Zuweilen pflegt man freilich noch in gewissen Fällen die Tages-

daß sie denselben als auf den 29. Februar fallend fingiren, und in allen Fällen, wo es sich um die Zahl bestimmter Tage handelt, und nicht nach Monaten und Jahren gerechnet wird, als einen Tag für sich gelten lassen⁴⁾. Die erstere Ansicht hat die Autorität des Kalenders und die größere Consequenz für sich; die zweite entspricht der Anschauungsweise des täglichen Lebens, welche sie auch in diesem Fall der positiven Regel gegenüber in der Uebung zum Gewohnheitsrecht condensiren kann. Daß sich ein solches nun hier mit gemeinrechtlicher Gültigkeit ausgebildet hat, ist aber wohl kaum zu behaupten, wenn auch schon nach römischem Recht so viel feststeht, daß in Vertragsverhältnissen bei Berechnung des Schalttags die Absicht der Parteien den Ausschlag geben soll⁵⁾. Dasselbe muß gewiß

namen ohne die Zahl anzugeben; die Landwirthe z. B. rechnen die geschlossene Zeit von Georgi bis Bartholomäi (23. Apr. bis 24. Aug.); oft wird eine Zahlung, Ablieferung und dgl. auf Johannis, Martini festgesetzt u. s. w.

4) Lauterbach, coll. theor. pract. pand. lib. XLIV. tit. 3. §. 4. — Glück, Commentar, III. S. 525 - 27. — Reyscher, württemb. Privatr. I. §. 117. — Winiwarter, das österr. bürgerliche Recht, IV. S. 62., der besonders hervorhebt, daß, wenn man den 24. Febr. noch als Schalttag ansehen wollte, auch der 25. 26. 27. und 28. Februar eines Gemeinjahrs mit dem 26. 27. 28. und 29. eines Schaltjahrs zusammen fallen würden. — Bornemann, systemat. Darstellung des preuß. Civilrechts, I. S. 198. Vgl. Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 9. §. 548. Durch die bei Schaltjahren zutretenden Tage wird die Verjährungszeit nicht geändert. §. 549. Ist die Verjährung in einem Schaltjahre mit dem 29. Febr. angefangen, so läuft sie mit dem letzten Februar desjenigen Jahres ab, welches die Verjährungsfrist beschließt. — Th. II. Tit. 8. §. 838. Ist die Verfallszeit des Wechsels nach Jahren bestimmt: so ist selbiger an eben dem Monatstage des Zahlungsjahres verfallen, an welchem er ausgestellt worden. §. 859. Sollte in diesem Fall der Wechsel in einem Schaltjahre am 29. Febr. ausgestellt sein: so tritt im Zahlungsjahre, wenn dasselbe kein Schaltjahr ist, der 28. Febr. an dessen Stelle. — v. Savigny a. a. D. S. 476. ff. entnimmt gerade umgekehrt aus diesen Stellen, daß das preussische Recht die römische Berechnung des Schalttages beibehalten habe; doch scheint weder das Eine noch das Andere mit Sicherheit daraus hervorzugehen.

5) L. 2. D. de div. temp. praescr. (44, 3.) — v. Savigny, a. a. D. S. 465. ff.

auch für leztwillige Verfügungen gelten, während bei richterlichen Verfügungen zunächst die specielle Praxis entscheiden muß.

II. Die bewegliche Zeit und deren Reduction.

Die im Kalender verzeichneten Zeitabschnitte (die Kalenderzeit) sind ein für allemal fest bestimmt; die Zeiträume dagegen, welche für die Rechtsverhältnisse maassgebend sind, hängen in ihrem Anfange und Ende regelmäßig von freien Handlungen und zufälligen Ereignissen ab, welche selten mit den festen Grenzpunkten der Kalenderzeit genau zusammen treffen: sie bilden die bewegliche Zeit. Es wird daher, wenn diese in der Berechnung nach Jahren, Monaten, Tagen fixirt und nach dem Kalender abgemessen werden soll, eine Reduction nöthig, welche in der Weise geschieht, daß nach dem Eintritt und der Dauer des beweglichen Zeitraums der entsprechende Tag als Anfangs- und Endpunkt in dem Kalender gesucht wird. Dabei tritt aber die Schwierigkeit ein, daß die Kalendermonate nicht immer von gleicher Länge sind, und es also, wenn eine Frist nur allgemein nach Monaten angegeben ist, zweifelhaft wird, wie sie zu berechnen. Nach römischem Recht wird der Monat dann durchweg zu 30 Tagen gerechnet⁶⁾, was auch in Reichsgesetzen⁷⁾ und neueren Gesetzbüchern⁸⁾ anerkannt, und gewöhnlich noch als gemeinrechtliche Regel festgehalten wird⁹⁾. Doch wird gegenwärtig in Fällen, welche nicht vom römischen Recht normirt sind, der Monat häufig so berechnet, daß eine monatliche Frist an demjenigen Tage für abgelaufen gilt, dessen Zahl der des Anfangstages entspricht.

6) v. Savigny a. a. O. S. 337—41.

7) R. R. G. D. Th. II. Tit. 30. §. 4. Und sollen in obgemeldten Fällen je für einen Monat dreißig Tag gerechnet werden.

8) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 9. §. 550. vgl. mit Th. II. Tit. 8. §. 855—57. — Destr. Gesetzbuch §. 902.

9) D. G. Strube, rechtliche Bedenken, I. 47. — Glück, Commentar, III. S. 527. — Thibaut, System, I. §. 96. — Reyscher, württemb. Privatrecht, I. §. 117.

Fällt dann der Anfang aber in die letzten Tage eines langen Monats, und der Monat, in welchem die Frist sich endet, hat nicht so viele Tage, so wird der letzte als Endtermin angenommen¹⁰⁾.

III. Die civile Zeitrechnung.

Im Allgemeinen ist jede Frist genau zu berechnen, und es kommen Fälle vor, wo es sich um Stunden und Minuten handelt¹¹⁾; aber gewöhnlich ist eine so genaue Berechnung, die im Kalender keinen Anhalt findet, mit großen Schwierigkeiten verbunden, und namentlich bei längeren Fristen von geringer Bedeutung. Daher ist schon im römischen Recht die Regel aufgestellt, daß auf die Tageszeit keine Rücksicht genommen und die Frist entweder abgekürzt oder verlängert wird, indem der Anfang oder das Ende des letzten Tages als Endpunkt derselben betrachtet wird, — Ersteres, wenn es sich um den Erwerb, letzteres, wenn es sich um den Verlust von Rechten handelt. Das ist die Bedeutung der s. g. civilen Zeitrechnung¹²⁾.

In deutschen Rechtsquellen kommt zuweilen eine ganz eigenthümliche Berechnung des Tages vor, namentlich in der Zusammenstellung mit dem Jahre, indem derselbe zu 6 Wochen und 3 Tagen angenommen wird. Wo es sich nun um eigenthümliche deutschrechtliche Verjährungsfristen handelt, muß diese

10) B. B. die monatliche Frist, welche am 17. Jan. anfängt, endet am 17. Febr., die am 30. Jan. anfangende aber resp. am 28. oder 29. Februar. Vgl. oben Note 8. und überhaupt v. Savigny, a. a. D. S. 341—44.

11) Im Zweifel entscheidet dann die gemeine Uhr des Ortes, wo die Handlung vorgeht, und der erste Glockenschlag zeigt die vollendete Stunde an; s. Reyscher a. a. D. §. 117.

12) S. v. Savigny a. a. D. S. 347—421. — Nur in einem Fall, nämlich bei der Restitution der Minderjährigen, wird von den Römern ad momentum gerechnet; die neueren Gesetzbücher aber haben die Regel ohne diese Beschränkung aufgenommen (s. Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 3. §. 46. 47. — Oesterr. Gesetzbuch §. 903.), und auch die gemeinrechtliche Praxis achtet wohl nicht mehr auf dieselbe.

Berechnung, welche mit den drei alten Gerichtsfristen von je 14 Tagen zusammenhängt¹³⁾, wohl allgemein und nicht bloß nach Sachsenrecht in der angegebenen Weise zur Anwendung kommen¹⁴⁾; sonst aber ist die Bezeichnung Jahr und Tag im Zweifel wörtlich zu verstehen, so daß der Tag 24 Stunden ausmacht¹⁵⁾.

IV. Utile tempus.

Das römische Recht nimmt in gewissen Fällen an, daß einzelne Tage, welche zu dem Zweck, für welche die Frist bestimmt war, nicht verwandt werden konnten, in dieselbe auch nicht eingerechnet, sondern noch zugegeben werden. Doch hat diese Berechnung (tempus utile im Gegensatz zum tempus continuum) nur noch Bedeutung bei der kurzen Verjährung einiger Klagen, besonders der adilicischen¹⁶⁾. Wichtiger ist die Vorschrift deutscher Rechtsquellen, daß in gewissen Fällen die gesetzliche Frist für Abwesende erst von dem Tage an läuft, wo sie Kenntniß von der Thatsache erhalten, welche die Vornahme einer Handlung von ihrer Seite erheischt¹⁷⁾.

13) G. St. Wiesand, de origine anni Saxonici ejusque usu hodierno. Viteb. 1796. — Albrecht, die Gewere, S. 115–16. — Phillips, Grundsätze, I. §. 67. — Mittermaier, Grundsätze, I. §. 163.

14) Verm. Sachsenp. I. 28. pr. Jar und tag ist ein jar und sechs wochin und drei tage. — Eichhorn, Einleitung, §. 176. Note g. — Phillips a. a. O. §. 68. — Gries, Commentar zum hamburg. Stadtrecht, I. S. 261–62.

15) Vgl. überhaupt J. Grimm, deutsche Rechtsalterth., S. 222–24. — Glück, Commentar, III. S. 530–32. — Unterholzner, ausführliche Entwicklung der gesammten Verjährungslehre, I. §. 22. 85. — Die Particularrechte weichen sehr unter einander ab; s. Haubold, Lehrbuch, §. 185. — Reyscher, württemb. Privatr. I. §. 117. — Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 3. §. 49. „Ist die Zeit durch den Ausdruck: Jahr und Tag bezeichnet, so werden darunter Ein Jahr und dreißig Tage verstanden.“

16) v. Savigny a. a. O. S. 421–53., und über die praktische Bedeutung des tempus utile namentlich S. 444–46.

17) Es bezieht sich dieß auf die Ansehung der Auflassung, um den Eintritt der rechten Gewere zu verhindern (Lüb. Recht, B. III. Tit. 6. Art. 3. — Hamb. Stadtr., Th. II. Tit. 8. Art. 7.) und auf die Mu-

V. Sonn- und Festtage.

Diese sind in rechtlicher Hinsicht namentlich dadurch von andern Tagen verschieden, daß an ihnen keine Rechtsgeschäfte vorgenommen werden sollen oder doch nicht vorgenommen zu werden brauchen. Ist daher am Ende einer Frist, welches auf einen Sonn- oder Festtag fällt, eine geschäftliche Handlung vorzunehmen, z. B. am Verfalltage ein Wechsel zu bezahlen und beziehungsweise zu präsentiren, so muß der Termin auf den vorhergehenden oder nachfolgenden Werkeltag verlegt werden. Nach Analogie der civilen Zeitrechnung darf hier wohl angenommen werden, daß, wenn keine particularrechtlichen Vorschriften darüber bestehen¹⁸⁾, der Verpflichtete die Handlung erst am nächstfolgenden Werkeltage vorzunehmen braucht. — Die Sonn- und Festtage werden übrigens nicht wie die übrigen Tage von Mitternacht zu Mitternacht, sondern von 6 Uhr des Vorabends bis 6 Uhr des Festabends (a vespera ad vesperam) gerechnet¹⁹⁾.

§. 52.

Von der unvordenklichen Verjährung.

Dieselben Ursachen, welche es bewirken, daß durch die lange Uebung eines Rechtsfactes ein Herkommen begründet wird, welches unter den Begriff der Rechtsgewohnheit fällt¹⁾,

thung des Lehens von Seiten der Vasallen: Sächs. Lehnr. Art. 50. §. 4. — Schwäb. Lehnr. (Läßberg) Art. 88. vgl. I. F. 22. pr. — II. F. 52. §. 3. — Albrecht, die Gewere, S. 114—15. — Someyer, Sachsenst., II. 2. S. 469—75.

18) S. z. B. Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 3. §. 48. Trifft die Erfüllung einer Pflicht auf einen Tag, an welchem nach allgemeinen Polizeiverordnungen, oder nach den Religionsgrundsätzen des Verpflichteten dergleichen Handlungen nicht vorgenommen werden dürfen, so ist der Verpflichtete in der Regel an dem nächstfolgenden Tage zu der Leistung verbunden.

19) cap. 1. X. de feriis. (2, 9). — J. H. Boehmer, J. E. P. II. 9. §. 20. — Falck, Handbuch, IV. S. 33.

1) S. oben §. 33.

bringen es auch mit sich, daß Rechtsverhältnisse allein bestwegen, weil sie von Alters her in gleichmäßiger Wirksamkeit fortbestanden haben, für wohlbegründet angesehen und als solche geschützt werden, obgleich ein bestimmter Erwerbstitel für dieselben nicht nachgewiesen werden kann. Es ist unzweifelhaft, daß dieß Princip schon früh im deutschen Recht gültig gewesen ist ²⁾, wenn auch die älteren Rechtsquellen darüber keine ausdrücklichen Bestimmungen enthalten. Das erklärt sich daraus, daß man im Mittelalter zwischen Recht im objectiven und subjectiven Sinne überhaupt nicht genau zu unterscheiden wußte, und indem man sich hauptsächlich an die äußere Erscheinung hielt, ohne den Sinn der Uebung näher zu prüfen, den Begriff des Herkommens, der Gewohnheit auf beide Fälle bezog. Die Fassung vieler Schöffensprüche und Weisthümer läßt dieß deutlich genug erkennen ³⁾.

Derselbe Gedanke aber, den wir im einheimischen Recht über den Schutz althergebrachter Rechtsverhältnisse ausgesprochen finden, tritt uns auch in den römischen Rechtsquellen entgegen: in gewissen Fällen gilt das hohe Alter der Berechtigung wie ein anderer Erwerbstitel ⁴⁾. Dabei ist aber der Begriff des hohen Alters in dieser Anwendung dahin näher festgestellt wor-

2) Buchka, der unvordenkliche Besitz. (Heidelberg 1841.) S. 3—15. Friedländer, die Lehre von der unvordenklichen Zeit. (Heidelberg 1843.) II. S. 7—24.

3) J. Grimm, Weisthümer, I. S. 100. Es ist och ein gewonheit und ein richtung, die wir haben. — S. 184. Es ist och unser closters Recht und gewonheit. — S. 282. Andre gewonliche dienß, als das von Alter har sit und gewonheit ist. — S. 386—87. u. f. w. In diesen Weisthümern, wenn sie auch in verhältnismäßig später Zeit aufgezeichnet wurden, ist durchweg eine sehr alte Rechtsanschauung enthalten, welche sich namentlich im Kreise bäuerlicher Verhältnisse gegen die erst im 16. Jahrhundert vollzogene Aufnahme des römischen Rechts oft noch Jahrhunderte lang, ja bis auf unsere Tage erhalten hat.

4) v. Savigny, System, IV. S. 485—505. — Friedländer a. a. D. I. S. 58—101.

den, daß er für gleichbedeutend mit der Unvordenklichkeit des Zustandes genommen wird, — eine Bezeichnung, welche auch in das canonische Recht übergegangen ist⁵⁾, und wenn sie sich in einheimischen Rechtsdenkmälern findet und in einer bestimmten technischen Bedeutung gebraucht wird, wohl auf die Einwirkung des römisch-canonischen Rechts zurückgeführt werden muß⁶⁾. Der Begriff des unvordenklichen Besitzes ward nun aber durch das canonische Recht mit der Verjährungslehre in Verbindung gebracht⁷⁾, woran die deutschen Reichsgesetze sich anlehnten⁸⁾, und aus diesen Elementen hat sich unter den

5) cap. 26. X. de V. S. (5, 40.) — cap. 1. de praescript. in Vito (2, 13.)

6) Darin scheint mir Pfeiffer, Zeitschrift für deutsches Recht, VIII. S. 1. ff. Recht zu haben; s. die das. S. 12—19. angeführten Urkunden. Ebenso verstehe ich Grimm a. a. D. S. 398. — „länger dann zweier mann gedächtnuß — mehr denn hundert jahr“ —; während andere Stellen, z. B. S. 52. 395. 409. nur eine allgemeine Umschreibung des hohen Alters zu enthalten scheinen.

7) cap. 1. de praeser. cit. — Auch das römische Recht enthält schon eine Hinweisung darauf, indem es die Wirkung der Unvordenklichkeit mit dem allgemeinen Motiv der Verjährung rechtfertigt: L. 2. D. de aqua pluv. (39, 3.) — *minvendarum scilicet litium causa.*

8) Augsb. R. A. v. 1548. §. 56. Wann auch ein ausgezogener oder ausziehender Stand — die Possession vel quasi libertatis ausführen wolt, — und dagegen wider ihn nicht dargebracht werden möcht, daß er je in Menschen Gedächtnuß, in des Reiches gemeinen, und nicht privilegirten hülffen, contribuiret, — oder im Fall, daß ein ausgezogener oder ausziehender Stand ausführen wolt, daß er der Reichs-Anschlag und Hülff halben — privilegirt sei, oder wider die Reichs-Anschlag und Hülff legitime praescribirt habe — soll ein jeder u. s. w. §. 63. Aber die Ausgezogenen, so hievor einige Anlag nicht erlegt hatten, und also in possessione vel quasi libertatis wären, dieselbe sollen bis zu endlichem Austrag der Sachen darbey gelassen — werden. §. 64. Wo aber innerhalb Menschen Gedenden der ausgezogen Stand dem Reich einmal, zwey oder mehr gesteuert hätte, so soll solcher Stand, mittlerzeit rechtlicher Erörterung der Sachen, der Steuer nicht befrehet seyn. Vgl. A. B. cap. 8. — cap. 38. 5. — Regensb. R. A. v. 1576. §. 104. 105. — J. P. O. V. 27. XV. 2. und über die Beziehung der Unvordenklichkeit auf die Verjährung in der abgedruckten Stelle Unterholzner, ausführliche Entwicklung der gesammten Verjährungslehre, I. §. 145.

Händen der Juristen das moderne Institut der unwordentlichen Verjährung gebildet⁹⁾.

I. Begriff und Wirkung.

Zuvörderst ist der Begriff des Herkommens als einer Rechtsquelle von dem hier behandelten Institut getrennt zu halten¹⁰⁾, wenn es auch im einzelnen Fall schwer genug sein kann, Beides gehörig zu unterscheiden¹¹⁾. Hier handelt es sich bloß von dem Einfluß der unwordentlichen Zeit auf die Rechtsverhältnisse. Damit dieser sich nun wirksam zeige, ist erforderlich

a. der Besitz in dem nach deutschem Recht begründeten weiteren Sinne des Worts. Doch ist ein bestimmter Erwerbstitel hier nicht nothwendig, da dieser gerade durch die Unwordentlichkeit ersetzt wird, falls es sich nicht um die Nachweisung verschiedener Besitzübergänge handelt¹²⁾, und auch der Gegensatz von gutem und bösem Glauben verliert hier bei der besondern Beschaffenheit des Verhältnisses seine Bedeutung¹³⁾. Dagegen ist ein bloß factischer Zustand, der nicht als Rechtsübung sich darstellt, nicht ausreichend, und es kann daher allerdings ein s. g. qualificirter Besitz nothwendig werden, nämlich wenn es sich um die Ausschließlichkeit des Rechts, um den Erwerb einer Befreiung oder um den Erwerb des Rechts auf Unterlassungen von anderer Seite handelt¹⁴⁾.

b. Die Unwordentlichkeit. Dieser Begriff ist an und

9) Ueber die Dogmengeschichte s. besonders Buchka a. a. D. S. 21–43. — Friedländer a. a. D. I. S. 3–56.

10) J. H. Boehmer, exercit. ad pand. V. Ex. 83. §. 11. — Buchka, Gewohnheitsrecht, II. S. 114–19. — Pfeiffer, prakt. Ausführungen, S. 9, 10.

11) S. oben §. 50. Note 3.

12) Pfeiffer a. a. D. S. 33. — v. Savigny, a. a. D. S. 525. Daß der Besitz daher stets ein rechtmäßiger gewesen sein muß, wie Meyser, württemb. Privatr., I. §. 135. annimmt, ist nicht richtig.

13) Pfeiffer II. §. 7. VII. §. 7. 8. — v. Savigny S. 527.

14) Pfeiffer VII. S. 183. ff.

für sich ein relativer; aber es ist derselbe unter Einwirkung des römischen Rechts dahin fixirt worden, daß er ein zwiefaches Moment in sich schließt: nämlich ein positives, indem von den jetzt Lebenden niemand einen andern Zustand gekannt haben darf (*status vetustus*), und ein negatives, indem niemand von seinen Vorfahren (worunter nicht bloß die Ascendenten des ersten Grades zu verstehen) Nachricht über die Entstehung des Zustandes erhalten haben darf (*defectus memoriae*)¹⁵⁾. Nach den Andeutungen des canonischen Rechts hat man dieß gewöhnlich noch näher dahin bestimmt, daß jene beiden Erfordernisse zwei auf einander folgende Menschenalter ausfüllen müssen, und zwar ein jedes zu 40 Jahren gerechnet¹⁶⁾. Um als Anhalt für die richterliche Beurtheilung namentlich bei der Beweisführung zu dienen, ist diese letztere Fassung des Begriffs nicht ganz zu verwerfen; doch muß man sich hüten, dieselbe zu unbedingt hinzustellen, damit sich die unvordenkliche Verjährung nicht unmerklich in eine *praescriptio definita* von 80 Jahren verwandle¹⁷⁾. Wird doch der Begriff der Unvordenklichkeit schon ausgeschlossen, wenn die Entstehung des fraglichen Rechtszustandes nur durch Zeugen von Hörensagen befundet wird, gesetzt auch, daß die Thatsache selbst in eine Zeit fällt, welche über die nächstvorhergehende Generation hinausreicht¹⁸⁾.

15) L. 28. D. de probat. (22, 3.) — L. 2. §. 8. D. de aqua pluv. (39, 3.)

16) cap. 1. de praescr. in Vlt. — Pfeiffer II. §. 5. 9. VII. S. 193–94. — v. Savigny S. 519. ff. — Buchta S. 30. 36. 44. — Nach Sachsenrecht wird ein Menschenalter zu 31 Jahren 6 Wochen 3 Tagen angenommen; s. Haubold, Lehrbuch, §. 373.

17) Buchta, Pandecten, §. 77. — Entscheidungen des Geh. Obertribunals (zu Berlin), herausgeg. von Seligo, Wilke I. und Rintelen. Neue Folge, II. S. 127.

18) Pfeiffer a. a. D. II. §. 16. VII. §. 16. — Buchta, Pandecten, §. 77. — Friedländer a. a. D. II. S. 74. ff. Zu eng an den Begriff der zwei Menschenalter hält sich v. Savigny a. a. D. IV. S. 534–35.

Wenn aber auch die beiden allgemeinen Erfordernisse der unvordenklichen Verjährung vorhanden sind, so fragt es sich doch noch, welche Wirkungen sie hat. Gerade hierüber ist viel gestritten, und dem Institut namentlich die Bedeutung der Verjährung abgesprochen worden, indem man ihm bald die Kraft einer *Lex specialis* oder *consuetudo* beilegt¹⁹⁾, bald aber bloß die Vermuthung des rechtmäßigen Erwerbes darauf begründet²⁰⁾. — Lassen wir nun jene, schon hinsichtlich der Privilegien bekämpfte Vermischung der Entstehungsgründe der Rechtsverhältnisse mit den Rechtsquellen als ungehörig bei Seite, so stellen sich nur die Verjährungs- und die Vermuthungstheorie zur Beachtung dar, — jedoch, wie es scheint, mehr im Ausdruck als im Inhalt verschieden. Denn einerseits behaupten die Anhänger der ersteren Ansicht durchaus nicht, daß der unvordenkliche Besitz stets wie die bestimmte Verjährung einen wirklichen Rechtsenerwerb herbeiführe; sie nehmen vielmehr an, daß, im Fall ein solcher wirklich vorhanden war und nur in Vergessenheit gerathen ist, das schon bestehende Recht durch die Verjährung so gesichert werde, als es sonst nur durch den Nachweis einer speciellen Erwerbung geschehen kann. Andererseits ist es ebensowenig die Meinung der zweiten Partei, daß die durch die Unvordenklichkeit begründete Vermuthung eines rechtmäßigen Erwerbes einen bloß provisorischen Schutz mit sich führe, der von dem Richter nur in *possessorio* anzuerkennen sei; im Gegentheil, — wenn die Thatsache der Unvordenklichkeit einmal rechtlich festgestellt ist, so soll auch das darauf ruhende Recht wie bei einer Fiction oder einem rechtskräftigen Urtheil gesichert

19) Diese früher sehr verbreitete Ansicht ist jetzt wieder von Friedländer, II. S. 63. ff. vertheidigt.

20) Von J. S. Böhmér (J. E. P. II. 26. §. 35—45. — *Exercitatt. ad pand.* V. Ex. 83. §. 8—11.) u. Wernher (*observatt. for.* T. I. P. 4. obs. 5.) zuerst vertreten, hat sich diese Auffassung jetzt entschieden zur herrschenden gemacht. Besonders präcis ist sie dargestellt bei Bluntschli, *Staats- und Rechtsgeschichte der Stadt und Landschaft Zürich*, II. S. 114—15.

sein²¹⁾. Es erscheint daher unnöthig, die Bezeichnung des Instituts als einer Verjährung zu vermeiden, da sie in den Rechtsquellen selbst eine Stütze findet, in der Rechtssprache einmal hergebracht ist und bei dem sehr weiten Begriff, der überhaupt mit der Verjährung verbunden wird, auch zu sprachlichen Bedenken keine Veranlassung giebt. Man muß aber nur den eigenthümlichen Charakter des Instituts und namentlich die Abweichungen desselben von der bestimmten Verjährung gehörig festhalten²²⁾.

II. Umfang der Geltung.

Nach den so eben angeführten allgemeinen Erfordernissen des Instituts kann die unvordenkliche Verjährung nur da eintreten, wo die Ausübung eines Rechts sich als Besitz darstellt, unter dieser Voraussetzung aber auch, wenn die Vornahme der Handlung vom freien Belieben des Berechtigten abhängt (*res merae facultatis*)²³⁾. Nur solche Verhältnisse, welche keinen juristischen Besitz zulassen, wie Forderungrechte, sind hier also unbedingt auszunehmen; dasselbe gilt für diejenigen, welche entweder ihrer Natur nach von Privatpersonen überhaupt nicht erworben werden können, oder doch nach dem Recht derjenigen Periode, in welcher die Unvordenklichkeit sich fixirt hat, es nicht konnten²⁴⁾.

21) v. Savigny a. a. D. §. 532. — Wird auf dem Wege des Gegenbeweises dargethan, daß der Besitz zu einer bestimmten Zeit binnen Menschengedächtniß seinen Anfang genommen, so liegt eben keine Unvordenklichkeit vor; s. oben Note 18.

22) v. Kreittmahr, Anmerkungen, II. 4. §. 9. Nr. 4. — Unterholzner, ausführliche Entwicklung, I. §. 147. — Pfeiffer, prakt. Ausführungen, II. §. 19. VII. §. 19. — Praktisch wichtig ist namentlich der Umstand, daß wenn ein Gesetz für einen gegebenen Fall die Verjährung allgemein ausschließt, die unvordenkliche im Zweifel nicht darunter befaßt ist. Aber es ist Sache der Interpretation, dieß jedesmal gehörig festzustellen.

23) Thibaut, System, II. §. 1011. — Buchla a. a. D. §. 48. — Friedländer a. a. D. II. §. 55. ff. — Pfeiffer a. a. D. VII. §. 4.

24) J. H. Boehmer, J. E. P. II. 26. §. 43—45. — Rittermaier,

III. Beweis.

Während bei dem Gewohnheitsrecht nur die Ueberzeugung des Richters über die Existenz desselben entscheidet, und die Beweisführung der Parteien nur den Charakter der facultativen Unterstützung an sich trägt, ist für die unvordenkliche Verjährung, welche sich auf Rechtsverhältnisse und also auf Thatfachen bezieht, die allgemeine Lehre von dem civilproceßmäßigen Beweise zur Anwendung zu bringen. Derselbe ist aber auf die beiden vorher angeführten allgemeinen Erfordernisse des Instituts — Besitz und Unvordenklichkeit — zu erstrecken, und was die letztere betrifft, sowohl auf das positive als auch auf das negative Moment derselben²⁵⁾. Als Beweismittel sind dann besonders bejahrte Zeugen dienlich²⁶⁾, ohne daß jedoch Urkunden,

Grundsätze, I. §. 164. Nr. IX. — Die von Savigny a. a. D. IV. S. 483—84. 510—12. aufgestellte Ansicht, daß die unvordenkliche Zeit nur für publicistische Rechtsverhältnisse, für welche es keine praescriptio definita gebe, Geltung habe, steht in Widerspruch mit den Bestimmungen des canonischen Rechts und mit der geschichtlichen Ausbildung des Instituts in Deutschland; s. die bei Buchka S. 24. ff. angeführten Schriftsteller. Auch der angeblich geringe Werth des Instituts, worauf Savigny ein besonderes Gewicht legt, rechtfertigt jene Ansicht nicht; denn wenn neuere Gesetzbücher auch darin eine Veranlassung finden konnten, es ganz zu verwerfen (über Preußen s. Bornemann, systemat. Darstellung, II. S. 118. ff.); so wird doch die Gültigkeit des positiven gemeinen Rechts nicht von dem Werthe seines Inhalts bedingt. Die früher allgemeine Ansicht, daß servitutes discontinuae der praeser. definita nicht unterworfen seien, ließ freilich die unvordenkliche Verjährung praktisch wichtiger erscheinen, als sie es in der That ist. Vgl. Trier. Landr. Tit. 22. §. 14. Welchergestalten die Dienstbarkeiten durch Verjährung erworben werden mögen, lassen Wir bey den gemeinen Rechts-Lehren bewenden; so viel jedoch die Weyd und dergleichen Gerechtigkeiten, welche servitutes discontinuae genannt werden, betrifft, kann niemand dieselbige ohne Titel, als durch eine Verjährung von unvordenklicher Zeit erwerben. —

25) Pfeiffer II. §. 9. ff. VII. §. 9. ff. — v. Savigny IV. S. 517. ff.

26) Nur ist es gerade nicht nöthig, daß sie ein bestimmtes Alter von 54, oder wie andere wollen (s. Pufendorf, obs. jur. I. 151. §. 3. sqq.) von 50 Jahren haben, besonders wenn verschiedene Zeugen über mehrere sich folgende Zeiträume deponiren.

besonders in Verbindung mit Zeugen²⁷⁾, und der richterliche Eid ausgeschlossen wären; nur der Schiedseid findet hier keine Anwendung²⁸⁾. Der Gegenbeweis ist dann namentlich auf die Unterbrechung des Besitzes oder auf einen bestimmten Anfangspunkt desselben zu richten²⁹⁾.

IV. Schutz und Sicherung der Rechtsverhältnisse.

§. 53.

Von den Klagen.

Damit ein Recht in seiner Ausübung vollkommen gesichert sei, ist es nothwendig, daß dem Berechtigten im Fall einer Verletzung die Anrufung der richterlichen Hülfe freistehende. Die processualische Handlung, durch welche dieß geschieht, nennt man eine Klage; doch wird darunter auch die einem Recht anhangende allgemeine Befugniß verstanden, es vor Gericht selbständig zu verfolgen (das Klagerrecht). — Ein jeder Rechtsstreit, der zur gerichtlichen Verhandlung kommt, setzt die Vertheilung der Parteirollen zwischen Kläger und Beklagten nothwendig voraus, und auch nach älterem deutschen Recht findet sich dieß Verhältniß anerkannt, wenn auch mit Rücksicht auf die Beweisführung in einem andern Sinne, als das nach heutigem gemeinen Recht der Fall ist¹⁾. In dem Wesen der Sache ward daher durch die Aufnahme des römischen Rechts in der Lehre von den Klagen nichts geändert; aber dasselbe hatte das Actionenrecht in einer ganz eigenthümlichen, formellen Weise ausgebildet,

27) Grimm, Weisthümer, I. S. 395. — laut der alten brief und bücher —.

28) Nach der gemeinen Meinung ist dieß freilich anders; s. aber die bei Pfeiffer VII. S. 224. angeführten Entscheidungsgründe des D.N. Gerichts zu Cassel.

29) Pfeiffer II. und VII. §. 16. ff. — Buchta, Pandecten, §. 77.

1) S. Pland, Das Recht zur Beweisführung, nach dem älteren deutschen, besonders sächsischen Verfahren; in der Zeitschrift für deutsches Recht, X. S. 205—324.

indem es theils in einer gewissen Selbständigkeit neben dem materiellen Recht hergehend erscheint, theils aber eine Classification der Klagen enthält, welche meistens aus äußeren, historischen Ursachen hervorgegangen, und nicht in der Natur der Rechtsverhältnisse begründet ist. Diese äußere formelle Seite des römischen Actionenrechts, welche indessen schon zu Justinian's Zeit das Meiste von ihrer früheren Bedeutung verloren hatte²⁾, ist in Deutschland nicht recipirt worden³⁾, so sehr die Juristen auch bemüht gewesen sind, der Sache eine praktische Geltung zu verschaffen, was sich namentlich in dem Bestreben kund giebt, die Klagen aus eigenthümlichen deutschen Rechtsverhältnissen wenn nicht den Begriffen, so doch der Terminologie des römischen Rechts unterzuordnen⁴⁾. Doch darf man deswegen nicht annehmen, daß das fremde Recht in dieser Lehre gar nicht praktisch geworden; in wichtigen Beziehungen ist es für dieselbe auch jetzt noch maassgebend.

1. Wenn es auch im heutigen Recht keiner besonderen Benennung der Klage bei deren Anstellung bedarf, und in der Regel aus jedem Rechtsverhältniß für den Berechtigten ein Klagerrecht hervorgeht⁵⁾; so giebt es doch noch einige Fälle, in

2) v. Wächter, Erörterungen aus dem römischen, deutschen und württembergischen Privatrecht, Heft II. Nr. 8—11.

3) Dieß hat Maurenbrecher, Lehrbuch, I. §. 197. nicht gehörig hervorgehoben; vgl. sonst das. §. 197—99.

4) Namentlich die Servitutklagen und die *actio in rem scripta* mußten sich eine solche analoge Anwendung häufig gefallen lassen. Ueber die ganz specielle Bedeutung der letzteren Klage im römischen Recht s. Schmidt von Imenau, *civ. Abhandlungen*, I. S. 1—51.

5) Baier. Landr., Th. I. Cap. 2. §. 19. Klagen, welche zwar keinen gewissen Namen, gleichwohl aber in denen Rechten, Statuten, Gebräuchen oder Freiheiten guten Grund haben, werden *condictiones ex Lege, Statuto, Consuetudine vel Privilegio* benamset, und sind von der nämlichen Wirkung wie die benannten *Actiones*. — J. E. Schmidt, *prakt. Lehrbuch von gerichtl. Klagen und Einreden*. (9. Ausg.) §. 11. ff. — Puchta, *Pandecten*, §. 81. — v. Wächter, *Handbuch des württemb. Privatrechts*, II. §. 62.

denen sich dieß anders verhält. Das sind die s. g. unklagbaren Rechte, denen eben dieß Mittel, sie selbständig vor Gericht geltend zu machen, entzogen ist ⁶⁾.

2. Der Unterschied, welcher zwischen einem dinglichen und persönlichen Recht besteht, bringt auch den zwischen einer dinglichen und persönlichen Klage mit sich, indem die erstere auf Anerkennung des Rechts als solchen und nur folgerweise auf Verurtheilung des bestimmten Beklagten gerichtet ist, während die persönliche Klage stets nur die Verfolgung eines Anspruchs gegen eine bestimmt verpflichtete Person bezweckt. Die consequente Durchführung dieser Begriffe verdanken wir dem fremden Recht ⁷⁾. Wo aber das Rechtsverhältniß von einer eigenthümlichen Beschaffenheit ist, und namentlich, wie bei den Reallasten, in einer Mischung dinglicher und persönlicher Elemente besteht, da ist dieß auch hinsichtlich der Klagen gehörig zu berücksichtigen, wenn man deswegen auch nicht befugt ist, für Begriffe, welche bereits veraltet und unserm Rechtssysteme entfremdet worden sind, die praktische Geltung wieder in Anspruch zu nehmen ⁸⁾.

6) Von den selten gewordenen Beispielen einer bloßen naturalis obligatio ist das Rechtsverhältniß des Gläubigers, dem die Einrede aus dem *SCtum Macedonianum* entgegensteht, anzuführen; außerdem besteht Klaglosigkeit für gewisse Spielschulden, so wie nach manchen Particulargesetzen für das Differenzgeschäft, die Sponsalien. Vgl. überhaupt v. Wächter a. a. O. §. 68.

7) S. oben §. 47. Note 2.

8) Ich meine z. B. man muß gegenwärtig bei dem Grundzins zwischen dem dinglichen Recht an der fremden Sache und dem daraus erwachsenen Anspruch auf die einzelne fällige Hebung unterscheiden, und darnach auch die Natur der zuständigen Klagen bestimmen. Der Begriff der Zinsgewere im Sinn des älteren deutschen Rechts, welche das Verhältniß einer unmittelbaren Herrschaft über die belastete Sache, die in dieser Beziehung nicht als eine fremde erschien, in sich schloß, — ist dem heutigen Rechtsbewußtsein entrückt, und kann nicht willkürlich von der Theorie wieder hergestellt werden. Wenn daher das Recht des Zinsherrn vom Beklagten nicht in Abrede gestellt, die Leistung aber aus andern Gründen, z. B. wegen an-

3. Der römische Begriff der analogen Klage (*actio utilis*) ist auch noch für unser heutiges Rechtssystem fruchtbar, indem darin ein gewisser technischer Anhalt geboten sein kann, um solche Rechtsverhältnisse, für welche ein eigener Platz im Systeme nicht wohl zu finden, mit den entsprechenden Rechtsinstituten in Verbindung zu setzen⁹⁾. Wenn z. B. aus Verträgen, welche zum Besten dritter Personen geschlossen sind, diesen ein selbständiges Recht auf den Beitritt erwächst, so wird ihnen passend die Klage aus dem Contract als *actio utilis* gegeben, z. B. dem Erben aus dem Erbeinsetzungsvertrage, wodurch denn dem Rechtsverhältniß selbst schon seine nähere Bestimmung angewiesen ist.

4. Unpraktisch ist die römische Eintheilung der Klagen im *actiones bonae fidei* und *stricti juris*, ähnlich wie die der Rechtsgeschäfte; alle Klagen haben jetzt vielmehr die Natur der ersteren¹⁰⁾. Auch die *actiones arbitrariae* haben bei uns keine selbständige Bedeutung mehr, da das richterliche Urtheil stets auf die Erfüllung der schuldigen Leistung gerichtet wird¹¹⁾.

geblichen Anspruchs auf Remission, verweigert worden ist, so trägt die Klage auf den fälligen Zins den Charakter einer persönlichen an sich. Doch kommen gerade in diesem Fall allerdings noch manche andere Punkte in Betracht, namentlich hinsichtlich der Frage, inwieweit der Nachfolger im Gut für die rückständigen Gefälle haftet.

9) Maurenbrecher, Lehrbuch, I. §. 198. — v. Wächter, Erörterungen, II. S. 41. 42.

10) R. D. A. v. 1600. §. 139. — Glück, Commentar, IV. §. 310. — Thibaut, System, I. §. 71. — Maurenbrecher a. a. D. §. 198. — v. Savigny, System, V. S. 137. ff. — Puchta, Pandecten, §. 83. Note c. — v. Wächter, Erörterungen, II. S. 212—25. — Das Gewohnheitsrecht, welches Wächter a. a. D. S. 115. Bedenken trägt, in diesem Fall anzuerkennen, ist bestimmter dahin zu bezeichnen, daß die römische Unterscheidung in Deutschland nicht recipirt worden, was freilich erst in neuerer Zeit allgemein zum Bewußtsein gekommen. Die Gründe, welche Eichhorn, Einleitung, §. 92. Note b. bestimmt haben, sich gegen die gemeine Meinung zu erklären, lassen sich aus seinen Worten nicht entnehmen. Selbst die Wechselklage ist doch nicht im römischen Sinn als *actio str. jur.* zu betrachten.

11) v. Savigny a. a. D. S. 145. — v. Wächter a. a. D. S.

5. Daß die Privatpönalklagen jetzt ganz unpraktisch geworden, läßt sich nicht behaupten, wie schon die allgemeine Geltung der ästimatorischen Injurienklage beweist. Doch entsprechen sie ihrem Princip nach so wenig der modernen Anschauungsweise über die Bestrafung der Verbrechen, welche sich gerade festzusetzen begann, als die Reception des römischen Rechts vollzogen ward¹²⁾, daß sie außer jenem so eben angeführten Beispiele nur noch ausnahmsweise vorkommen, und jedenfalls ihre heutige Anwendbarkeit nicht vermuthet werden darf¹³⁾. Dasselbe gilt von dem Compositionensystem des älteren

14—33. — Ueber den im deutschen Proceß durchgeführten Grundsatz, daß der Richter auf die Leistung positiver Handlungen, auch wenn sie nicht in Geldwerth aufzulösen sind, erkennen und sie auf dem Wege der Execution direct erzwingen kann, s. meine Lehre von den Erbvertr., II. 1. S. 57—60. und v. Wächter a. a. D. S. 27. ff.

12) So hat sich sogar, ungeachtet der ausdrücklichen Anerkennung in der P. O. D. Art. 157. 158. die Privatstrafe beim Diebstahl nicht erhalten können.

13) Es wird also für jeden einzelnen Fall der Nachweis der Reception und beziehungsweise die heutige Geltung darzuthun sein, was aber außer dem im Text genannten Beispiel wohl kaum gelingen möchte. S. Falk, Handbuch des Schleswig-Holst. Privatr., IV. S. 42. — v. Savigny, System, V. S. 49. — Württemb. Gesetz v. 2. Oct. 1839. und dazu v. Wächter im Archiv für civ. Praxis, XXIII. S. 73. ff., der freilich das römische Institut noch jetzt für gemeinrechtlich begründet hält. S. dagegen Glück, Commentar, III. §. 274—75. — Schmidt, praktisches Lehrbuch der gerichtlichen Klagen, §. 44. — Thibaut, System, I. §. 68. — Aehnlich wie für die Privatpönalklagen muß meines Erachtens die Frage über die heutige Geltung der Popularklagen, welche polizeiliche Zwecke verfolgen, und derjenigen Privatstrafen des römischen Rechts, die nicht mit einer Klage auf eine Geldsumme realisiert werden können, entschieden werden. Freilich ist in letzterer Hinsicht die gemeine Meinung abweichend; aber bei der Begründung derselben wird eben auf die wichtigsten Momente, welche bei der Reception des römischen Rechts und dessen späterer Stellung in der Praxis wirksam waren und oben in der Quellenlehre näher angegeben sind, nicht die gehörige Rücksicht genommen. Dieser Mangel macht sich namentlich auch in Linder's Abhandlung über die Selbsthülfe, Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, I. S. 433—35. bemerklich. Ich behalte mir über diesen Gegenstand eine besondere Erörterung vor.

deutschen Rechts, von welchem sich nur hier und da noch Spuren finden ¹⁴⁾.

6. Die Klagenverjährung ist nach römischen und canonischen Rechte zu beurtheilen; doch gelten für gewisse Klagen nach einheimischen Rechte kürzere Verjährungsfristen ¹⁵⁾, und für die Entschädigungsklage aus Delicten, welche nicht mit den eigentlichen Pönalklagen zu verwechseln ist, hat sich in der deutschen Jurisprudenz die Regel festgestellt, daß sie nur bis auf den Bestand der Erbschaft gegen die Erben des Verbrechers angestellt werden können ¹⁶⁾.

§. 54.

Mittel für die Sicherung der Rechte.

Die Lehre von den Sicherungsmitteln der Rechte wird gewöhnlich mit besonderer Rücksicht auf das zukünftige Recht abgehandelt; aber mit diesem Begriffe werden sehr verschiedene Bedeutungen verbunden. Bald wird er nur zu dem Zweck formulirt, um die Wirksamkeit der einzelnen Sicherungsmittel daran nachzuweisen, ohne daß dem Wesen der Rechtsverhältnisse dabei irgend eine neue Seite abgewonnen würde¹⁾; bald nimmt

14) Z. B. nach sächsischem Recht das Wehrgeld und die s. g. Sachsenbuße; s. *Faubold*, Lehrbuch, §. 302.; vgl. auch unten §. 55. Note 23.

15) So bei der Retractsklage (s. *Sichhorn*, Einleitung, §. 104.) und nach neueren Gesetzen bei den Klagen aus gewissen Geschäften des täglichen Lebens; s. *Code civ.* art. 2271–81. — *Preuß. Gesetz* v. 31. März 1838. (*G. S.* S. 249. ff.) und v. 18. Juni 1840. (*G. S.* S. 140. ff.)

16) *Francke*, Beiträge zur Erläuterung einzelner Rechtsmaterien, I. S. 44–57.

1) Dieß ist in der Hauptschrift über den hier behandelten Gegenstand: *J. H. Boehmer*, exercit. ad pand. I. Ex. 5: De jure futuro — geschehen. Den Begriff bestimmt *Böhmer* (*l. c.* cap. I. §. 3. 4.) sehr weit, indem er unterscheidet, je nachdem das Recht zukünftig ist hinsichtlich des Erwerbes, z. B. bei der testamentarischen Erbeseinsetzung, so lange der Testator noch lebt; oder hinsichtlich des Genusses, z. B. bei den agnatischen Rechten am Lehen und Familienfideicommiss; oder endlich hinsichtlich der Einforderung, z. B. bei einer zu bestimmter Zeit fälligen Schuld. Es gehören also eigentlich alle möglichen Fälle schon vorhandener Rechte dahin, wenn

man ihn im Gegensatz zum wohlervorbenen Rechte²⁾, bald endlich für gleichbedeutend mit den s. g. eventuellen Rechten, deren eigenthümliches Wesen auch willkürlich genug bestimmt wird³⁾. Es ist aber überhaupt besser, sich unabhängig von dieser nicht gehörig befestigten Terminologie zu bewegen, und namentlich bei den hier erörterten Lehren, ohne bloß auf die Sicherung eines künftigen Rechtsserwerbs Rücksicht zu nehmen, auch von den Mitteln zu handeln, ein schon bestehendes Recht und dessen Ausübung zu sichern. Dahin gehört denn in gewisser Weise der Rechtsschutz, den die Gerichte im Proceß gewähren, und jedes vertragsmäßige Abkommen, wodurch der angegebene Zweck erreicht werden soll; ja die bloße Ausübung des Rechts kann schon dahin gerechnet werden. Es giebt hier aber auch selbständige Institute, welche eine besondere Berücksichtigung erheischen, und von diesen ist jetzt zu handeln, — natürlich mit Ausnahme des Pfandrechts und der Bürgschaft, welche ihre eigene Stelle im System haben.

I. Verwahrung und Vorbehalt.

Verwahrung oder Protestation ist die ausdrückliche Erklärung des Berechtigten, durch welche er sein Recht gegen die ihm nachtheilige Auslegung fremder oder eigener Handlungen oder Unterlassungen sicher stellt; der Vorbehalt oder die

sie nur nicht sofort eingeklagt werden können; aber auch für solche ist es ja unter Umständen nöthig, Sicherungsmittel, z. B. Arrestanlegung zu ergreifen. Im weitem Verlauf der Abhandlung handelt Böhmmer aber beinahe ausschließlich von den Sicherungsmitteln, indem er namentlich auch auf die processualische Seite der Lehre Rücksicht nimmt.

2) Sintonis, Civilrecht, I. S. 88—91.

3) Maurenbrecher, Lehrbuch, I. §. 192. Die eventuellen Rechte, z. B. des Gesammthänders, des Eventualbelehnten, Agnaten sind ihm nur Hoffnungsrechte, welche aber als solche geschützt werden (spes certae); sie wirken immer nur persönlich, sind aber nach Analogie der römischen Lehre von dinglichen Rechten, welche unter einer Suspensivbedingung erworben sind, zu beurtheilen. Gewiß eine seltene Confusion der Begriffe. Vgl. überhaupt oben S. 76. 77.

Reservation ist dann besonders gegen die Annahme eines stillschweigenden Verzichts gerichtet⁴⁾. Für die Form der Erklärung gilt nichts Besonderes⁵⁾, nur muß sie mit einer größern Feierlichkeit und Oeffentlichkeit geschehen, so daß die Betheiligten und namentlich diejenigen, gegen welche sie gerichtet ist, davon Kenntniß erlangen. Die Wirkung der Erklärung aber ist darnach zu bemessen, daß sie nicht in Widerspruch stehen darf mit dem natürlichen oder rechtlichen Sinn der Handlung, gegen welche sie gerichtet ist (*protestatio facto contraria*)⁶⁾, und daß dadurch keine Rechte erworben, sondern nur schon bestehende gesichert werden können. — Eine besondere Art der Verwahrung ist die *operis novi nuncialio* des Grundbesizers gegen Bauunternehmungen eines Nachbarn⁷⁾. Doch wird jetzt gewöhnlich vom Nuncianten sogleich ein Antrag auf ein richterliches Verbot gestellt⁸⁾, falls nicht überhaupt durch bau-

4) S. überhaupt v. Wächter, Handbuch des württemb. Privatrechts, II. §. 53. — Wenn man die Protestation wohl zuweilen als eine besonders energische Verwahrung nimmt, so ist das willkürlich; jedenfalls hat die Unterscheidung, da sie sich bloß auf die formelle Fassung bezieht, juristisch keine Bedeutung. Bei den Protestationen (Protesten) im Wechsel- und Seerecht ist die Verwahrung nur ein untergeordnetes Moment, und die Feststellung einer Thatsache durch Aufnahme einer liquiden Urkunde die Hauptsache.

5) Gerichtlichkeit der Handlung, wie sie das Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 14. §. 466–67. allgemein für die Protestation vorschreibt, ist nach gemeinem Recht nicht für nothwendig zu halten; der Beweis kann auch durch Notariatsacte und Zeugen hergestellt werden. Zuweilen wird die Verwahrung auch in besondern Clauseln dem Hauptgeschäft sofort einverleibt; s. Mühlenbruch, *doctr. pand.* I. §. 112.

6) Vgl. Pr. A. L. R. a. a. D. §. 469. Bloße Vorbehalte bey Zahlungen und andern dergleichen Handlungen, wodurch die Erfüllung einer Verbindlichkeit geleistet wird, sind nicht nach den Regeln von Protestationen zu beurtheilen; sondern ihre Wirkung ist nach der Natur der Handlung selbst, welcher sie beigelegt werden, zu bestimmen.

7) Thibaut, *System*, II. §. 720–24.

8) J. H. Böehmer, *l. c.* cap. I. §. 15. cap. II. §. 10. — B. G. Puchta, über gerichtliche Klagen. 2. Aufl. §. 162. — Francke im *Archiv für civ. Praxis*, XXII. S. 376.

polizeiliche Einrichtungen solchen Streitigkeiten vorgebeugt wird ⁹⁾.

II. Die Sicherheitsleistung oder Caution.

Abgesehen von dem weiteren Sinn, in welchem die Sicherheitsleistung auch auf den Beweis der Rechtsverhältnisse bezogen wird (Schulbuckunde, Quittung, Inventar), wird darunter in der gewöhnlichen technischen Bedeutung das Geschäft verstanden, durch welches dem Berechtigten die Gewähr gegeben wird, daß ein zu befürchtender Schaden für ihn nicht eintrete, oder, falls dieß geschieht, er dafür vollen Ersatz erlange ¹⁰⁾. Die Verpflichtung zur Bestellung einer Caution kann durch eine Rechtsregel oder durch richterliche Verfügung oder durch Privatwillkühr (Vertrag und Testament) auferlegt werden; die Leistung aber geschieht entweder durch Pfand oder Bürgen (Realcaution), was jetzt als die Regel zu betrachten ist, und unter dem Ausdruck: hinreichende oder genügende Sicherheit verstanden wird ¹¹⁾, — oder durch eidlich bekräftigtes Gelübde (cautio juratoria) ¹²⁾. Dieses kann auch im Fall des Unvermögens die Realcaution ersetzen, jedoch nur dann, wenn es nach dem richterlichen Ermessen im gegebenen Falle ausreichend erscheint, und die Realcaution nicht als nothwendige Bedingung für die gestattete Ausübung eines Rechts verlangt werden kann ¹³⁾. Eine einfache Verbalcaution, — bei den

9) Reyscher, das gesammte württemb. Privatr., I. §. 136. Note 4.

10) S. v. Wächter a. a. D. §. 52., der aber den Begriff nicht bestimmt genug faßt, indem er den Zweck der Caution darin setzt, daß sie dem Berechtigten wegen gehöriger Erfüllung einer Verbindlichkeit Sicherheit verschaffen soll. Vgl. Buchta, Pandecten, §. 79.

11) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 14. §. 186. 197. — v. Wächter a. a. D. S. 350.

12) Der Eid wird nach einigen Particularrechten in diesem und ähnlichen Fällen durch ein Gelübde an Gides statt, bei Verlust von Ehr und gutem Leumund ersetzt; s. Reyscher a. a. D. §. 137. Note 4. — Falk, Handbuch des Schleswig-Holst. Privatr., IV. S. 26.

13) Pr. A. L. R. a. a. D. §. 194. — v. Wächter a. a. D. S.

Römern wegen der besondern Stellung der Stipulation von Wichtigkeit — hat gegenwärtig nur dann eine Bedeutung, wenn es sich um die Feststellung eines Rechtsanspruchs für den Fall einer künftigen Beschädigung handelt, wie bei der *cautio damni infecti*; in diesem Sinn kann auch durch einfachen Vertrag, z. B. durch eine Strafberebung der Zweck der Sicherstellungsstellung erreicht werden.

III. Einweisung in den Besitz (*missio in possessionem*).

Dies früher sehr gebräuchliche Sicherungsmittel, welches namentlich zur Strafe des Ungehorsams im Proceß angewandt wurde ¹⁴⁾, hat jetzt seine Bedeutung größtentheils verloren, und findet fast nur noch als Executionsmittel statt ¹⁵⁾. Selbst wegen *damnum infectum* wird die Sache regelmäßig durch polizeiliches Einschreiten erledigt ¹⁶⁾.

IV. Richterliche Beschlagnahme (Arrest) und Sequestration.

Erstere wird nach den, im Proceß näher anzugebenden Grundsätzen beim Richter ausgebracht; die letztere kann von diesem verfügt, aber auch vertragsmäßig von den Parteien beliebt werden. Man versteht nun unter der Sequestration die Ueberweisung einer Sache, worüber gestritten wird, an einen unbetheiligten Dritten zur Aufbewahrung oder Verwaltung ¹⁷⁾.

353—54. — Unter Umständen kann daher selbst die Inhaftirung desjenigen, welcher zur Cautio verpflichtet ist, und sie nicht zu leisten vermag, nöthig werden; s. A. L. R. a. a. D. §. 185.

14) J. H. Boehmer, J. E. P. II. 15. §. 9 19. — Es hing dies zusammen mit der altdeutschen Verfassung, welche erst durch Albrecht, die Gewere, S. 39—61. ins rechte Licht gestellt ist. Der J. R. N. §. 36. hat dies Verfahren aufgehoben.

15) Sintenis, Civilrecht, I. S. 359. Note 58.

16) Thibaut, System, II. §. 734. a. G.

17) Thibaut a. a. D. §. 553. — v. Wächter a. a. D. §. 54. — Frankfurt. Reformation Th. I. Lit. 13. — Ueber das preussische Recht s. Bornemann, systemat. Darstellung, I. S. 208—9.

Auch Personen können in analoger Weise unter Aufsicht und Schutz gestellt werden¹⁸⁾.

V. Abfassung eines Inventars.

Unter einem Inventarium versteht man das besonders förmliche Verzeichniß einer bestimmten Vermögensmasse, welches zu dem Zwecke abgefaßt wird, den gegenwärtigen Bestand derselben gehörig festzustellen, um es zur Grundlage für spätere Auseinandersetzungen zu machen¹⁹⁾. Von besonderer Wichtigkeit ist das von den Beneficialerben und Vormündern zu errichtende Inventar; doch kommt es auch in vielen andern Fällen, bei der Testamentvollstreckung, der Restitution einer Erbschaft, der Errungenschaftsgemeinschaft unter Ehegatten vor²⁰⁾; und ist überhaupt am Plage, wenn eine Vermögensverwaltung mit der Verbindlichkeit der Rechnungslegung besteht²¹⁾.

Im Allgemeinen ist für die vollständige Beweiskraft eines solchen Verzeichnisses nöthig, daß es unter Zuziehung sämtlicher Betheiligten oder unter obrigkeitlicher Autorität oder vor Notar und Zeugen abgefaßt werde²²⁾. Doch kommt es nicht

18) cap. 14. X. de sponsalibus (4, 1.)

19) Das Wort kommt indessen auch noch in andern Bedeutungen vor, z. B. als Beschlagnahme eines Landguts. Vgl. Pr. A. L. R. I. 2. §. 103. 104. — Hesse, Sachsen-Altenb. Privatr., §. 257.

20) S. z. B. Württemb. Landrecht Th. IV. Tit. 3. — Bamberger Landr. bei v. Weber, Darstellung der Baier. Provinzial- und Statutarrechte, I. 1. S. 139.

21) Besonders bei Kirchen- und Pfarrgütern sind stehende Inventare, auch Matrikel genannt, allgemein gebräuchlich; s. v. Kreittmayr, Anmerkungen, III. 1. §. 18. Nr. 1. — Hesse, Handbuch des Sachsen-Altenb. Privatrechts, §. 214. — Sasse, Handbuch des großherzoglich sächs. Privatrechts, §. 270.

22) Die Vorschriften des römischen Rechts über das vom Beneficialerben zu errichtende Inventar sind bei uns mehr hinsichtlich der Fristen, als der Form selbst praktisch geworden; s. Mühlenbruch in der Fortsetzung von Glück's Pandecten-Commentar, XLI. S. 360. ff. — Auch haben die meisten Particularrechte wesentliche Modificationen eingeführt; s. Württemb. Landr. Th. III. Tit. 22. — Frankf. Reformation Th. VI. Tit. 3. — Baier. Landr. Th. III. Cap. 1. §. 18. — Pr. A.

bloß darauf an, die formelle Richtigkeit des Verzeichnisses an sich in Beziehung auf die vorgefundenen Sachen gehörig festzustellen, sondern es muß auch außer Zweifel gesetzt werden, daß wirklich die gegenwärtige Vermögensmasse in ihrem vollständigen Bestande verzeichnet worden ist. Zu diesem Behuf können vorläufige Maaßregeln, wie die Versiegelung (Obsignation) im Sterbehaufe oder ein Manifestationseid der Betheiligten nöthig werden. Eine eibliche Specification des Vermögens ersetzt in Fällen, wo ein Inventar gesetzlich vorgeschrieben, nach gemeinem Recht dasselbe nicht²³); doch können dadurch unter Umständen die Mängel in der Abfassung des Inventars ausgeglichen werden²⁴).

VI. Edictalladung.

Die schon im römischen Rechte erwähnte²⁵) und in den Reichsgesetzen ausdrücklich anerkannte²⁶) Einrichtung, gerichtliche Ladungen in gewissen Fällen durch öffentliche Edicte oder Proclamation statt der gewöhnlichen Insinuation zur Kenntniß der Betheiligten zu bringen, ist namentlich auch zu einem Mittel ausgebildet worden, um die Anmeldung sämmtlicher, auf ein

2. R. Th. I. Tit. 9. §. 434—43. — Ueber die Abfassung des Inventars wegen Vormundschaft kommen in den Vormundschaftsordnungen meistens nähere Bestimmungen vor u. s. w. Allgemeine Vorschriften enthält das Hamburger Stadtr. Th. III. Tit. 7. Von Inventarien oder Beschreibung der Güter Art. 1. Wiewol die Inventirung und beschreibung der Güter nicht wenig beschwernuß hat: So ist dennoch ein jeglicher, wer Güter in Händen hat, die er künftiglich restituiren muß, damit aller verdacht und argwohn vermieden bleibe, dieselbe gebürlich, Jedoch auff unterschiedene maß und form, nach gelegenheit der Sachen, Inventiren zu lassen schuldig.

23) Nach sächsischem Recht ist das anders; s. Haubold, Lehrbuch, §. 348. 352.

24) D. G. Strube, rechtliche Bedenken, I. 79. — Es kann hier wohl die Analogie des Erfüllungseides entscheiden; im Zweifel wird freilich den Betheiligten das juramentum in litem zugestanden werden müssen.

25) L. 8. C. de remiss. pign. (8, 26.). — Nov. 112. cap. 3.

26) Notariats-Ordnung Tit. II. §. 1 — „in offen Edict's weiß“ — Landfr. v. 1548. Tit. XIV. §. 1 — R. G. D. Th. I. Tit. 38. §. 20.

bestimmtes Rechtsverhältniß gegründeter Ansprüche zu veranlassen, und eine Sicherung vor der spätern Geltendmachung derselben zu erlangen. Darauf beruht der heutige Concursproceß; aber auch in andern Fällen sind Edictalladungen der Betheiligten mit Androhung der Präclusion sehr gebräuchlich, obgleich sie der Rechtsregel widerstreiten, daß niemand zur Verfolgung seiner Rechte vor dem Ablauf der gesetzlich vorgeschriebenen Frist gezwungen werden kann, und außerdem auf der Fiction beruhen, daß die Ladung allen Betheiligten wirklich bekannt geworden sei. In ersterer Beziehung bekommt eine solche Ladung gewissermaßen die Bedeutung einer vom Richter gesetzten Verjährung²⁷⁾, und was den zweiten Punkt betrifft, so tritt ein ähnliches Verhältniß ein wie bei der Publication der Gesetze, indem den Betheiligten die Verpflichtung erwächst, sich die Kenntniß von den in üblicher Form veröffentlichten Proclamen zu verschaffen. Wenn nichts desto weniger die gemeinrechtliche Gültigkeit dieses Verfahrens auch außerhalb des Concurses nicht in Abrede gestellt werden kann²⁸⁾, so läßt sich dieselbe nur in einem modernen Gewohnheitsrecht suchen, welches durch das Bedürfniß hervorgerufen, in dem Gerichtsgebrauch seine Ausbildung erlangt hat. Den Hauptanhalt dafür hat ohne Zweifel die Analogie des modernen Concursprocesses gegeben; doch finden sich schon bei den älteren italienischen

27) Dieser Vergleich soll jedoch ebenso wenig zur Rechtfertigung des Verfahrens dienen, als dieselbe durch die analoge Ausdehnung des Provacationsprocesses, wie namentlich v. Cramer, *Weglarische Nebenstunden*, XI. S. 1. und LXXIV. S. 92. ff. sie versucht hat, geführt werden kann. — Eine ganz eigenthümliche Bedeutung hat die Edictalladung eines Verschollenen zur Abwendung der Todeserklärung, wovon unten §. 58.

28) Es hat freilich auch nicht an solchen gefehlt, welche dieß gethan haben; s. besonders Kind, *quaest. for.* (edit. II.) I. cap. 65. und dagegen v. Berg, *jur. Beobachtungen und Rechtsfälle*, IV. 4. Aber auch da, wo das Particularrecht Edictalladungen mit der Androhung der Präclusion zuläßt, will Kind sie nur an die unbekanntem Interessenten gerichtet sein lassen.

Juristen Spuren davon²⁹⁾, und die Praxis des Reichskammergerichts hatte es bereits im 16. Jahrhundert fest und principienmäßig ausgebildet³⁰⁾. Später hat sich das Institut besonders auf dem Gebiet der sächsischen Praxis entwickelt, wo es auch seine erste gesetzliche Normirung erlangt hat³¹⁾; wie wichtig es aber für das heutige Rechtsleben geworden, ergiebt ein Blick in das erste beste Intelligenzblatt. Doch ist die Lehre in der Theorie sehr vernachlässigt worden, so daß für eine gemeinrechtliche Darstellung derselben nur geringe Vorarbeiten geboten sind³²⁾. Einige allgemeine Grundsätze lassen sich wohl aufstellen; aber das Detail ist der particulären Rechtsbildung zu entnehmen.

a. Im Allgemeinen kann jeder Richter Edictalladungen erlassen, wenn nur die allgemeinen Erfordernisse dafür vorhanden sind³³⁾. Ob dieß aber der Fall, hängt davon ab, für welche Verhältnisse und unter welchen Bedingungen sie überhaupt zulässig sind, — was der Richter zunächst nach seinem Particularrecht zu entscheiden hat. Die anomalische Natur

29) Bartolus ad L. 5. D. de jure deliberandi. (28, 8.)

30) S. besonders A. Gaill, observatt. pract. I. 57., wo es schon nu. 1. heißt: Et ideo quosdam casus subjiciam, in quibus citatio edictalis locum habeat, quia materia in foro utilis et frequens est. Vgl. auch Mynsinger, sing. observatt. cent. II. obs. 47.

31) Churfächj. Mandat, die Edictalcitationen in Civilsachen, außerhalb des concursus creditorum betreffend, v. 13. Nov. 1779 (bei Schaffrath, codex Saxonicus I. p. 1073. ff.). — Sehr ausführliche Bestimmungen enthält auch die Pr. A. G. D. Th. I. Tit. 51. §. 99—181.

32) Auch das Hauptwerk über die Lehre: C. A. Haase, über Edictalladungen und Edictalproceß außerhalb des Concurses mit Hinsicht auf particuläres, vorzüglich Sächsisches und Preussisches Recht. Leipzig 1817. — enthält doch vorzugsweise nur eine Zusammenstellung der beiden genannten Gesetzgebungen.

33) Haase a. a. D. Abth. 1. Cap. 2. Nach älterer Ansicht war nur derjenige Richter dazu befugt, der für alle Betheiligte die höhere Instanz bildete, also im Zweifel nur das R. K. G. (Gaill l. c. nu. 7. 8.) oder doch das höchste Landgericht; vgl. Mevius, decis. VIII.

des Instituts gebietet doppelte Vorsicht bei dessen Anwendung³⁴⁾.

b. Die für die Meldung zu bestimmende Frist ist von dem Richter nach den Umständen abzumessen, doch so, daß wenigstens in wichtigeren Fällen drei Termine angesetzt werden³⁵⁾; die Form der Ladung aber ist der öffentliche Anschlag, der in dem Local des citirenden Gerichts und in dem von wenigstens zwei fremden Gerichten (in dreier Herren Landen) gleichzeitig geschehen muß. Doch ist diese durch die Praxis des Reichskammergerichts begründete Affixion³⁶⁾ jetzt fast zur bloßen Form geworden, und die eigentlich wirksame Veröffentlichung geschieht durch die Tagespresse, und zwar durch dreimalige Bekanntmachung in drei öffentlichen Blättern verschiedener Staaten³⁷⁾.

c. Wenn die Ladung von Erfolg sein soll, so muß sie unter Androhung der Präclusion geschehen. Diese kann aber verschieden gefaßt werden, indem sie bald den Verlust des Rechts überhaupt zur Folge hat, bald nur den der Geltendmachung desselben unter den vorliegenden Umständen³⁸⁾. Eine möglichst

34) Vgl. Archiv für oldenburg. Recht, II. S. 185–86. — Particularrechte verlangen namentlich eine Bescheinigung, daß unbekanntere Interessenten da sind, aber nicht haben aufgefunden werden können. Sächf. Mandat v. 13. Nov. 1779. §. 2. — Pr. A. G. D. Th. I. Tit. 51. §. 111.

35) Es sind dieß die gewöhnlichen drei Fristen des gemeinen Processes; s. schon Nov. 112. cap. 3.

36) Landfr. v. 1548. Tit. XIV. §. 1. — Gaill l. c. nu. 10.

37) Vgl. Haase a. a. D. Abth. 1. Cap. 1. §. 2. Gewöhnlich haben die Behörden ihre bestimmten Blätter, in welchen sie ihre Proclamata veröffentlichen, damit man ein für allemal weiß, wo dieselben zu suchen sind; doch ist in dieser Beziehung für die Rechtssicherheit noch lange nicht genug geschehen. Daß man aber auch auf besondere Umstände Rücksicht nehmen muß, z. B. auf Gegenden, in denen der Erblasser hauptsächlich seinen Geschäftsverkehr gehabt hat, versteht sich von selbst.

38) Nach Analogie des Concursprocesses, wo auch nur die Ausschließung von der gegenwärtigen Debitmasse erfolgt; s. (v. Trüßler) die Lehre von der Präclusion bei entstandenem Concurs der Gläubiger, Abschn. 2. Abth. 1. §. 11. — Abth. 2. §. 34. Im Einzelnen ist dann noch zu

genaue Fassung dieses Punktes ist durchaus nöthig, weil darauf die Rechtfertigung des Präklusivbescheides beruht. Doch ist die Geschäftssprache der Gerichte gerade in diesem Fall häufig sehr lax, und eine allgemeine Androhung der gesetzlichen (gewöhnheitsrechtlichen) Nachtheile sehr gebräuchlich.

d. Im Allgemeinen läßt sich über die Androhung der Präclusion sagen, daß sie nur gerechtfertigt ist in den Fällen, wo sie durch Gesetz oder Gewohnheit eingeführt worden, und daß der Richter nicht befugt ist, sie aus Rücksichten der Zweckmäßigkeit analog auszudehnen. Wenn sie aber begründet ist, so muß sie auch so gefaßt werden, wie das positive Recht es mit sich bringt, und nur in zweifelhaften Fällen ist die mildere Auslegung, soweit der Zweck des Instituts es überhaupt zuläßt, zur Anwendung zu bringen. Gewöhnlich nimmt man bei dieser Frage auf die positive Ausbildung des Instituts in den bestimmten Fällen seiner Ausdehnung nicht die gehörige Rücksicht, indem man es nicht consequent genug auf das Gewohnheitsrecht zurückführt, sondern die Natur der Sache, Billigkeitsgründe und dgl. hineinzieht, um es nur überhaupt zu rechtfertigen³⁹⁾. — Die Particularrechte gehen hier einen verschiedenen Weg⁴⁰⁾; nach gemeinem Recht aber muß man für die einzelnen Fälle, in denen das Institut überhaupt zur Anwendung kommt, unterscheiden.

e. Diese sind nun außer dem Concurse folgende:

unterscheiden, ob die Geladenen bloß mit ihren Klagen, oder auch mit den Einreden ausgeschlossen sind. *Exclusus ab agendo non est exclusus ab excipiendo*. S. *Quistorp*, rechtliche Bemerkungen, I. 21. — *Beckmannorum consilia I. resp. IX. na. 10–12*. Ist jedoch das Recht überhaupt genommen, so können auch keine Einreden daraus hergeleitet werden.

39) *Pufendorf*, *observ. jur. III. 86. §. 4.* — *Glück*, *Pandecten-Commentar*, VI. S. 483. — *A. D. Weber*, von der natürlichen Verbindlichkeit, §. 93. — *Haase a. a. D. Abth. 2. Cap. 1.*

40) Von den oben Note 31. angeführten Gesetzen nimmt das sächsische die Präclusion durchweg im strengsten Sinn, und läßt auch den Verlust der *in integrum restitutio* androhen; das preussische Gesetz ist weit milder.

1. Zur Feststellung des Besitztitels und dinglicher Rechte an Grundstücken. Diese Anwendung ist durch die Nothwendigkeit hervorgerufen worden, als die deutsche Auffassung vor dem Andränge des römischen Rechts zurückwich, und nun das tiefgefühlte Bedürfniß des Realcredits eine Aushülfe gegen die dadurch herbeigeführte Erschütterung suchen ließ. Deswegen pflegt auch die Ladung in diesem Fall gewöhnliche Gutslasten, z. B. Prädialservituten nicht zu treffen, während dagegen die vollständige Ausschließung der aufgerufenen, aber nicht angemeldeten Rechtsansprüche erfolgt⁴¹⁾. — Uebrigens sind in den Staaten, wo das Princip der Auffassung fest gegründet ist, solche Edictalladungen nicht mehr nöthig, und da, wo es durch neue Hypothekenordnungen wieder zur Geltung gebracht werden soll, sind sie nur erforderlich, um für die Anlegung der öffentlichen Bücher die gehörige Basis und Sicherheit zu gewinnen⁴²⁾.

2. Auf Antrag des Beneficialerben, um durch die Ladung der Gläubiger den Bestand der Erbschaft festzustellen. Manche lassen auch in diesem Fall eine vollständige Ausschließung der nicht angemeldeten Rechtsansprüche eintreten⁴³⁾, während andere annehmen, daß der Beneficialerbe gehalten ist, auch sie nachträglich zu befriedigen, wenn in der Erbmasse die Mittel dazu noch vorhanden sind. Sein Vortheil würde also nur darin

41) Schon Gaill l. c. nu. 9. sagt: Item est singularis cautela pro emptoribus castrorum vel praediorum, ut certi et securi sint de evictione, — wobei wohl besonders an die Retractrechte gedacht ist. Im Allgemeinen vgl. Haase Abth. 2. Cap. 2. und 3.; doch handelt er nach dem Vorgange des sächsischen Gesetzes nur von dem Proclam zur Anmeldung alter oder stillschweigender Hypotheken.

42) S. z. B. die großh. Mecklenburgische Stadtbuchordnung v. 22. Dec. 1829. §. 94—96. Mit diesen die Hypothekenbücher vorbereitenden Edictalladungen sind die der Auffassung vorausgehenden Verkündigungen nicht zu verwechseln, welche wiederum verwandt sind dem kirchlichen Aufgebote vor der Trauung; s. Eichhorn, Kirchenrecht, II. S. 311. ff. 329. ff.

43) J. Mynsinger, sing. observatt. II. 47. — v. Berg, jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle, IV. S. 104.

bestehen, daß er eine ungefähre Uebersicht über den Bestand der Erbmasse erhält, und den angemeldeten Gläubigern sicher zahlen kann⁴⁴⁾. Insofern sich nun particularrechtlich keine feste Regel im entgegengesetzten Sinn gebildet hat, möchte der milderen Ansicht im Zweifel der Vorzug zu geben sein⁴⁵⁾.

3. Unentbehrlich sind die Edictalladungen Behufs der Mortification verloren gegangener Schulddocumente⁴⁶⁾. Allein es ist dabei die Vorfrage zu erledigen, inwiefern eine solche Mortification den Besitzern im guten Glauben gegenüber nach gemeinem Recht überhaupt stattfinden kann, und darüber wird erst später zu verhandeln sein. Im Allgemeinen ist nur zu bemerken, daß in solchen Fällen, wo es zweifelhaft scheint, ob Ansprüche rechtsgültig präcludirt werden können, eine Vermittlung möglich ist durch Sicherheitsleistung von Seiten desjenigen, durch dessen Befriedigung etwa ein dritter gekränkt worden, daß er diesem zu Recht stehen und nöthigenfalls ihn entschädigen werde.

4. Es werden noch manche Fälle angeführt, in denen solche Edictalladungen auch nach gemeinem Recht zur Anwendung kommen sollen; namentlich wenn es sich darum handelt, einen gerichtlichen Accord unter den Gläubigern zu Stande zu bringen⁴⁷⁾; wenn Ansprüche an Gelbern, die seit Langem in gerichtlichem Gewahrsam liegen, zu ermitteln sind⁴⁸⁾ u. s. w. Aber es möchte gerathener sein, diese

44) Pufendorf, observatt. jur. III. 86. §. 4. — Glück, Pandecten-Commentar, III. S. 303. — Haase, Abth. 2. Cap. 5.

45) Wir fehlen wenigstens die genügenden Daten aus der Praxis, um für das gemeine Recht die strengere Ansicht mit Sicherheit vertreten zu können. Daß sie viele Verwicklungen abschneidet, liegt freilich auf flacher Hand.

46) v. Bülow, Abhandlungen, I. Nr. 17.

47) Strube, rechtliche Bedenken, IV. 134. — Haase, Abth. 2. Cap. 6. — Blätter für Rechtsanwendung, zunächst in Baiern. 1846. Nr. 17. S. 262—64.

48) Haase a. a. O. Cap. 4.

und ähnliche Fälle der particularrechtlichen Erörterung zu überweisen ⁴⁹⁾).

§. 55.

Das Pfändungsrecht.

Das Recht zu pfänden, d. h. fremde Sachen eigenmächtig wegzunehmen, um dadurch einen Anspruch zu befriedigen oder doch zu sichern, kommt schon in den ältesten deutschen Rechtsquellen vor, und hat sich in einzelnen Anwendungen bis heute in gemeinrechtlicher Gestalt erhalten ¹⁾. Man muß dabei aber die gerichtliche Pfändung, welche unter Autorität des Gerichts geschah ²⁾, und die außergerichtliche unterscheiden. Die erstere, auch dem römischen Recht bekannt, hat sich zu einem regelmäßigen Executionsmittel unseres Processus ausgebildet, und kommt hier nicht weiter in Betracht; die letztere aber, welche den Charakter der erlaubten Selbsthülfe an sich trägt, ist dem im altgermanischen Rechtsleben begründeten Princip der rechtmäßigen Eigenmacht des Freien entwachsen, und wenn auch durch das schon im Mittelalter erkennbare Bestreben, die regelmäßige Wirksamkeit der Gerichte zu befestigen, und durch das moderne Staatswesen sehr beschränkt, — für

49) Das sursächf. Gesetz v. 1779. läßt die Androhung der Präclusion in folgenden Fällen zu: 1) zur Bewirkung der Cassation alter Hypotheken; 2) um die Anmeldung stillschweigender Hypotheken an einem veräußerten Grundstücke zu erlangen; 3) bei Verlassenschaften, — um die Erbschaftsgläubiger und die nächsten Erben, 4) um die Anwärter an einem Fideicommiss zu ermitteln; 5) bei Lehnportionen und Lehnquantis, welche aufgetragen sind; 6) bei gerichtlichen Depositen; 7) wenn zur Beilegung eines Creditwesens und Abwendung eines Concurfes unter den Gläubigern ein Accord versucht werden soll.

1) Wilda, das Pfändungsrecht, in der Zeitschr. für deutsches Recht, I. S. 167—320.

2) Nach manchen Volksrechten genügte es, wenn nur die richterliche Erlaubniß zur Pfändung eingeholt war. L. Bajuv. tit. XII. cap. 1, 1. Pignorare nemini licet nisi per jussione[m] judicis. L. Burgund. tit. XIX. S. überhaupt Wilda, S. 179—189.

gewisse Rechtsverhältnisse noch erhalten, ja selbst in ihrer Anwendung erweitert worden. Es sind hier folgende Fälle zu unterscheiden.

A. Außergerichtliche Pfändung als Executionsmittel.

I. Die Pfändung um Schuld.

Ursprünglich wohl im weiten Sinn begründet³⁾, suchte die Gesetzgebung dieser Befugniß des Gläubigers, sich selbst sein Recht zu verschaffen, schon früh entgegen zu wirken⁴⁾, und auch die Vorschriften späterer Reichsgesetze, welche die außergerichtliche Pfändung wegen kundlicher, redlicher Schuld zuließen⁵⁾, haben sich den Anforderungen des modernen Staatsprincips gegenüber nicht in Uebung halten können. Selbst wenn über die Schuld liquide Urkunden (klare Hand und Siegel) vorliegen, kann gegenwärtig nur der Executionsproceß darauf gebaut werden; die s. g. Pfändungsclausel (mit oder ohne Recht) dagegen, worauf die Reichsgerichte nach Anleitung der italienischen Praxis noch unbedingte Mandate erkannten, hat jetzt keine rechtliche Bedeutung mehr⁶⁾.

3) L. Langob. Rotharis cap. 249. — Wilda, S. 191. ff.

4) L. Wisigoth. lib. V. tit. 6. cap. 1. — Capit. de partibus Saxoniae ai. 785. cap. 25. — Friderici II. constitut. pacis ai. 1235. cap. 10. Nullus aliquem sine autoritate iudicis provincie pignora praeumat; quod qui fecerit tanquam predo puniatur. — Rudolph I. Landfr. v. 1281. §. 47. Swer den andern pfendet an fronbote, der ist fridbrech.

5) König Wenzels Landfr. v. 1389. §. 24. — Landfr. v. 1398. §. 6. — Friedrich III. Reformation v. 1442. §. 2—5. — Der ewige Landfr. v. 1495. §. 9. erkennt das bestehende Recht an, während die s. g. Pfändungsconstitution (R. G. D. Th. II. Tit. 22. vgl. R. D. A. v. 1600. §. 36. ff.) sich nur auf die Reichsunmittelbaren bezieht. Mevius, dec. II. 106. nu. 5. — Leyser, meditt. ad pand. Sp. 595. med. 1—4.

6) Constitutio pacis ad Rhenum ai. 1301. (Pertz, L. L. II. p. 476.) — R. D. A. v. 1600. §. 32. — Eichhorn, Einleitung, §. 121. a. G. — Phillips, Grundsätze, I. S. 442—43. — Wilda a. a.

II. Die Pfändung wegen Zinsen.

Das alte Pfändungsrecht um Schuld fand eine besondere Anwendung darin, daß der Gutsherr die fälligen Zinsen seiner Hinterlassen eigenmächtig eintreiben durfte⁷⁾, — ein Recht, welches man aber nicht lediglich auf die Gewere am Grundbesitz begründen darf, indem sie nur die Veranlassung war, daß es für diesen Fall allgemein anerkannt ward⁸⁾. Gegenwärtig besteht dieß gutsherrliche Recht nur noch nach einzelnen Particularrechten in beschränkter Weise⁹⁾; desto allgemeiner ist aber den Staats- und Communalbehörden die Befugniß beigelegt, wegen rückständiger öffentlicher Abgaben zur Auspfändung zu schreiten.

B. Pfändungsrecht als Sicherungsmittel.

I. Pfändung wegen Schadenszufügung an Grundstücken.

Diese hat in zwei Fällen statt: nämlich wenn der Schaden an Grundstücken und deren Früchten durch fremdes Vieh oder durch Personen angerichtet wird. Der Zweck ist Sicherung des

D. C. 205—9. — R. S. Briegleb, über executorische Urkunden und den Executivproceß. 2 Theile. Nürnberg 1839., womit für das deutsche Recht zu vergleichen Pland in Schneider's kritischen Jahrbüchern 1845. Heft 5. S. 418—49. — Aeltere Juristen stellen die wunderliche Ansicht auf, die Pfändungsclausel sei noch von Wirkung, wenn der Schuldner sich die Pfändung ruhig gefallen lasse, oder so schwach sei, daß sein Widerstand keinen Landfriedensbruch befürchten lasse. Kopp, de pignorat. conventionali §. 18. 19. — Gerstlacher, Handbuch der deutschen Reichsgesetze, X. S. 2378.

7) Rudolph I. Landfr. v. 1281. §. 59. Ez pfendet ein igelich man sinen hinderfagzen wol an fronboten umb sinen zins und umb sein gulte. — Sächf. Landr. B. I. Art. 54. §. 4. B. III. Art. 20. §. 2. — Schwäb. Landr. (Wackernagel) Art. 70. — Goslar. Statuten bei Gölchen S. 22. §. 1.

8) Wilda, S. 217. ff. vgl. meine Lehre von den Erbvertr., I. S. 168. — Die entgegenge setzte Ansicht ist besonders vertreten von Albrecht, die Gewere, S. 19. ff. S. 75. Note 152o. S. 159.

9) Eichhorn, Einleitung, §. 264. — Wilda, S. 216. — Meyser, württemb. Privatr., I. §. 139.

Interesse (Schadenserfaz, Buße, Kosten) und des Beweises, statt dessen eben das Pfand gilt, so daß derjenige, welcher es rechtmäßig genommen, in Beziehung auf den Rechtsanspruch im Allgemeinen die Rolle des Beklagten hat; die Größe des Schadens bleibt dann, insofern der Ersaz nicht in der Buße enthalten ist, später noch zu ermitteln¹⁰⁾. Schon dieser Umstand weist darauf hin, und die geschichtliche Entwicklung des Instituts bestätigt es, daß dasselbe nicht bloß als ein außerordentliches Rechtsmittel im Nothfall zur Anwendung gebracht werden darf, sondern unter der allgemeinen Voraussetzung seiner Begründung eine unbeschränkte Wirksamkeit hat¹¹⁾, wenn auch eine gewisse Schonung bekannter, und namentlich benachbarter Personen von der Sitte geboten wird. Particularrechte haben indessen die beschränkte romanistische Auffassung des Instituts zuweilen aufgenommen¹²⁾

a. Viehpfändung oder Schüttung.

Schon in den Volksrechten¹³⁾ und Capitularien¹⁴⁾ ist der

10) Baier. Landr. Th. II. Cap. 6. §. 24. — Den Beweis belangend, ist 11mo der Pignorant den angeblichen Schaden zu beweisen nicht schuldig, sondern das Pfand soll statt der Probe seyn, so lange nicht der Pignorant beweisen kann, daß entweder gar kein Schaden geschehen, oder das Pfand anderer Ursachen wegen abgenommen sey. — v. Kreittmayr ad h. l. Nr. 7. — Mittermaier, I. §. 152. Nr. 9. — Wilda, S. 311. ff. — Zu weit gehen Eichhorn, §. 123. a. G. und Phillips, I. §. 64. S. 449.

11) Phillips a. a. D. S. 445. — Wilda, S. 271.

12) Baier. Landr. Th. II. Cap. 6. §. 24. — Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 14. §. 414–16. Vgl. Bornemann, systemat. Darstellung, I. S. 204–8., und über den Widerspruch der Stände gegen diese Auffassung des Instituts Göze, Provincialrecht der Altmark, I. S. 104. ff.

13) L. Burgund. tit. 49. — L. Lang. Rhotaris cap. 354. — L. Wisigoth. lib. VIII. tit. 3, 13. — Wilda, S. 229–41.

14) Capit. de exercital. ai. 811. cap. 6. Si aliquis Saxo caballos in sua messe invenerit, et ipsos caballos inde ducere pro suo damno ad conprobandum valuerit, si quis liber homo hoc ei contradixerit aut aliquod malum pro hoc ei fecerit, tripla compositione secundum legem et secundum ewam, contra eum emendare studeat et insuper bannum dominicum solvat

Grundsatz anerkannt worden, daß fremdes Vieh, welches auf Grundstücken betroffen wird und Schaden angerichtet hat, gepfändet werden darf. Dieser Grundsatz erhielt sich während des ganzen Mittelalters¹⁵⁾ und hat auch jetzt noch gemeinrechtliche Geltung¹⁶⁾. — Zur Vornahme der Handlung berechtigt ist, außer den zum Schutze der Feldmark etwa besonders angeordneten Personen, z. B. Flurschützen, derjenige, welcher den Schaden erlitten hat, also nicht bloß der Eigenthümer, sondern auch der Nugnießer, Pächter u. s. w.¹⁷⁾. Doch muß die Pfändung auf frischer That geschehen¹⁸⁾, auf dem Grundstücke selbst (in der Were)¹⁹⁾ und mit Schonung, also ohne Gewalt-

et manum perdat pro eo quod inobediens fuit contra praeceptum domini imperatoris, quod ipse pro pare statuere jussit. Si servus hoc fecerit, secundum suam legem omnia in triplum restituat, et disciplinae corporali subiaceat.

15) Sächf. Landr. B. II. Art. 47. §. 1–3. — Schwäb. Landr. Art. 310.

16) C. U. Zasius ad T. D. de noxal. act. (9, 4.) na. 31. — Mevius ad jus lub. P. III. tit. 11. ad rubr. nu. 11. u. s. w. — Das österr. Gesetzbuch hat die Privatpfändung nur in dieser Anwendung anerkannt; s. §. 1321. Wer auf seinem Grund und Boden fremdes Vieh antrifft, ist deswegen noch nicht berechtigt, es zu tödten. Er kann es durch anpassende Gewalt verjagen, oder wenn er dadurch Schaden gelitten hat, das Recht der Privatpfändung über so viele Stücke Viehes ausüben, als zu seiner Entschädigung hinreicht. Doch muß er binnen acht Tagen sich mit dem Eigenthümer abfinden, oder seine Klage vor den Richter bringen; widrigenfalls aber das gepfändete Vieh zurückstellen. §. 1322. Das gepfändete Vieh muß auch zurückgestellt werden, wenn der Eigenthümer eine andere angemessene Sicherheit leistet.

17) Wilda, C. 264–69. — Winiwartter, das österr. bürgerl. Recht, IV. S. 581.

18) Sächf. Landr. B. II. Art. 28. §. 2. — Baier. Landr. Th. II. Cap. 6. §. 24. Nr. 4. — Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 14. §. 419. — Wilda, C. 281. ff.

19) Sächf. Landr. B. II. Art. 47. §. 3. — Eichhorn, Einleitung, §. 123. Note g. — Wilda, C. 283. und die das. Note 263. angeführten Schriftsteller, denen jetzt auch Rittermaier, Grundsätze, (7. Aufl.) I. §. 152. beizuzählen ist. Das Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 14. §. 420. bestimmt abweichend: Außerhalb der Grenzen der Feldflur, auf welcher Befehrer, System I.

thätigkeit und nicht im Uebermaaß²⁰⁾. Dagegen ist nicht erforderlich, daß der Pfändende seinen Grundbesitz gegen das schädende Vieh abgezäunt oder sonst verwahrt hat; denn im Zweifel ist es eben die Pflicht des Eigenthümers, dasselbe zu hüten²¹⁾.

Ueber das weitere Verfahren: wo das gepfändete Vieh aufzubewahren, ob bei dem Beschädigten oder im Pfandstall; wann und bei wem die Anzeige über die Pfändung gemacht werden, in welcher Frist die Auslösung geschehen muß²²⁾, — darüber lassen sich keine gemeinrechtliche Regeln aufstellen. Sehr häufig ist aber ein Pfandgeld, welches bald als Wette an die Obrigkeit oder die Gemeindecasse, bald als Buße an den Beschädigten fällt, und im letztern Fall statt des Schadensersatzes dienen kann²³⁾. — Widersetzlichkeit gegen rechtmäßige Pfändung ist strafbar²⁴⁾; wegen unrechtmäßig unter-

die Beschädigung oder Störung erfolgt ist, darf der Beeinträchtigte den Beschädigten oder Störer mit Pfändung nicht verfolgen.

20) Wilda, S. 285. ff. — Phillips, I. S. 446. — Es können hier freilich verschiedene Gesichtspunkte in Betracht kommen, z. B. wenn von jedem einzelnen gepfändeten Stück ein Pfandgeld gezahlt werden muß; s. jedoch Pr. A. L. R. a. a. D. §. 441. „Im Allgemeinen ist aber anzunehmen, daß die Pfändung nicht über ihren Zweck, Sicherung der Forderung und des Beweises, hinausgehen darf.“ Pr. A. L. R. a. a. D. §. 424—26. 429. — Oesterr. Gesetzb. §. 1321. (oben Note 16.)

21) de Wernher, observatt. for. VIII. 306. — Phillips, S. 446. — Anderer Meinung ist Wilda, S. 275. — Ortsgewohnheiten und die äußere Einrichtung der Wirthschaft werden hier freilich oft entscheiden.

22) Thürsächf. Constitution v. 1572. P. II. Const. 7. — Baier. Landr. Th. II. Cap. 6. §. 24. Nr. 6. — Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 14. §. 431—32. — Göthe, das Provinzialrecht der Altmark, I. S. 115. ff.

23) Pr. A. L. R. a. a. D. §. 444—45. — Im Allgemeinen s. hierüber Wilda, S. 303—11., der aber die praktische Bedeutung des Pfandgeldes zu gering anschlügt, wenn auch keine gemeinrechtlichen Regeln darüber aufgestellt werden können. In Niedersachsen wenigstens knüpft sich zum großen Theil das Interesse des ganzen Instituts der Pfändung daran. S. auch Göthe a. a. D. S. 117. ff.

24) S. oben Note 14. — Sächf. Landr. B. II. Art 27. §. 4. — Pr. A. L. R. a. a. D. §. 458—60. — Wilda, S. 291.

nommener Pfändung hat umgekehrt der Verletzte die Spolienklage²⁵⁾.

b. Die Pfändung wegen Beschädigung durch Personen.

Wenn durch Personen an Grundstücken ein Schaden angerichtet worden²⁶⁾, so kann ihnen von dem Verletzten ein Pfand abgenommen werden, — ein Grundsatz, welcher jedoch weniger allgemein und gleichmäßig gilt, wie der über die Viehpfändung. Es kommt dabei namentlich der Schaden in Betracht, welcher durch Fahren und Reiten über bestellte Acker und über Wiesen geschieht²⁷⁾; desgleichen gegen eigenmächtige Ausübung von Nutzungsrechten auf fremdem Grundbesitz, mit Einschluss der Jagd und Fischerei²⁸⁾. Ist aber das Nutzungsrecht vom Eigenthum getrennt, so hat der Inhaber des ersteren

25) Mevius, decis. VI. 63. — Leyser, meditt. ad pand. Sp. 595. med. 8.

26) Die Pfändung wegen des bloßen Betretens eines fremden Grundstückes setzt ein Strafverbot voraus, ist aber auch dann wohl gemeinrechtlich nicht für begründet zu halten, so wenig wie die Pfändung, welche von den Zünften, namentlich bei dem s. g. Zagen der Bönhasen oder Pfuscher ausgeübt wird, worüber das Nähere im Zunftrecht. Vgl. Pr. A. 2. R. Th. I. Tit. 14. §. 417. „Wegen bloß verwickelter Strafe kann eine Privatperson nur alsdann zur Pfändung schreiten, wenn sie ein besonderes Interesse dabei hat, daß durch Vollstreckung der Strafe ihr Recht gegen künftige Beeinträchtigungen gesichert werde.“ — Wilda, S. 269. — Rittermaier, I. §. 152. — Maurenbrecher, Lehrbuch, I. §. 195. Note 3. — Sehr verbreitet ist bekanntlich die Sitte, durch Anschlag oder äußere Zeichen, z. B. Strohwische, verbotene Wege anzudeuten; s. schon I. Bajuv. tit. IX. cap. 12.

27) Sächf. Landr. B. II. Art. 27. §. 4. Eve so unrichten wech fleit over gewonnen land, vor jewell rat sal he geven enen pennig, die ridene man enen halven, unde solen den scaden gelben, of dar sat uppe stat; dar vore mut man se wol panden. — Vater. Landr. Th. II. Cap. 6. 24.

28) Sächf. Landr. B. II. Art. 28. §. 1. Eve so holt houwet oder gras snit oder vischet in enes anderen mannes watern an wilder wage, sin wandel dat sint dre schillige; den scaden gilt he uppe recht. §. 2. Wischet he in diken die gegraven sin, oder houwet he holt dat gesat is oder barende böme, oder briet he sin ovet, oder howet he malbome, oder grevet he up

die Pfändung auszuüben, und zwar innerhalb des Bezirkes, auf welchem das Recht zusteht, z. B. also des Jagdreviers²⁹⁾. Sonst gelten auch hier im Allgemeinen die oben für die Viehpfändung aufgestellten Regeln, nur daß dem Gegenstande nach die Pfändung sich auf die Abnahme einzelner beweglicher Sachen beschränkt, der Peitsche des Kutschers, der Flinte des Jägers, der Nege des Fischers, der Art des Holzhauers³⁰⁾ u. s. w.

II. Pfändung zum Schutz des Besizes.

Dies Recht ist nicht in der deutschen Volksitte, sondern in der Theorie der Juristen entsprungen, welche in der Pfändung ein passendes, symbolisches Mittel gefunden zu haben glaubten, den nachtheiligen Wirkungen einer Besitzstörung, besonders bei der Ausübung von Realrechten, nachdrücklicher als mit bloßen Protestationen entgegen zu treten. Die Veranlassung dazu bot die Auffassung des Pfändungsrechts als einer Art der Nothwehr, um dasselbe mit dem römischen Recht in Einklang zu bringen³¹⁾; doch ist ein solches Sicherungsmittel überflüssig, der ursprünglichen Natur des Instituts nicht entsprechend und führt leicht zu Gewaltthätigkeiten, wie denn die s. g. Pfandkehrung, wenn das Pfand abgenommen wird, und die Gegenpfändung, eine Nachbildung der Repprotestation, gerade hier vorzugsweise ihren Sitz hatten. Auch nimmt das Ansehen und die Uebung der Pfändung zum Schutz des Besizes in der

stene, die to markstene gesat sin, he mut drittich schillinge geben. Bint man ene in der stat, man mut ine wol panden oder uphalden vor den scaden ane des richters orlof. — Wilda, S. 241.

29) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 14. §. 421–22.

30) Pr. A. L. R. a. a. D. §. 418. 427. — v. Kreittmahr, Anmerkungen, II. 6. 24. Nr. 3.

31) Carpzov, jurispr. romano-saxon. II. 27. def. 3. — Mevius, decis. I. 31. — Leyser, meditt. ad pand. Sp. 595. med. 1–4. — v. Kreittmahr a. a. D. Nr. 2. — S. überhaupt Wilda, S. 248–59. Das sächsische Recht legt namentlich Gewicht auf die Pfändung als ein Mittel, die Verjährung zu unterbrechen. Ehursächf. Constitut. v. 1572. P. II. Const. 7. — Haubold, Lehrbuch, §. 167.

Praxis immer mehr ab, und wenn sie auch früher unzweifelhaft eine gemeinrechtliche Gültigkeit hatte³²⁾, und auch jetzt noch von den Germanisten meistens in diesem Sinn behandelt wird³³⁾, so ist das für das heutige Recht jedenfalls nur insoweit zuzugeben, als man dem Institut in dieser Anwendung die Kraft einer bedingt subsidiären Geltung beilegt.

32) Noch das preussische Landr. a. a. D. §. 413. ff. ist dieser Auffassung gefolgt; f. Bornemann, systemat. Darstellung, I. S. 204–8. — Wilda, S. 255–50.

33) Eichhorn, Einleitung, §. 123. — Phillips, Grundsätze, I. §. 64. Nr. 3. — Maurenbrecher, Lehrbuch, I. §. 194. Note 2. u. 5. — Reyscher, württemb. Privatrecht, I. §. 139. Note 12. — Schwankend äußert sich Mittermaier, Grundsätze, I. §. 152. Note 13., indem er auf Wilda und Maurenbrecher verweist, die aber nicht übereinstimmen.



Zweites Buch.

Das gemeine Landrecht.



Erster Abschnitt.

Das Personenrecht.

Erstes Kapitel.

Die einzelnen Menschen als Personen.

§. 56.

1. Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit.

Person im juristischen Sinne bezeichnet im Allgemeinen Alles, was Subject von Rechten ist. Eine Persönlichkeit hat nun vor Allem der einzelne Mensch, und zwar nach deutschem Recht ohne Ausnahme, da wir weder Sklaven kennen, welche in rechtlicher Beziehung nur als Sachen gelten, noch die alte Friedlosigkeit beibehalten oder auch nur in verwandten Instituten wiederholt haben¹⁾. Doch steht die Persönlichkeit nicht aus-

1) Oesterr. Gesetzb. §. 16. Jeder Mensch hat angeborne, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte, und ist daher als eine Person zu betrachten. Slavery oder Leibeigenschaft und die Ausübung einer darauf sich beziehenden Macht wird in diesen Ländern nicht gestattet. §. 17. Was den angebornen natürlichen Rechten angemessen ist, dieses wird so lange als bestehend angenommen, als die gesetzmäßige Beschränkung dieser Rechte nicht bewiesen wird. §. 18. Jedermann ist unter den von den Gesetzen vorgeschriebenen Bedingungen fähig, Rechte zu erwerben. — Der bürgerliche Tod als peinliche Strafe kommt in Deutschland nur particularrechtlich vor; s. Heffter, Lehrbuch des gemeinen deutschen Criminalrechts, §. 118. Note 3. 4.

schließlich den einzelnen Menschen zu; sie kann auch mit etwas Anderem verknüpft sein, wodurch der Begriff der juristischen Person im Gegensatz zu der natürlichen gebildet wird. Nur von der letzteren ist hier zunächst die Rede.

Einer jeden Person kommt also schon ihrem Begriff nach die Rechtsfähigkeit zu, worunter im Allgemeinen die Befähigung verstanden wird, Rechte zu haben und zu erwerben. Doch kann diese allerdings von verschiedenem Umfange sein, indem bald eine Classe von Personen überhaupt nicht befugt ist, gewisse Rechte zu erwerben, was z. B. bei den Weibern hinsichtlich der rein politischen Rechte der Fall ist, bald aber wegen der Beschaffenheit der Rechte eine besondere Qualifikation für deren Erwerb gefordert wird, wie bei den Standesrechten. Auch darf mit der Rechtsfähigkeit die Handlungsfähigkeit nicht verwechselt werden, welche in der Befugniß besteht, an den Rechtsgeschäften selbständig Theil zu nehmen, und einer Person entweder ganz oder theilweise, für immer oder nur vorübergehend entzogen sein kann. Die nachtheiligen Folgen einer solchen Beschränkung in der Handlungsfähigkeit werden jedoch, wenigstens für die privatrechtlichen Beziehungen, regelmäßig wieder aufgehoben durch die Möglichkeit der Stellvertretung, welche entweder als ein für die Dauer geordnetes, regelmäßig wirkendes Institut erscheint, wie die Vormundschaft, oder in besondern Fällen nach freier Wahl eingerichtet wird. Die Beschränkungen, welche das römische Recht in dieser letzteren Beziehung enthält, sind in Deutschland nicht recipirt worden²⁾.

Im Folgenden ist nun zuerst von der natürlichen Existenz der Menschen in Beziehung auf diejenigen Momente, welche rechtlich besonders in Betracht kommen, zu handeln, und dann zu untersuchen, was für Einflüsse es sind, welche auf die Rechtsfähigkeit und beziehungsweise auf die Handlungsfähigkeit beschränkend einwirken. Dabei wird aber vorläufig nur

2) S. v. Savigny, System, III. S. 90—98.

auf die Personen als einzelne Rechtssubjecte Rücksicht genommen werden; denn die Beziehungen derselben zu einander in der Familie, dem Privatverkehr u. s. w. bilden den Gegenstand besonderer Rechtslehren, während ihre Stellung in der Corporation der Erörterung des nächstfolgenden Kapitels vorbehalten bleibt.

II. Anfang und Ende der Rechtsfähigkeit.

§. 57.

Die Geburt.

Der Anfang menschlichen Lebens beginnt mit der Empfängniß; doch wird der Embryo noch nicht als Mensch, sondern nur als Theil der Mutter betrachtet, wenn auch das Strafgesetz ihm schon seinen Schutz angedeihen läßt, und in Fällen, wo es sich um Rechte handelt, welche dem Kinde nach seiner Geburt zustehen sollen, diese zu seinen Gunsten so beurtheilt werden, als wenn sie schon vorher begründet gewesen wären. Das römische Recht stellt diese Regel, welche besonders für die Statusverhältnisse und das Erbrecht von Wichtigkeit ist, allgemein auf¹⁾; ähnlich haben neuere Gesetzbücher sie gefaßt²⁾, und es ist auch keinem begründeten Zweifel unter-

1) L. 231. D. de V. S. (50. 16.) Quod dicimus, eum qui nasci speratur, pro superstite esse, tunc verum est, cum de ipsius jure quaeritur: alii autem non prodest nisi natus. cf. L. 7. 26. D. de statu hom. (1, 5.) — v. Savigny, System, II. S. 12—16.

2) Baier. Landr. Th. I. Cap. 3. §. 2. — Ungebohrne oder in Mutterleib liegende (Embriones, spes Animantis, Posthumi) werden 3tio für gebohren geachtet, wenn es ihr Nutzen also erfordert, und die lebendige Geburt wirklich darauf erfolgt; man soll auch gegen die Mutter nichts verhängen, was der Leibes-Frucht Schaden bringen kann. — Pr. A. E. R. Th. I. Tit. 1. §. 10. Die allgemeinen Rechte der Menschheit gebühren auch den noch ungeborenen Kindern, schon von der Zeit ihrer Empfängniß. §. 11. Wer für schon geborne Kinder zu sorgen schuldig ist, der hat gleiche Pflichten in Ansehung der noch in Mutter Leibe befindlichen. §. 12. Bürgerliche Rechte, welche einem noch ungeborenen Kinde zukommen würden, wenn es

worfen, daß sie auf eigenthümliche deutsche Verhältnisse ihre Anwendung findet, wie sich namentlich im Adelsrechte näher herausstellen wird. Dritte Personen können aber aus einer solchen zu Gunsten des Embryo bestehenden Fiction für sich keine Ansprüche herleiten.

In rechtlicher Hinsicht ist also der Anfangspunkt menschlicher Persönlichkeit die Geburt, d. h. die vollständige Trennung des Kindes von der Mutter. Hierüber ist noch Folgendes zu bemerken.

a. Das Kind muß lebendig geboren sein, d. h. es muß nach der Trennung von der Mutter noch gelebt haben. Daß es aber irgend ein bestimmtes Lebenszeichen von sich gegeben, wird nicht verlangt³⁾, und scheint auch nach dem älteren deutschen Recht nicht erforderlich gewesen zu sein⁴⁾. Die neueren Gesetzbücher begnügen sich, nach dessen Vorgang die Stimme des Kindes im Allgemeinen als vollbeweisendes Lebenszeichen

zur Zeit der Empfängniß schon wirklich geboren wäre, bleiben demselben auf den Fall, daß es lebendig zur Welt kommt, vorbehalten. — Oesterr. Gesetz b. §. 22. Selbst ungeborene Kinder haben von dem Zeitpunkte ihrer Empfängniß an einen Anspruch auf den Schutz der Gesetze. Insofern es um ihre und nicht um die Rechte eines Dritten zu thun ist, werden sie als Geborne angesehen; ein todtgebornes Kind aber wird in Rücksicht auf die ihm für den Lebensfall vorbehaltenen Rechte so betrachtet, als wäre es nie empfangen worden.

3) L. 3. C. de posthumis herod. instit. (6, 29.).

4) Zwar heißt es im Sächf. Lehnr. Art. 20. §. 1. Ewenne die sone na des vader dode levet also lange dat man sine stimme gehoren mach in vier wenden des huses, so is he beerft mit fines vader sene, unde hevet it gevernet alle den die it gebinge dar an hadden. — Aber verschieden lautet schon die Bestimmung im Sächf. Landr. B. I. Art. 33. — wirt dat kint lebendig geboren, unde hevet de vrowe des getüch an vier mannen de't gehort hebben, unde an tven wiven de ire hulpen to irme arbeide, dat kint behalt des vader erve. Am Schluß des Artikels heißt es weiter: Wirt it aber to der kerken gebracht openbare, sve it süüt unde hort, de mut fines lives mol getüch wesen. Vgl. L. Alam. tit. 92. — J. Grimm, R. A. S. 75. — Eichhorn, Einleitung, §. 334. — Rittermaier, Grundsätze, I. §. 44a. — Phillips, Grundsätze, I. S. 252. ff. — v. Sydow, Darstellung des Erbrechts, S. 55–56.

anzuerkennen⁵⁾, oder sie stellen überhaupt die Vermuthung auf, daß das Kind bei der Geburt gelebt habe, und lassen nur den Beweis des Gegentheils frei⁶⁾. So angemessen aber es auch sein mag, eine solche Vermuthung gesetzlich festzustellen, so ist sie doch nach gemeinem Recht nicht für begründet zu halten⁷⁾.

b. Das Kind muß, um rechtsfähig zu sein, eine menschliche Gestalt haben, darf keine Mißgeburt (monstrum) sein, was sich am Sichersten nach der Bildung des Kopfes bestimmen läßt⁸⁾. Doch ist die eigenmächtige Zerstörung einer Mißgeburt, schon des möglichen Irrthums wegen, nicht gestattet⁹⁾.

c. Nach römischem Recht ist Lebensfähigkeit (Vitalität) des Kindes nicht erforderlich, damit es als Person gelte; auch ist die sehr verbreitete entgegenstehende Ansicht wohl hauptsächlich dadurch entstanden, daß man irrthümlich die Zeiträume, welche das römische Recht für die Vermuthung der Vaterschaft aufgestellt hat, auf die Lebensfähigkeit bezog, und zugleich nach Gründen suchte, um die gesetzliche Strafe des Kindermordes zu

5) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 1. §. 13. Daß ein Kind lebendig zur Welt gekommen sey, ist in dieser Beziehung (s. oben Note 2.) schon für ausgemittelt anzunehmen, wenn unverdächtige, bey der Geburt gegenwärtig gewesene Zeugen, die Stimme desselben deutlich vernommen haben.

6) Baier. Landr. Th. I. Cap. 3. §. 2. Gebohrne, welche der Rechten theilhaftig werden sollen, müssen 400 in menschlicher Gestalt lebendig zur Welt kommen, in Zweifel aber, ob sie lebendig oder todt gebohren, ist regulariter darauf zu sehen, ob die Geburt vollkommen, von einer gesunden Mutter, und zu rechter Zeit geschehen seye. Bey diesen Umständen wird vermuthet, daß das Kind gelebt habe, sonst aber nicht, so lange das Gegentheil nicht erwiesen ist. — Oesterr. Gesetzb. §. 23. Im zweifelhaften Falle, ob ein Kind lebendig oder todt geboren worden sey, wird das Erstere vermuthet. Wer das Gegentheil behauptet, muß es beweisen.

7) Anderer Meinung ist Glück, Pandecten-Commentar, II. §. 115., gestützt auf die das. Note 10. citirten Rechtslehrer.

8) arg. L. 44. D. de relig. (11, 7.) Vgl. v. Savigny, System, II. S. 9. 10. und A. Meckel, Lehrbuch der gerichtlichen Medicin, §. 298.

9) Vgl. Baier. Landr. a. a. D. — Pr. A. L. R. a. a. D. §. 17. 18. S. auch P. O. D. Art. 131.

mildern ¹⁰⁾. Allein nach einer Seite hin hat jene Ansicht doch eine tiefere Begründung. Das ältere deutsche Recht verlangt nämlich für die Erbfähigkeit des Kindes, daß es groß genug d. h. so ausgetragen sei, um leben zu können ¹¹⁾. Dieß Erforderniß, — an sich schon unerlässlich, um den Abortus von der Geburt bestimmt zu unterscheiden, — darf auch jetzt wohl noch festgehalten werden, und es erscheint ganz natürlich und auch juristisch gerechtfertigt, wenn man jene Zeiträume des römischen Rechts, soweit dieß überhaupt thunlich, in analoger Weise darauf zur Anwendung bringt. Andere Gründe der mangelnden Lebensfähigkeit, als die zu frühe Geburt, z. B. schwächliche, fehlerhafte Organisation und dgl. können aber nicht in Anschlag gebracht werden.

d. Der Beweis der Geburt selbst wird jetzt regelmäßig durch die Kirchenbücher hergestellt, welche von den Geistlichen als Staatsbeamten geführt werden ¹²⁾, und daher wie andere öffentliche Urkunden zu beurtheilen sind ¹³⁾. Das französische Recht hat dieselben aber durch die von den weltlichen Behörden geführten Civilstandsregister ersetzt ¹⁴⁾.

10) v. Bangerow, Leitfaden, I. S. 55. 56. — v. Savigny a. a. D. S. 11. 385—417.

11) Sächf. Landr. B. I. Art. 33. heißt es nach den oben Note 4. angeführten Worten: behalt des vader erve; unde stirft it dar na, it erst up de muder, of ste ime evenbürdich is, unde briet al gedinge an des vader lene, wend' it levede na des vader dode, so werdit de len den herren ledich, of it kint bewist wirt unde gesen also grot, dat it liffhaftich mochte wesen. Vgl. die oben Note 4. citirten Schriftsteller.

12) Die Veranlassung zur Einrichtung der Kirchenbücher, welche jetzt auch über die Todesfälle in der Gemeinde geführt werden, gab das Tridentiner Concil; s. Conc. Trident. Sess. XXIV. cap. 1. 2. de reform. matr. und überhaupt Richter, Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechts, S. 279.

13) Leyser, meditt. ad pand. Sp. 95. med. 19. — Cannegiesser, collectio notabil. decis. I. dec. 106. nu. 8. — Berger, oeconom. jur. IV. tit. 24. th. 6. not. 2.

14) Code civ. art. 34—87.

§. 58.

D e r T o d .

Das Ende der Rechtsfähigkeit tritt ein mit dem Tode; Verletzungen der Leichname und Gräber und selbst des guten Namens der Verstorbenen können wohl gestraft werden, aber nicht weil ihnen selbst noch ein Recht zusteht, sondern um der Hinterlassenen wegen, und im Interesse der kirchlichen und bürgerlichen Ordnung¹⁾. Mit dem Tode des Menschen hört seine Rechtssphäre auf, welche er nur dadurch mittelbar sich erweitern kann, daß er durch letztwillige Verfügungen noch über das Ende seines Lebens hinaus Anordnungen über seinen Nachlaß und für seine Familie trifft.

Der Tod eines Menschen, der einmal gelebt hat, wird aber nicht vernunthet; wer ihn daher behauptet und Rechte daraus herleiten will, muß ihn beweisen²⁾. Gewöhnlich kann das durch die Kirchenbücher und Todenscheine geschehen; indessen sind auch andere Beweismittel zulässig³⁾. Mißlingt aber der Beweis, so versteht sich von selbst, daß auch das in Anspruch genommene Recht nicht geltend gemacht werden kann. Ebenso verhält es sich, wenn es darauf ankommt, den Zeitpunkt, in welchem der Todesfall eingetreten ist, zu beweisen, sei es nun, daß es sich bloß von dem Tode eines Einzelnen handelt, oder von dem Mehrerer, welche in derselben Lebensgefahr umgekommen sind⁴⁾. Nur dann, wenn Eltern und Kinder in demselben

1) A. D. Weber, über Injurien und Schmähschriften. Abth. I. S. 29. — Falk, Handbuch des Schleswig-Holst. Privatrechts, IV. S. 88.

2) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 1. §. 34. Wer einmal gelebt hat, dessen Tod muß bewiesen werden, wenn über schon erworbene Sachen und Rechte desselben, als eines Verstorbenen, verfügt werden soll.

3) Leyser, meditt. ad. pand. Sp. 95. med. 11—23.

4) Pr. A. L. R. a. a. D. §. 39. Wenn zwei oder mehrere Menschen ihr Leben in einem gemeinsamen Unglücke, oder sonst dergestalt zu gleicher Zeit verloren haben, daß nicht ausgemittelt werden kann, welcher zuerst verstorben sey, so soll angenommen werden, daß keiner den Andern überlebt

Unglücksfall einen gewaltsamen Tod gefunden haben, wird nach römischem Rechte angenommen, daß das unmündige Kind vor dem Vater oder der Mutter, das mündige dagegen nach ihnen gestorben sei⁵⁾.

Es ist indessen ein unverkennbarer Uebelstand, daß Menschen, welche man mit der höchsten Wahrscheinlichkeit und fast mit Gewißheit für gestorben halten darf, in rechtlicher Hinsicht noch für lebend gelten müssen, und daß diejenigen Rechtsverhältnisse, welche nach ihrem Tode einer festen Anordnung bedürfen, bis auf unbestimmte Zeiten hin in einem unsichern, schwankenden Zustande bleiben. Man hat freilich durch Einführung der Güterpflege für Abwesende wenigstens insofern geholfen, daß für die gehörige Verwaltung ihres Vermögens Sorge getragen, und dabei auch das Interesse der Verwandten berücksichtigt wird; allein theils kommt es hier nicht bloß auf das Vermögen an, theils muß doch auch eine solche Verwaltung einmal ihr Ende nehmen und einer definitiven Anordnung weichen. Aus diesen Gründen ist es geschehen, daß sich gewohnheitsrechtlich die Lehre von den Verschollenen und ihrer Todeserklärung ausgebildet hat, welche auch im gemeinen Recht principienmäßig zu bestimmten Instituten befestigt worden ist⁶⁾

habe. — Oesterr. Gesetz b. §. 25. Im Zweifel, welche von zwey oder mehreren verstorbenen Personen zuerst mit Tode abgegangen sey, muß derjenige, welcher den früheren Todesfall des Eines oder des Andern behauptet, seine Behauptung beweisen; kann er dieses nicht, so werden Alle als zu gleicher Zeit verstorben vermuthet, und es kann von Uebertragung der Rechte des Eines auf den Andern keine Rede seyn.

5) Die Ausdehnung, welche Rühlensbruch, (Archiv für civ. Praxis, IV. S. 391—417.) dieser Regel gegeben hat, läßt sich nicht rechtfertigen; s. v. Wangerow, Leitfaden, I. S. 58. ff. — v. Savigny, System, II. S. 20—22. Sehr ausführliche Bestimmungen über diese Verhältnisse finden sich Code civ. art. 720—22.

6) Die Lehre wird meistens in Verbindung mit der Güterpflege für Abwesende und mit besonderer Rücksicht auf deren Beerbung behandelt; doch kommt letztere nicht allein in Betracht (s. unten Note 15.) und auch

a. Verschollen wird derjenige genannt, welcher längere Zeit von seinem früheren Wohnorte abwesend gewesen ist, ohne Nachricht von sich zu geben, so daß man von seinem Aufenthalt und überhaupt von seinem Dasein nichts mehr weiß⁷⁾. Dieser Zustand der Verschollenheit ist also eine besonders qualificirte Abwesenheit.

b. Der Tod des Verschollenen wird noch nicht ohne Weiteres vermuthet; das geschieht erst dann, wenn seit seiner Geburt so viele Jahre verstrichen sind, daß er an der höchsten Grenze menschlichen Lebens angelangt zu sein scheint. Die älteren Juristen nahmen meistens, veranlaßt durch einzelne Aeußerungen des römischen Rechts, das vollendete hundertste Jahr als den Zeitpunkt an, mit dessen Eintritt der Tod des Verschollenen vermuthet werden dürfe⁸⁾. Seit der Mitte des 17. Jahrhun-

die Güterpflege hat ihre selbständige Bedeutung, so daß man sich vor einer Vermischung der Principien hüten muß. Die Litteratur über diese Lehre ist am vollständigsten angegeben bei Pfeiffer, prakt. Ausführungen, IV. Nr. XI. §. 6.; besonders verdienstlich ist die Behandlung derselben von Croy, in den juristischen Abhandlungen, herausgegeben von Heise und Croy, II. Nr. IV. — Die neueren Gesetzgebungen haben die Lehre zum Theil sehr selbständig und zum Theil willkürlich behandelt, so daß sie für das gemeine Recht mit großer Vorsicht zu benutzen sind. S. Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 1. §. 35—38. Th. II. Tit. 18. §. 821—55. — Desserr. Gesetz b. §. 24. 277. 278. — Code civ. art. 120—40. Das neueste Gesetz über diesen Gegenstand ist das großherzoglich Oldenburgische vom ^{16. Febr.} 1844 abgedruckt im Archiv für die Praxis des oldemb. Rechts. Vh. II. S. 115—28.

7) So glaube ich den Begriff fassen zu müssen, ohne, wie Mittermaier, Grundsätze, I. §. 147. es thut, die Wahrscheinlichkeit des erfolgten Todes hinein zu legen; vgl. Pfeiffer a. a. O. §. 1.

8) Carpzov, jurisprud. romano-saxon. III. 15. def. 57. — Es ist ein Irrthum, wenn Carpzov als Vertreter oder gar Begründer der jetzt herrschenden Ansicht angeführt wird. Er erklärt sich vielmehr gegen die Meinung, daß der Tod des Verschollenen mit dem vollendeten 70. Jahre anzunehmen sei, die intessen in drei von ihm mitgetheilten Erkenntnissen der Leipziger Juristenfacultät v. 1600, 1629 und 1636 befolgt ward, während er jedoch auch für die ältere noch ein Urtheil v. 1611 anführt. Carpzov selbst ist dafür, Alles dem richterlichen Ermessen zu überlassen.

berts änderte sich aber die Meinung der Rechtslehrer, indem einige es dem richterlichen Ermessen überlassen wollten, nach den Umständen zu bestimmen, wann der Tod des Verschollenen anzunehmen sei⁹⁾, bei weitem die Mehrzahl aber dafür mit dem vollendeten siebenzigsten Lebensjahre die Vermuthung stellte, was jetzt allgemein befolgt wird¹⁰⁾.

c. Das Unsichere und Schwankende, welches einem nur durch eine vage Vermuthung festgestellten Rechtszustande anhängen muß, führte dahin, dieselbe noch durch ein weiteres Sicherungsmittel zu bestärken, wozu man sich der auch sonst so wirksamen Edictalladung bediente¹¹⁾. Daraus hat sich nun im modernen Juristenrecht das jetzt gültige Rechtsinstitut gebildet, dessen Princip so gefaßt werden kann:

Wenn der Verschollene das siebenzigste Lebensjahr vollendet, und sich auf eine Edictalladung, welche auf Anforderung des Betheiligten unter Androhung der Todeserklärung

9) Dieser Ansicht folgt noch, und zwar mit einer gewissen Schüchternheit das Baier. Landr. Th. I. Cap. 7. §. 39. Dafern aber 60 die Abwesenheit so lange dauert, daß man entweder hieraus, oder sonst aus andern Umständen den Tod wahrscheinlich vermuthen kann, so bedarf es keiner Curatel mehr, sondern der Abwesende wird für verstorben erklärt, und seine Hinterlassenschaft auf Art und Weise, wie in Sterbfällen gebräuchlich ist, den rechtmäßigen Successoren, jedoch andergestalt nicht, als gegen genügsame Sicherheit ausgefolgt, daß solche seiner Zeit dem Abwesenden auf allenfallige Zurückkunft sammt allen Nutzungen getreulich wiederum restituirt werde.

10) Die Veranlassung gab Psalm XC. v. 10. Unser Leben währet siebenzig Jahr, und wenn's hoch kommt, so sind's achtzig Jahr. — Auf diese Stelle ist schon, wenn auch in einem andern Sinne, Bezug genommen Schwäb. Landr. (Wackernagel) Art. 47. Wegen der jetzt herrschenden Ansicht vgl. überhaupt Heise und Cropp, jur. Abhandlungen, II. S. 118 Note 5. — Pfeiffer, prakt. Ausf. IV. S. 365. Note 10. — v. Savigny, System, II. S. 18.

11) S. oben §. 54. VI. und Haase, über Edictalladungen, Abth. II. Cap. 10. — Die erste Anwendung der Edictalladung auf diesen Fall finde ich im Thürsächf. Mandat v. 18. Nov. 1779, die Verkürzung der cura absentium und deren Vermögens-Administration betreffend. Bei Schaffrath, Cod. Saxon. I. p. 1075.

gegen ihn erlassen worden, nicht gemeldet hat, so wird sein Tod als rechtlich bewiesen angenommen und decretirt. Diese drei Erfordernisse: Verschollenheit, Vollendung des siebenzigsten Lebensjahres und richterliches Decret müssen nach gemeinem Recht zusammentreffen, um die bloße Vermuthung des Todes zur juristischen Gewißheit zu erheben. Wenn daher das eine oder das andere Erforderniß fehlt, so können nur vorläufige Maaßregeln getroffen werden, z. B. Anordnung der Güterpflege und höchstens Auslieferung des Vermögens an die nächsten Erben gegen Caution wegen etwa nothwendig werdender Rückerstattung¹²⁾. — Ist jemand erst nach seinem siebenzigsten Lebensjahre verschollen, so muß man, wie mir scheint, mit Rücksicht auf die Worte des Psalms, welche auf die Ausbildung der Lehre von so großem Einfluß geworden sind, annehmen, daß er bis zum vollendetem achtzigsten Jahre gelebt habe. Wenn er aber erst nach diesem verschollen ist, so möchte es sich rechtfertigen lassen, auf die ältere Ansicht von dem hundertjährigen Alter zurückzukommen¹³⁾.

d. Obgleich die Todeserklärung erst später erfolgt, so wird doch dadurch an der Vermuthung, daß der Verschollene vor dem Antritt des einundsiebenzigsten Lebensjahres gestorben sei, nichts geändert. Das richterliche Decret ist nur declaratorisch. Wollte man das Gegentheil annehmen, so würde alles Gewicht auf die Edictalladung fallen, welche doch, wie gezeigt, nur bestärkend hinzugekommen ist; auch würde die Zeit des Todes sich

12) S. oben Note 9. Die Sache wird freilich nicht immer so streng gefaßt, und Manche finden es namentlich unbedenklich, daß der Richter in Fällen, wo der Tod auch vor dem Ablauf des siebenzigsten Lebensjahres höchst wahrscheinlich ist, sofort zur Edictalladung und demnächst zur Todeserklärung schreite; s. Pfeiffer a. a. O. S. 366. Note c. Aber nach gemeinem Recht halte ich es für bedenklich, weiter zu gehen, als im Text angegeben worden.

13) Andere Ansichten s. bei Glück, Pandecten-Commentar, VII. S. 494—95.

nach dem zufälligen Antrage des Betheiligten richten ¹⁴⁾. — Uebrigens treten, wenn die Todeserklärung erfolgt ist, alle Wirkungen ein, welche sonst mit dem natürlichen Tode verbunden sind: das Vermögen des Verschollenen wird Nachlaß und die Erbfolge darein eröffnet, die Ehe desselben aufgehoben ¹⁵⁾ u. s. w.

e. Mit der Annahme, daß der Verschollene das siebenzigste Jahr nicht überlebt habe, ist noch nicht bestimmt, an welchem Tage er gestorben, und daß dieß gerade am letzten Tage seines siebenzigsten Jahres geschehen sei. Es hat sich indessen in neuerer Zeit die feste Regel als Theil des ganzen Rechtsinstituts gebildet, daß die Erbfolge in den Nachlaß des Verschollenen nach diesem bestimmten Zeitpunkte eröffnet werde (*successio ex nunc*) ¹⁶⁾. Diese Regel, welche nur gewohnheitsrechtlich begründet werden konnte, bezieht sich aber nur auf die Delation dieses Nachlasses; in andern Fällen, z. B. wenn der Erbe den Anfall eines Vermächtnisses an den Verschollenen behauptet, wird der Beweis zu führen sein, daß derselbe den Anfall erlebt habe ¹⁷⁾.

f. Kehrt der Verschollene zurück, nachdem er für todt erklärt worden, so kann er die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand fordern, soweit die Lage der Verhältnisse sie überhaupt gestattet ¹⁸⁾. Namentlich wird der Erbe das, was er bereits

14) Haase a. a. D. S. 119. Note 47. — Heise und Cropp a. a. D. S. 139. — Pfeiffer a. a. D. S. 371—72. — v. Savigny, System, II. S. 19.

15) Letzteres wenigstens nach der Consequenz des Principis, die man aber nicht immer zu ziehen magt. Das Oesterr. Gesetzb. §. 112—14. hat für diesen Fall ein ganz besonderes Verfahren vorgeschrieben. Vgl. überhaupt Mittermaier, Grundsätze, I. §. 147. Note 20.

16) Glück, Pandecten-Commentar, VII. S. 496. ff. — Haase a. a. D. S. 132. ff. — Heise und Cropp a. a. D. S. 115. ff. — Pfeiffer a. a. D. S. 368—71.

17) Gh. L. Runde im Archiv für das oldenburg. Recht, H. S. 113. — Mittermaier a. a. D. S. 147. Note 29.

18) Mittermaier a. a. D. Note 29. 30.

vom Nachlaß verzehrt hat, nicht zu ersetzen brauchen, wenn er nicht arglistig verfahren ist.

§. 59.

III. Geschlecht. Alter. Gesundheit.

Die Beschränkungen, denen einzelne Menschen wegen gewisser natürlicher Eigenschaften unterworfen sind, beziehen sich theils auf die Rechtsfähigkeit, theils auf die Handlungsfähigkeit. Doch kommt für das Privatrecht vorzugsweise die Beschränkung der letzteren in Betracht, während die der Rechtsfähigkeit mehr für das öffentliche Recht von Bedeutung ist.

I. Das Geschlecht.

Die Geschlechter stehen sich im Allgemeinen einander gleich, so daß eine rechtliche Verschiedenheit als Ausnahme von der Regel besonders begründet sein muß¹⁾; nur hinsichtlich der publicistischen Verhältnisse, bei denen es sich um die Ausübung politischer Rechte handelt, findet das Gegentheil statt. Im älteren deutschen Recht war freilich bei aller den Weibern gezollten Verehrung ihre Lage auch in privatrechtlicher Beziehung weniger günstig, wie namentlich ihr beschränktes Erbrecht und die Geschlechtsvormundschaft ergeben²⁾; auch haben sich davon noch im heutigen Rechte wichtige Folgen erhalten, von Ersterem im Adels- und Bauernrecht, von Letzterem in der Vogtei des Ehemanns, welche besonders für die eheliche Gütergemeinschaft von Bedeutung ist. Selbst die s. g. weiblichen Bürgerschaftsgerechtfame erscheinen als eine Beschränkung der Rechtsfähigkeit, wenn sie auch, so wie die mildere Beurtheilung der Weiber bei dem Rechtsirrtum, zu deren Gunsten eingeführt

1) Baier. Landr. Th. I. Cap. 3. §. 2. — Pr. A. E. R. Th. I. Tit. 1. §. 24. Vgl. Falck, Handbuch des Schleswig-Holst. Privatrechts, IV. S. 92—96.

2) C. J. Grimm, deutsche Rechtsalterth., S. 403—10. und besonders Ed. Laboulaye, recherches sur la condition civile et politique des Femmes depuis les Romains jusqu'à nos jours. Paris 1843.

sind: sie kommen daher auch für die Kauf- oder Handelsfrau in ihren Handelsgeschäften nicht zur Anwendung.

Das Nähere über den rechtlichen Unterschied der Geschlechter ist für die Darstellung der einzelnen Rechtsinstitute vorzubehalten, und schließlich nur noch zu bemerken, daß Zwitter, bei denen eine gleiche Mischung der Geschlechter stattfinden soll, nach gemeinem Recht nicht als vorhanden angenommen werden ³⁾.

II. Das Alter.

Das Alter eines Menschen kann auf verschiedene Weise für seine rechtlichen Verhältnisse von Wichtigkeit sein; namentlich im Rechte des Adels- und Bauernstandes werden mit dem höheren oder geringeren Alter der einzelnen Familienglieder wichtige Vorzüge verknüpft, so daß es selbst bei Zwillingen nothwendig wird zu bestimmen, wer zuerst geboren worden ⁴⁾. Für das gemeine Landrecht kommt vor Allem der Einfluß des jugendlichen Alters auf die Handlungsfähigkeit in Betracht, welcher sich besonders für solche Kinder geltend macht, die sich nicht in der väterlichen Gewalt befinden, indem deswegen die Bestellung einer Vormundschaft nöthig wird.

Bei den Deutschen ward das Alter, mit welchem die vollständige Handlungsfähigkeit eintrat ⁵⁾, schon früh nach einer bestimmten Zeit festgestellt, und zwar ursprünglich mit dem vollendeten zehnten oder zwölften Jahre ⁶⁾. Doch fand man

3) L. 10. D. de statu hom. (1, 5). Quæritur hermaphroditum cui comparamus? et magis puto ejus sexus aestimandum, qui in eo praevalet. Vgl. Thibaut, System, I. §. 140. — Particularrechtliche Bestimmungen enthalten Baier. Landr. Th. 1. Cap. 3. §. 2. — Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 1. §. 19–23. — Ueber Altvile im Sächs. Landr. B. I. Art. 4. f. S. Grimm R. A. S. 409.

4) Im Zweifel muß darüber das Loos entscheiden; f. Pr. A. L. R. a. a. D. §. 14–16. — Glück, Pandecten-Commentar, II. §. 115. a. G.

5) Ueber diese Lehre findet sich eine ausführliche und genaue Untersuchung bei Kraut, die Vormundschaft, I. S. 110–65.

6) Ersteres bei den Angelsachsen (f. Hlothar's und Cadrik's Gesetze

diese Frist später zu kurz, und erweiterte sie meistens dahin, daß man sie um die halbe oder um die ganze Zahl der Jahre erhöhte, woher sich die Fristen der Unmündigkeit von 15, 18, 20 und 24 Jahren erklären. Andere Rechte und namentlich das sächsische halfen sich aber dadurch, daß sie den ursprünglichen Mündigkeitstermin bestehen ließen, dagegen noch eine zweite Periode, welche sich regelmäßig bis zum vollendeten ein- undzwanzigsten Jahre erstreckte, annahmen, während deren ein Vormund nicht nothwendig war, aber doch herbeigezogen werden konnte. Das nannte man zum Unterschied von den vogtbaren Jahren zu seinen Tagen kommen⁷⁾. Doch hörte diese Unterscheidung bald auf, indem auch nach diesen Rechten die Unmündigkeit später bis zu dem letzteren Termine ausgedehnt⁸⁾, und nur für das Lehentrecht der ältere beibehalten ward, der sich hier aber früher schon auf das Alter von 13 Jahren und 6 Wochen erweitert hatte⁹⁾.

In dieser Lage befand sich das deutsche Recht, als das römische recipirt ward; doch hatte man schon früher die Unterscheidung der Unmündigkeit und Minderjährigkeit in Deutschland nachgebildet¹⁰⁾, ohne daß bei der modernen Entwicklung der Vormundschaftslehre damit irgend eine andere nachhaltige Wirkung verbunden worden wäre, als die Hinausschiebung der Großjährigkeit bis zum vollendeten fünf- undzwanzigsten Jahre¹¹⁾. Daneben

Cap. 6. bei R. Schmidt, l. C. 8.), letzteres, wenigstens soweit die geschriebenen Rechtsquellen reichen, bei den meisten andern Volksstämmen; s. L. Sal. tit. 28, 6. — L. L. Rotharis cap. 155. u. s. w.

7) Sächs. Landr. B. l. Art. 42. — Sächs. Lehentr. Art. 26. — Homeyer in den Berliner Jahrbüchern für wissenschaftl. Kritik. 1827. S. 1316—18. — Kraut a. a. D. S. 19. ff. 144. ff.

8) Kraut a. a. D. S. 148. ff.

9) Kraut a. a. D. S. 141. ff. 149.

10) Lübb. Recht v. 1240. Art. 204. 205. — Schwäb. Landr. (Wackernagel) Art. 54.

11) Daher werden die Ausdrücke: Mündigkeit und Großjährigkeit, Unmündigkeit und Minderjährigkeit jetzt gewöhnlich als gleichbedeutend gebraucht.

erhielten sich aber die älteren Termine, namentlich für den hohen Adel regelmäßig das vollendete achtzehnte Jahr¹²⁾, nach Sachsenrecht das vollendete einundzwanzigste Jahr¹³⁾, dem sich einige neuere Gesetzgebungen angeschlossen haben¹⁴⁾, während andere selbständig verfahren, und das vollendete vierundzwanzigste Jahr als Ende der Minderjährigkeit festsetzten¹⁵⁾. Außer diesen allgemeinen Terminen, welche jedoch durch die Ertheilung der Großjährigkeit (*venia aetatis*, *Jahrgebung*) abgekürzt werden können, kommen noch für besondere Verhältnisse abweichende Fristbestimmungen vor, indem bald ein höheres bald ein niedrigeres Alter als das der Großjährigkeit verlangt wird. Ersteres pflegt der Fall zu sein, wenn es sich um die Ausübung wichtiger politischer Rechte, namentlich um die Wählbarkeit zu landständischen Versammlungen handelt; Letzteres aber hinsichtlich der vollen Zurechnungsfähigkeit wegen begangener Verbrechen¹⁶⁾, der Fähigkeit, eine Ehe einzugehen und der s. g. Eidesmündigkeit. Diese pflegt mit der Confirmation einzutreten, während sich bei den andern Verhältnissen regelmäßig der Anfangspunkt der römischen Pubertät geltend gemacht hat¹⁷⁾.

12) Für die hursfürstl. Häuser bestimmt dieß schon Aur. Bulla cap. VII. §. 4. Vgl. Zacharia, deutsches Staats- und Bundesrecht, I. S. 192. ff.

13) Haubold, Lehrbuch, §. 52.

14) Baier. Landr. Th. I. Cap. 7. §. 36. — Schleswig-Holst. B. D. v. 24. Oct. 1837. — Code civ. art. 388.

15) Pr. R. L. R. Th. II. Tit. 18. §. 696. — Oesterr. Gesetzb. §. 21. Vgl. im Allgemeinen Kraut a. a. D. S. 156. ff.

16) P. O. D. Art. 164. Es wird hier freilich nur von jungen Dieben gehandelt; man dehnt die Verfügung aber allgemein auch auf andere Verbrechen aus.

17) Das canonische Recht hat dieß namentlich für die Fähigkeit, eine Ehe einzugehen, ausdrücklich bestimmt; s. Tit. X. de despons. impub. (4, 2.). Für Deutschland paßt diese Vorschrift freilich nicht, und entspricht auch nicht unserer Volkssitte; diese macht es aber geradezu unmöglich, mit v. Savigny, System, III. S. 82. die römische Regel, daß Kinder über sieben Jahre gültig Sponsalien schließen können, als praktisches Recht anzusehen. — Nach Particularrechten kommen hier übrigens noch manche

Das Weitere über das Recht der Minderjährigen ist im Familienrecht bei der Vormundschaftslehre abzuhandeln, und nur im Allgemeinen zu bemerken, daß die Regeln des römischen Rechts über die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand auch jetzt noch die gemeinrechtlichen sind, wenn sie auch bei der heutigen Einrichtung des Vormundschaftswesens kaum gerechtfertigt erscheinen und im Rechtsleben thatsächlich von geringer Bedeutung sind. Es wird selten darauf Bezug genommen, und die Volksansicht hält die Rechtsgeschäfte durch die Bethheiligung des Vormundes und die Zustimmung der vormundschaftlichen Behörden für vollkommen gesichert. Neuere Gesetzgebungen haben daher auch das römische Princip verlassen¹⁸⁾.

Eine Beschränkung der Rechtsfähigkeit wegen hohen Alters findet nicht statt¹⁹⁾; dasselbe giebt nur einen Grund zur Entschuldigug von öffentlichen Aemtern und bei Staatsdienern einen Anspruch auf Pensionirung. Doch lassen sich darüber keine gemeinrechtlichen Regeln aufstellen. Im Bauernstande kommt aber hier noch besonders das Institut der Güterabtretung gegen einen Altentheil in Betracht.

Punkte in Betracht, z. B. der Anfang der Schulpflichtigkeit, des Militärdienstes, der Testamentsmündigkeit. Vgl. Falk, Handbuch des Schleswig-Holst. Privatrechts, IV. S. 103—8.

18) Dester. Gesetz b. §. 1450. Die bürgerlichen Gesetze, nach welchen widerrechtliche Handlungen und Geschäfte, wenn die Verjährung nicht im Wege steht, unmittelbar bestritten werden können, gestatten keine Einsetzung in den vorigen Stand. Die zum gerichtlichen Verfahren gehörigen Fälle der Einsetzung in den vorigen Stand, sind in der Gerichtsordnung bestimmt. Vgl. die vortreffliche Erörterung dieses §. bei v. Zeiller, Commentar, V. S. 185. ff. und über das preussische Recht Bornemann, Systemat. Darstellung, I. S. 93.

19) Das ältere sächsische Recht stellte diejenigen, welche das sechzigste Lebensjahr überschritten hatten (die über ihre Tage gekommen waren), denen gleich, welche noch nicht zu ihren Tagen gekommen; sie konnten sich unbeschadet ihres Rechts einen Vormund nehmen; s. oben Note 7. Das Schwäb. Landr. (Wackernagel) Art. 47. scheint diese Bestimmung ganz missverstanden zu haben; s. oben §. 58. Note 10.

III. Die Gesundheit.

Das ältere deutsche Recht legte großes Gewicht auf die volle körperliche Rüstigkeit, so daß Verfügungen auf dem Todtenbette ungültig waren²⁰⁾, und krüppelhafte Personen gar kein und solche, welche verstümmelt zur Welt gekommen, nur ein beschränktes Erbrecht hatten²¹⁾. Von diesen Ansichten hat sich im gemeinen Civilrecht nichts mehr erhalten²²⁾. Desto wichtiger ist die Lehre von den wahnsinnigen und blödsinnigen Personen, denen in Beziehung auf das Recht der Verfügung über ihr Vermögen die Verschwender gleichgestellt werden können. Ueber diese Verhältnisse ist bei der Darstellung der Lehre von der Güterpflege und der testamentarischen Erbfolge zu handeln²³⁾.

IV. Von der bürgerlichen Ehre und deren Verlust oder Verminderung.

§. 60.

E i n l e i t u n g.

Wie wünschenswerth es auch erscheinen mag, daß der Staat nicht allein das strenge Rechtsgesetz, sondern auch das

20) Sächs. Landr. B. I. Art. 52. §. 2. — Lehre von den Erbverträgen, I. S. 1. und 2. — Phillips, Grundsätze, I. S. 256. ff.

21) Sächs. Landr. B. I. Art. 4. Uppe altwile unde uppe dverge ne irstirft weder len noch erve, noch uppe kropellint. Sve denne de erven sint unde ire nesten mage, de solen se halden in irer plage. — Wirt of ein kint geboren stum oder handelös oder votelos oder blint, dat is wol erve to lantrechte unde nicht len erve. Hevet aver he len untvangan, er he wurde alsus: dat verluset he darmede nicht. — De meselfeke man ne untveit weder len noch erve. Hevet he't aver untvangan er der süke, he behalt it unde erst it als ein ander man.

22) Das zuerst genannte Princip ist noch in Statutarrechten wirksam; s. Lüb. Recht B. I. Tit. 10. Art. 3. B. III. Tit. 1. Art. 3. — Die beschränkte Erbfähigkeit namentlich der Blinden ist bei der Lehens- und Staatsuccession zu erörtern; s. Labor in der Zeitschrift für deutsches Recht, IX. S. 258. ff.

23) Vgl. im Allgemeinen Pr. V. L. R. Th. I. Tit. 1. §. 27—31.

Sittengesetz verwirkliche, so kann dies doch nur mittelbar und annäherungsweise geschehen. Die sittliche Würde des einzelnen Menschen namentlich und die Achtung, welche ihm seine Mitbürger zollen, liegen außer dem Bereiche der Staatsgewalt; sie kann jene nicht in Anschlag bringen, wenn es sich um äußere Verhältnisse und deren rechtliche Normirung handelt, und vermag auch die öffentliche Meinung nicht nach ihrem Ermessen zu bestimmen. So lange daher jemand in seinen äußeren Handlungen keinem Strafgesetze entgegentritt, wird er über die Motive, welche ihn geleitet haben, keine Rechenschaft zu geben brauchen, und selbst das formelle Unrecht wird durch die erlittene Strafe gesühnt. Die Rechtsfähigkeit ist bedingt durch die allgemeinen gesetzlichen Erfordernisse, aber nicht durch den persönlichen Werth des Einzelnen.

Doch haben diese Gegensätze keine ganz ausschließliche Geltung. Wer durch schlechte Handlungen und eine verächtliche Lebensweise die Achtung seiner Mitbürger verscherzt hat, der wird auch in seinen socialen Verhältnissen die nachtheiligen Folgen davon verspüren, und in allen Beziehungen, wo es sich nicht bloß um das Mein und Dein des strengen Privatrechts handelt, eine ihm feindliche Macht wirksam finden, welche ihm freilich nicht formell die Rechtsfähigkeit zu entziehen oder auch nur zu mindern vermag, aber es doch dahin bringt, daß sie sich nur in beschränkter Weise und da, wo ein gewisses Vertrauen zur Anknüpfung rechtlicher Verhältnisse nothwendig ist, vielleicht gar nicht geltend machen kann. Es ist die Autonomie der öffentlichen Meinung, welche den Einzelnen seinen Abfall vom sittlich nationalen Rechtsgefühl empfinden läßt. Die Staatsgewalt darf sich nun freilich einer solchen gemüthlichen Regung nicht hingeben; ja sie muß sogar, wenn dieselbe das ihr gebührende Maaß überschreitet, und formell die Rechtssphäre des Bescholtenen verletzt, dessen Schutz und Sicherung übernehmen. Aber sie darf sich doch auch gegen diese Volksmeinung nicht gleichgültig verhalten; sie ist vielmehr verpflichtet, dasjenige,

was darin instinctiv wirksam ist, vom Standpunkte des Gesetzgebers zu prüfen, und insofern es Anerkennung verdient, zum festen, begriffsmäßig bestimmten Rechtsprincip zu erheben, um dasselbe in seiner allgemeinen Geltung und namentlich in Beziehung auf die öffentlichen Verhältnisse zur Vollziehung zu bringen. Das Gesetz muß auch in diesem Fall der Ausdruck des geläuterten Volkswillens sein. Das ist aber nicht bloß so gemeint, daß von Staatswegen in allen Fällen, wo es auf die persönliche Werthschätzung des Einzelnen besonders ankommt, diese nicht außer Acht gelassen werden darf. Bei der Prüfung der Glaubwürdigkeit eines Zeugen oder bei der Uebertragung eines öffentlichen Amtes, zu welchem ein besonderes Vertrauen erforderlich ist, wird sich regelmäßig derselbe Einfluß, der die öffentliche Meinung überhaupt bestimmte, auch auf die Entschließung derjenigen, welche hier gerade zu entscheiden haben, von selbst geltend machen. Man darf vielmehr noch weiter gehen, und falls sich nicht im Volksrecht schon feste Rechtsregeln gebildet haben, der Gesetzgebung die Aufgabe vindiciren, sowohl die Fälle, in denen die öffentliche Verachtung eine rechtliche Wirkung haben soll, welche über die bloß socialen Beziehungen hinaus reicht, nach festen Kategorien zu bestimmen, als auch diese Wirkungen selbst genau anzugeben.

Eine solche Gesetzgebung ist in Deutschland durchaus nothwendig; denn das geltende Recht ist ohne festes Princip und lückenhaft, weil das historische Material keine selbständige nationale Durchbildung im modernen Rechtsleben gefunden hat. Die Aufgabe ist freilich schwierig, und auch von den einzelnen Particulargesetzen bis jetzt nur unvollständig gelöst: es bedarf dazu neben der treuen Auffassung volksthümlicher Rechtsanschauung der bewußten Einsicht in die Anforderungen der Zeit, damit nicht das Vorurtheil statt der geläuterten Volkssitte vom Gesetzgeber zum Rechtsinstitut erhoben werde. Da aber dieser Gegenstand bisher weder im Volksrecht noch in der Gesetzgebung seine principienmäßige Ausbildung erhalten hat, so darf

es auch der praktischen Rechtswissenschaft, welche nur den vorhandenen Rechtszustand darzustellen hat, nicht zugemuthet werden, dessen Lücken auszufüllen und dessen Mängel zu verbessern. Sie muß sich damit begnügen, die Verirrung früherer Zeiten offen darzulegen und das, was daraus hervorgegangen, unbesorgen zu schildern ¹⁾. Denn eine wissenschaftliche Darstellung dieser Lehre läßt sich nicht geben, ohne das Recht der früheren Zeit und die verschiedenen Momente, welche es verändert haben, geschichtlich zu würdigen. Selbst die allgemeinen Begriffsbestimmungen von Ehre und Ehrlosigkeit bleiben schwankend und unklar, wenn nicht vorher gezeigt worden ist, mit welchen älteren Einrichtungen sie in Verbindung stehen und wie sie wieder davon verschieden sind.

§. 61.

Das ältere deutsche Recht.

Im älteren deutschen Recht finden sich mehrere Institute, welche darthun, wie Verbrechen, verächtliche Lebensweise, ja selbst äußere unverschuldete Umstände die Rechtsfähigkeit aufheben oder vermindern konnten. Sie weichen aber ihrem Princip nach unter einander ab, und haben auch in den verschiedenen Zeiten nicht immer dieselbe Wirkung gehabt.

1) Die wichtigsten Monographien über diese Lehre sind: Ch. G. Hübner, über Ehre, Ehrlosigkeit, Ehrenstrafen und Injurien. Leipzig 1800. — Th. Marezoll, über die bürgerliche Ehre, ihre gänzliche Entziehung und theilweise Schmälerung. Gießen 1824. — J. F. Budde, über Rechtlosigkeit, Ehrlosigkeit und Echtlosigkeit. Bonn 1842. — J. Hillebrand, über die gänzliche und theilweise Entziehung der bürgerlichen Ehre nach den deutschen Rechtsbüchern des Mittelalters. Gießen 1844. — Außerdem finden sich selbständige Darstellungen bei Eichhorn, Einleitung, §. 83—90. — Mittermaier, Grundsätze, I. §. 100—104. — Phillips, Grundsätze, I. §. 35—39. — Maurenbrecher, Lehrbuch, I. §. 146—52. — Reyscher, würtemb. Privatrecht, I. §. 179—85. — Sehr zahlreiche Quellenzugnisse sind abgedruckt bei Ortkloff, Grundzüge, S. 166—67. 197—207. — Kraut, Grundriß, §. 71—76.

I. Die Friedlosigkeit.

In den germanischen Rechtsquellen kommen zwei Begriffe vor, welche unter einander nahe verwandt, ja beinahe gleichbedeutend, doch wieder ihren besondern Sinn haben: Frieden und Recht. Unter dem Ersteren wird der Zustand der Ordnung und Sicherheit verstanden, der die Gesamtheit umfaßt, und dadurch auch dem Einzelnen zu Theil wird; das Recht, im subjectiven Sinn genommen, bezieht sich zunächst auf den Einzelnen, aber in seiner Stellung zur Gesamtheit, so daß die isolirte Befugniß in dieser Bedeutung nicht darunter befaßt wird¹⁾. Wer nun außer dem Frieden gesetzt ward, der verlor sein Recht, und zwar im weitesten Sinn, seine Rechtsfähigkeit, — er ward schutzlos, vogelfrei. Diese Friedlosigkeit, auch Echllosigkeit (von *ewa*, Ehe, Gesetz) genannt, trat nur ein als Folge der Reichs-Oberacht und wegen Verbrechen, die einen besonders qualificirten Friedensbruch enthielten²⁾.

II. Die Rechtlosigkeit.

Es konnte darunter auch die Friedlosigkeit verstanden werden; doch ist dieß nicht der technische Begriff, wie er namentlich im Sachsenspiegel ausgebildet worden³⁾. Vielmehr ist unter Rechtlosigkeit der Mangel oder Verlust gewisser politischer Rechte zu verstehen, namentlich insofern sie sich auf das Gerichtswesen beziehen. Der Rechtlose kann also nicht Richter, Schöffe, Fürsprech oder Zeuge sein und keinen gerichtlichen Eid schwören⁴⁾; aber er kann auch nicht Vormund sein und keinen

1) *Wilda*, das Strafrecht der Germanen, S. 225. ff. 262. 268—69.

2) *Wilda* a. a. D. S. 284—304. — *Budde*, über Rechtlosigkeit, S. 106—15.

3) Ueber Sächf. Landr. B. I. Art. 38. §. 2. s. *Budde* a. a. D. S. 76. ff. Andere Rechtsquellen und selbst die Reichsgesetze sind nicht so präcis im Ausdruck.

4) *Capit. ai.* 809. cap. 1. (*Pertz*, L. L. I. p. 155.) — Sächf. Landr. B. I. Art. 39. 61. §. 4. B. II. Art. 12. §. 3. 4. B. III. Art. 65. §. 1. Art. 70. §. 1. — *Budde* sucht freilich a. a. D. S. 66—73. darzutun, daß der Verlust des Reinigungseides nicht als Folge der

Vormund haben⁵⁾, er ist nicht lehnfähig⁶⁾, und auch Buße und Wehrgeld fehlen ihm ganz oder doch größtentheils⁷⁾. Es sind also die politischen Freiheitsrechte, welche dem Rechtlosen entzogen sind; nur insoweit auch Unfreie nach ihrem Hofrechte ähnliche Befugnisse haben konnten, ließ sich der Begriff der Rechtlosigkeit auch auf sie anwenden⁸⁾. Als Verlust der Standesrechte ist dieselbe aber nicht aufzufassen⁹⁾, wie denn überhaupt der Sachsenspiegel die gemeine Freiheit der Schöffenbaren im Wesentlichen noch als den Kern des Landrechts behandelt.

Die Entstehungsgründe der Rechtlosigkeit sind aber sehr verschieden: sie wird namentlich hervorgerufen durch uneheliche Geburt, durch verächtliche Handthierung und vagabundirende Lebensweise, durch schimpfliche Verbrechen, wie Diebstahl und Raub, und durch gewisse Strafen, besonders Leibesstrafen, auch wenn sie abgelöst worden sind¹⁰⁾.

III. Die Ehrlosigkeit.

Der Begriff der Ehre hängt nach den Rechtsbüchern des Mittelalters genau mit dem der Treue zusammen, so daß beide auch für gleichbedeutend genommen werden: Gelübde bei Ehren und bei Treuen, ehrlos und treulos sind synonyme Ausdrücke¹¹⁾. Die Ehrlosigkeit ist die Folge eines Bruchs der

Rechtlosigkeit anzusehen sei; aber er verwechselt hier das germanische Recht des Eides und namentlich der Eideshülfe mit modernen Einrichtungen.

5) Sächf. Landr. B. I. Art. 63. §. 1. B. III. Art. 16. §. 2. — Verm. Sachsenp. B. I. Cap. 49, 4. Vgl. Wilda a. a. D. S. 226. „Die Rechtsfähigkeit des Wehrlosen war nicht durch den Familienschutz bedingt, sondern schon durch die Stammesgenossenschaft; die Opfer- und Friedensgemeinschaft begründete, gegeben.“

6) Sächf. Lehent. Art. 2. §. 1.

7) Sächf. Landr. B. III. Art. 45. §. 9–11.

8) Sächf. Landr. B. II. Art. 18. §. 2. — Landfr. Kaiser Friedrich II. v. 1235. cap. 11. bei Pertz, L. L. II. p. 316.

9) Dieß ist die Ansicht von Budde a. a. D. S. 1–91.; s. dagegen Hillebrand in der angeführten Schrift und Gerber in Schneider's kritischen Jahrbüchern 1845. Heft 8. S. 699. ff.

10) Sächf. Landr. B. I. Art. 38. §. 1.; vgl. Art. 50. §. 2.

11) Glosse zum Sächf. Landr. B. III. Art. 78. §. 1. Nu set he

Treue, welche durch ein besonderes Gelübde oder durch ein nahes, auf Vertrauen gebautes Verhältniß übernommen wird¹²⁾. Dieß Princip wird in schöner Consequenz durchgeführt in Beziehung auf Lehenspersonen, Gastfreunde und Verwandte¹³⁾, aber es trifft auch den treulosen Vormund und Salmann¹⁴⁾. — Doch kommt der Begriff der Ehre nicht ausschließlich in dieser technischen Bedeutung vor; es wird auch im Allgemeinen die persönliche Würde und der gute Ruf, namentlich der Weiber, darunter verstanden, nur daß der Verlust derselben nicht als Ehrlosigkeit bezeichnet wird¹⁵⁾; — und von denen, welche wegen eines Verbrechens oder einer Strafe ihr Recht verlieren, heißt es, daß sie rechtlos und ehrlos werden¹⁶⁾. Endlich wird die Ehre noch in einer bestimmten Beziehung auf die besonderen Standesrechte genommen; jedoch liegt hierin nicht die ursprüngliche technische Bedeutung des Wortes¹⁷⁾.

van der werden ere —, wente alle ere van truwe kumpt. — Magdeb. Weichbild bei Mühler §. 61. — bewisen mit bederven luten, — die ire truwe und ere wol behalven haben. — Urf. v. 1336. bei Guden. cod. dipl. III. 291. Were aver dat Sache, dat wir enyiche weiß hierwyder deden, so solin wir truwelos, erlos und meyneydig sin.

12) Albrecht, commentatio juris germ. ant. doctrinam de probationibus adumbrans, I. p. 68—71. — Meine Lehre von den Erbvertr. II. I. S. 43—44. — Budde a. a. O. S. 97. ff.

13) Sächf. Landr. B. I. Art. 40. B. III. Art. 78. Art. 84. §. 2. — Schwäb. Landr. (Läßberg) Art. 278.

14) Schwäb. Landr. (Wackernagel) Art. 55. §. 22. — Urf. v. 857. bei Schannal. tradit. Fuld. I. nu. 486. Vgl. Lehre von den Erbvv. I. S. 282.

15) Sächf. Landr. B. I. Art. 5. §. 2. — Hamb. Statut v. 1497. Weret dat eyne lychterdyghe beruchtede frowesname bynnen desser stad eyner erlyken jungfrowen, wedewen edder echten frowen myt untuchtghen spreke jeghen ere eere unde gude gheruchte u. f. w.

16) Sächf. Landr. B. II. Art. 13. §. 1. — Im Landfr. Kaiser Friedrich II. v. 1235 scheint unter diesem Ausdruck die Friedlosigkeit verstanden zu sein, wie denn auch die späteren deutschen Texte statt erenlos: elos oder eilos haben. Vgl. Schwäb. Landr. (Wackernagel) Art. 39. §. 31.

17) Dieser Gebrauch des Wortes findet sich zuerst im Kl. Kaiser:

Aus dem Angeführten ergibt sich, daß die Ehre nicht immer in demselben Sinn genommen wird, und daß es sich nicht rechtfertigen läßt, wenn man sie bloß auf die Standesrechte und die Ehrlosigkeit bloß auf deren Verlust bezieht¹⁸⁾. Aber auch für ganz unjuristisch sind diese Begriffe nicht zu halten¹⁹⁾; die Ehrlosigkeit wegen Treubruch namentlich mußte durch richterliches Urtheil erkannt werden²⁰⁾, und selbst dann, wenn ein feierliches Gelübde gebrochen war, bedurfte es dessen noch, da in gewissen Fällen die That entschuldigt ward²¹⁾. Damit ist aber freilich noch nicht gesagt, welche rechtliche Folgen mit einem solchen Erkenntniß verbunden waren. Daß es sehr nachtheilige waren, und daß die Ehrlosigkeit in diesem Sinne als schwere Strafe galt, ist unzweifelhaft und geht schon daraus hervor, daß Urtheile, welche die Ehre nahmen, mit denen, welche auf Verlust von Leben und Erbgut gingen, gleichgestellt wurden und nur von streng ebenbürtigen Schöffen gefunden werden konnten²²⁾. Mit näheren Angaben aber sind die Rechts-

recht (B. III. Cap. 5. 7. B. IV. Cap. 1.), welches aber überhaupt und namentlich hinsichtlich der Terminologie mit Vorsicht benutzt werden muß. Es kommt aber das Wort auch hier noch in andern Bedeutungen vor, wie folgende Stellen beweisen: B. I. Cap. 19. 41. B. II. Cap. 48. 79. 81. Die Citate sind nach Endemanns Ausgabe.

18) Das ist die gewöhnliche Ansicht; s. Eichhorn, Einleitung, §. 83. Staats- und Rechtsgesch., III. §. 349. Note m. n. o. — Marezzoll, von der Ehre, S. 299. ff. — Phillips, Grundsätze, I. §. 35. Dagegen hat sich mit Recht ausgesprochen Mittermaier, Grundsätze, I. §. 100. Note 10.

19) Wie Budde a. a. O. S. 102—5. annimmt.

20) Sächf. Landr. B. I. Art. 40. Ewe so trawelos beredet wert, oder hereslüchtig ut des rikes denste, den verdelst man sin ere und sin lenrecht. — Schwäb. Landr. (Laßberg) Art. 278. — Nichtsteig Landr. (Senkenberg) I. 34. — Ebenso wirkte ja auch die Felonie im Lehenrecht nicht ipso jure.

21) Sächf. Landr. B. III. Art. 41. Wenn daher gesagt wird, jemand dürfe ehrlos gescholten werden, so setzt dieß doch die Verurtheilung voraus, wie auch nach der R. P. D. Tit. I. §. 7. hinsichtlich der Gotteslästerer anzunehmen ist.

22) Sächf. Landr. B. II. Art. 12. B. III. Art. 19. — Landstr. Befeler, System I. 21

quellen sehr sparsam: nach dem Sachsenspiegel verliert der als treulos beredete Mann außer der Ehre auch sein Lehenrecht²³⁾, und der, welcher zur Strafe rechtlos geworden, so wie der Bescholtene, Verleumdete werden härter bestraft, als in demselben Fall der Unbescholtene²⁴⁾. Eine spätere Rechtsquelle läßt dagegen den Reichsdienstmann, der seine Ehre verloren, seines Standes und seiner Dienstgüter beraubt werden, und dehnt dieß auch auf seine Kinder aus²⁵⁾. Aber damit kann, namentlich für die ältere Zeit der gemeinen Freiheit, die Wirkung der Ehrlosigkeit nicht vollendet gewesen sein.

Um hierüber zu einer bestimmten Ansicht zu gelangen, muß man sich in die Anschauungsweise des Mittelalters zurück versetzen, was namentlich dadurch möglich wird, daß man auf die noch vorhandenen Spuren derselben achtet. Diese zeigen sich nun besonders noch in dem Versprechen auf Ehrenwort und in den Folgen, welche die öffentliche Meinung dem Bruch desselben beilegt, vornehmlich in gewissen ständisch abgeschlossenen Kreisen: bei Adelligen, Officieren, Studenten. Ähnlich, nur in bestimmter juristischer Weise muß die Ehrlosigkeit im Mittelalter gewirkt haben, indem sie den Treulosen unfähig machte zum Verkehr mit seines Gleichen und zu genossenschaftlichen Beziehungen²⁶⁾, so wie gleich dem Rechtlosen, zu solchen Handlungen und Geschäften, welche die volle Integrität der äußern Stellung voraussetzten. Daher ist dem Ehrlosen der Reinigungsseid ge-

Friedrich II. v. 1235. Cap. 11. — Schwäb. Landr. (Wackernagel) Art. 54. (Läßberg) Art. 278.

23) S. oben Note 20.

24) Sächf. Landr. B. II. Art. 26. §. 2. — Schwäb. Landr. (Wackernagel) Art. 187.

25) Kl. Kaiserr. (Endemann) B. III. Cap. 7.; vgl. B. IV. Cap. 1.

26) Vgl. über Ehrenstrafen und Ehrenfolgen der Verbrechen und Strafen (Mosk 1845.) S. 92. ff. — Mittermaier, Grundsätze, I. §. 100. Note 5.

nommen²⁷⁾. Im Einzelnen mußte dieß aber in den verschiedenen Zeiten nach deren Einrichtungen und Anschauungen eine verschiedene Gestalt annehmen. So lange noch die gemeine Freiheit das herrschende Princip war, zeigte sich Ehrlosigkeit in den allgemeinen Beziehungen freier Männer wirksam, indem der Ehrlose bei ihren Versammlungen und Vereinen nicht geduldet ward, mochte er nun im Heere, auf dem Gaubing, im Fürstenrath oder sonst wo erscheinen und sich unter seinen Genossen als Gleichen zeigen wollen²⁸⁾. Als sich nun im spätesten Mittelalter die ständischen Unterschiede schroff ausbildeten und die gemeine Freiheit darin aufging, so mußte sich auch die Ehre mit diesen engeren Kreisen identificiren, und der Verlust derselben vor Allem auf die ständischen Verhältnisse einwirken. Da konnte es aber leicht geschehen, daß man den Begriff der alten Rechtslosigkeit, der nun seine ursprüngliche Bedeutung verloren hatte, in den der Ehrlosigkeit mit aufnahm, und durch diese alle Standesrechte zerstören ließ, und nicht bloß diejenigen, welche auf dem genossenschaftlichen Verkehr beruhten.

Auf dem Boden der alten Rechtsanschauung steht nun noch der Sachsenspiegel, in welchem der Begriff des gemeinen Rechts und der Rechtslosigkeit überwiegt, so daß die Ehrlosigkeit, ohne unmittelbaren materiellen Nachtheil wirkend²⁹⁾, außer dem Fall des Treubruchs, zu jener nur verstärkend hinzukam, wenn sie wegen Verbrechen oder Strafen eintrat. Den Uebergang bildet der Schwabenspiegel³⁰⁾; im kleinen Kaiserrecht ist schon die

27) Raumburger Statut v. 1337. (bei Mühler S. 66.) §. 14. Schwelch man sine truwe und sine ere hat gehalten, den man sal nimant uberzugen wes man in beschuldiget, sundern he sal mit sine rechte davor sie.

28) Tacitus, Germania cap. 6. — — nec sacris adesse aut concilium inire ignominioso fas.

29) Im Sächf. Landr. B. I. Art. 40. heißt es nicht, daß der Treulose das Lehenrecht in Folge der Ehrlosigkeit verliert, sondern daß ihm Ehre und Lehenrecht vertheilt werden.

30) S. besonders die oben Note 21. cit. Stellen.

spätere Rechtsansicht die herrschende geworden³¹⁾. Daneben ging aber auch später noch jene allgemeine Bedeutung von Ehre her, welche sich auf den guten Ruf und deren Verlust bezog, und während sich seit dem 13. Jahrhundert über die Bedeutung der Rechtlosigkeit nothwendig unklare Vorstellungen bilden mußten, welche am Ende dahin führten, daß man uneheliche Kinder und gewisse schimpfliche Gewerbe für anrücklich oder unehelich hielt³²⁾, — ward auch bei dem mehrfachen Sinn des Wortes Ehre für die Ehrlosigkeit die Ausbildung eines festen technischen Begriffs erschwert. Darauf wirkte denn noch besonders ein, daß jemehr das Urtheil über die Ehre als Standesache erschien, auch die abweichenden Ansichten der verschiedenen Stände sich darauf geltend machten, und in den einzelnen Corporationen praktisch durchgeführt wurden. Als nun aber diese ständische Gliederung im modernen Staat ihre frühere Bedeutung verlor, und sich mehr und mehr in das Staatsbürgerthum auflöste, zugleich aber mit der Reception des römischen Rechts der Begriff der Infamie auf die deutschen Verhältnisse übertragen wurde, mußte es geschehen, daß die ältere Lehre, an sich schon schwankend, von Grund aus erschüttert ward, und daß das Bedürfniß ihrer Reform sich immermehr hervordrängte.

§. 62.

Das geltende Recht.

Als das römische Recht in Deutschland aufgenommen ward, hielt man es für unbedenklich, auch die in demselben vorkommenden Vorschriften über die Infamie zur Anwendung

31) S. oben Note 25.

32) Glosse zum Sächf. Landr. B. I. Art. 38. Sic vore spricht he van den, de rechtelos dat is anrechtich syn. — Pölmansche Distinctionen, IV. 14. dist. 14. 15. (Kraut, Grundriß, §. 71. Nr. 25.). — Schöffenuurtheil hinter Zobel's Sachsensp., I. 16, 3. und dazu Budde a. a. D. Anhang S. 133 ff.

zu bringen. Hatte doch auch das canonische Recht sich bestimmt in diesem Sinne ausgesprochen¹⁾, und die Erwägung, daß es sich hier um Verhältnisse handle, welche mit der Nationalität so eng zusammen hängen und nach dem fremden Recht nicht wohl beurtheilt werden dürften, konnte einer Jurisprudenz sich nicht aufdrängen, welche eben dieses fremde Recht für das absolut geltende hielt. Selbst bei der Ausarbeitung der Reichs- und Particulargesetze ging man von der Ueberzeugung aus, daß es auch für diese Lehre recipirt sei²⁾. Im Einzelnen unterschied man denn noch eine *infamia juris*, die aus den Handlungen, welche das Gesetz selbst als *infamirend* bezeichnet, hervorgehe, und eine *infamia facti*, welche der Richter nach seinem Ermessen als vorhanden annehmen dürfe; ferner eine *infamia mediata*, welche durch richterliches Urtheil festgestellt werde, und eine *infamia immediata*, die sofort als Folge der That eintreten solle³⁾. Dabei unterließ man es freilich, sich über die Wirkungen, welche die Infamie nach dem römisch-justinianeischen Recht hervorrufen soll, die gehörige Rechenschaft abzulegen, und übersah es, daß dieselben im Wesentlichen mit den von selbst eintretenden Folgen der Verächtlichkeit (*turpitude*) zusammen fallen⁴⁾.

Neben dieser römischen Infamie zeigten sich aber auch die Institute des älteren deutschen Rechts noch wirksam, indem sich theils die alte Rechtslosigkeit noch in der Anrichtigkeit gewisser Personen erkennen ließ, theils die Standesverhältnisse auf die Begriffe der Ehre und der Ehrlosigkeit von Einfluß blieben,

1) Can. 2. C. VI. qu. 1. Omnes vero infames esse dicimus, quos leges saeculi infames appellant. Vgl. Martzoll über bürgerliche Ehre, S. 318—19.

2) Notariats-Ordnung v. 1512. Einleitung §. 2. — — chroß, infames genannt. — Württemb. Landr. Th. III. Tit. 10. Vgl. v. Wächter, Handbuch des württemb. Privatrechts, I. S. 904. Note 10.

3) Vgl. Thibaut, System, I. §. 152. 153.

4) v. Savigny, System, II. S. 224—30. — Buchta, Pandecten, §. 120.

und die Reichsgesetze dieselben überhaupt mit einer gewissen Selbständigkeit behandelten. Auch mußte die Idee des modernen Staatsbürgerthums, mit seiner allgemeinen politischen Berechtigung der alten gemeinen Freiheit vergleichbar, und die damit in naher Verbindung stehende Auffassung des Gemeindegewesens von bestimmendem Einfluß auf die Lehre sein, während das Staatsamt als eine besondere Ehre von der Wirkung der Ehrlosigkeit nicht unberührt bleiben konnte. — Aber wie sollte nun die neuere germanistische Jurisprudenz, der diese Lehre zur Bearbeitung zufiel, aus einem solchen Chaos principienmäßig durchgebildete Institute schaffen, zumal da auch im Volksleben selbst diese Seite des öffentlichen Rechts ihre consequente Entwicklung nicht gefunden hat? Die Meinungen der Juristen theilen sich nun über das hier geltende gemeine Recht in vier verschiedene Theorien.

I. Die streng romanistische Lehre, welche das römische Recht noch im Allgemeinen für das geltende ansieht, und nur deutschrechtliche Modificationen desselben annimmt⁵⁾. Diese Auffassung kann als wissenschaftlich überwunden angesehen werden.

II. Eine andere Ansicht unterscheidet nach den verschiedenen Fällen, ob die deutsche Ehrlosigkeit oder die römische Infamie, welche noch als selbständige Institute neben einander bestehen, eintreten soll⁶⁾. Auch diese Theorie, die übrigens sehr isolirt geblieben, ist unhaltbar; denn es läßt sich theils nicht behaupten, daß beide Institute unvermischt neben einander zur Anwendung kommen, theils aber fehlt es an bestimmten Merk-

5) Glück, Pandecten-Commentar, V. S. 129. ff. — Marczoll a. a. D. S. 321. 26. Wenn hier S. 324. besonders darauf Gewicht gelegt wird, daß bei der Frage, ob und inwieweit das römische Recht recipirt worden sey, nur die Zeit der ersten Reception entscheide, so ist diese Ansicht für falsch zu erklären. Die ursprüngliche Reception war ein Ausfluß des Gewohnheitsrechts, welches auch später noch wirksam sein und den zuerst begründeten Rechtszustand wieder modificiren kann.

6) Eichhorn, Einleitung, §. 84.

malen, nach denen sich angeben ließe, wann das Eine und wann das Andere normirend sei.

III. Einige wollen dem römischen Recht gar keinen Einfluß auf diese Lehre einräumen⁷⁾. Aber dem widerspricht die Rechtsgeschichte, wie es denn überhaupt im hohen Grade auffallend sein würde, wenn eine Meinung der Juristen, welche man seit Jahrhunderten praktisch zu machen gesucht hat, ganz ohne Wirkung auf den Rechtszustand geblieben wäre. Freilich sind zum großen Theil Mißverständnisse der Grund dieser Einwirkung gewesen; aber es hat sich überhaupt bei einem großen Theil praktisch gewordener römischer Rechtsinstitute so verhalten. In einer Beziehung aber war der Einfluß der römischen Lehre von der Infamie auf das geltende Recht wirklich tiefer begründet, insofern es nämlich die Anerkennung der gemeinen Bürgerehre im Gegensatze zur Standesehre befördern half.

IV. Endlich die vierte Theorie besteht im Wesentlichen darin, daß die Grundlage der Lehre im deutschen Recht zu suchen sei, daß aber auf die moderne Ausbildung derselben das römische Recht einen unmittelbaren Einfluß ausgeübt habe. Diese besonders von Mittermaier begründete Ansicht ist die richtige⁸⁾, und läßt sich in folgender Weise näher ausführen.

a. Die alte Friedlosigkeit ist ganz verschwunden; auch die Rechtlosigkeit besteht nur noch in einzelnen Wirkungen, welche theils mit der Ehrlosigkeit verschmolzen, theils aber auch zur Anrüchtheit oder Unehrllichkeit ausgebildet sind. Letztere gilt gemeinrechtlich noch für uneheliche Kinder und Abbecker, und zwar mit der Wirkung, daß sie von gewissen Corporationen, namentlich den Handwerkerzünften aus-

7) v. Savigny, System, II. S. 229 - 30. — Budde a. a. D. S. 126.

8) Mittermaier, in Hudtwalker's criminalistischen Beiträgen, I. S. 475. ff. und Grundsätze des deutschen Privatrechts, I. §. 101. Diese Ansicht hat auch die weiteste Verbreitung gefunden; s. a. a. D. Note 10.

schließt⁹⁾. Doch kann dieser Makel durch die Ehrlichmachung (*legitimatio minus plena*) getilgt werden, und tritt immermehr vor der freieren Volksansicht und den veränderten Gewerbeverhältnissen zurück.

b. Die Verächtlichkeit (*turpitudō*) wird durch die Begehung schimpflicher Verbrechen, welche nicht gerade Ehrlosigkeit zur Folge haben, und durch ein lieberliches, besonders vagabundirendes Leben hervorgerufen, und zeigt sich wirksam, wenn es in rechtlichen Verhältnissen auf die freie Würdigung der Persönlichkeit ankommt, namentlich also bei der Glaubwürdigkeit des Zeugnisses, der Aufnahme in das Bürgerrecht¹⁰⁾, der Ertheilung von Aemtern u. s. w. Auch wird durch die Verächtlichkeit der Testamentsserben die *querela inofficiosi testamenti* der Geschwister begründet.

c. Die Ehrlosigkeit im technischen Sinne ist der Verlust der bürgerlichen Ehre, d. h. der vom Gesetz gewährten bürgerlichen Ehrenrechte und Ehrenvorzüge¹¹⁾. Die bürgerliche Ehre ist also nicht identisch mit der moralischen Ehre oder dem guten Ruf, aber sie hängt insofern mit derselben zusammen, als zwischen beiden eine gewisse Wechselwirkung besteht¹²⁾. Die Ehrlosigkeit ist jedoch ein positives Rechtsinstitut, welches nicht im einzelnen Fall nach den Umständen anzunehmen und in seinen Folgen zu bestimmen ist, wie die Verächtlichkeit, sondern seiner Entstehung und seinen Wirkun-

9) R. P. D. v. 1577. Tit. 38. §. 1. — Reichsschlusß v. 1731. §. 4. 11. — Kaiserl. Patent v. 23. Apr. 1772. §. 5.

10) Pr. Städteordnung v. 19. Febr. 1808. §. 17. Das Bürgerrecht darf niemanden verweigert werden, welcher in der Stadt, worin er solches zu erlangen wünscht, sich häuslich niedergelassen hat, und von unbescholtenem Wandel ist.

11) S. Meyser, württemb. Privatr., I. §. 181. Note 1.

12) S. oben §. 60. — Hübner, über Ehre, S. 24. ff. — Falck, Handbuch des Schleswig-Holst. Privatrechts, IV. S. 264. ff. — Hübner vergleicht das Verhältniß beider Begriffe geistreich mit dem der *agnatio* und *cognatio* des römischen Rechts.

gen nach fest geordnet ist. Nach heutigem gemeinen Recht tritt sie nur ein in Folge eines richterlichen Strafserkenntnisses: darauf weist schon das ältere deutsche Recht hin¹³⁾, dem sich auch die Reichsgesetzgebung angeschlossen zu haben scheint¹⁴⁾. Es wird dieß aber auch von dem Grundprincip des modernen Strafrechts gefordert, daß eine peinliche Strafe nur durch ein richterliches Urtheil auferlegt werden kann¹⁵⁾. In dieser Beziehung ist daher die römische Lehre von der Infamie ohne Wirkung geblieben; dagegen ist von der alten Rechtslosigkeit auf die heutige Ehrlosigkeit die Regel übertragen, daß sie in Folge einer erlittenen Strafe eintreten kann. Es läßt sich indessen gemeinrechtlich nicht bestimmen, mit welchen Strafen diese Wirkung verbunden ist; in den Particularrechten pflegen die schimpflichen, vom Henker vollzogenen Strafen, wie der Pranger und die Landesverweisung dahin gerechnet zu werden¹⁶⁾. Auch findet sich in Particularrechten die Bestimmung, daß eine Schmälerung der Ehrenrechte, welche nur in der Ausstößung aus Corporationen besteht, ohne richterliches Urtheil durch die Genossen geschehen kann¹⁷⁾.

13) S. oben §. 61. Note 20.

14) P. O. D. Art. 104. An andern Stellen scheint die P. O. D. freilich die römische infamia immediata anerkannt zu haben; s. z. B. Art. 122.

15) Heffter, Lehrbuch des gemeinen deutschen Criminalrechts, §. 145. 175. — Hübner, über Ehre, S. 92—94. — Mittermaier, Grundsätze, I. §. 102. — Es ist daher nicht consequent, wenn Letzterer annimmt, daß auch jetzt noch ein Verbrechen, welches mit Ehrlosigkeit bedroht ist, ohne das Strafserkenntniß diese Wirkung hat. Doch gehört das Nähere hierüber in das Strafrecht.

16) Mittermaier a. a. D. Note 13—15.

17) Pr. Städteordnung v. 19. Febr. 1808. §. 39. Wer für ehrlos erklärt, des Landes verwiesen oder nach ergriffener Flucht des Todes schuldig erkannt worden, verliert sein Bürgerrecht sofort. Dasselbe trifft jeden, der eines Meineides, Urkundenfälschung, unredlicher Vormundschafts-Verwaltung und sonst eines qualificirten Betrugs vom Richter überführt worden ist. Andere Verbrechen haben den Verlust desselben nur alsdann zur nothwendigen Folge, wenn darauf nach Vorschrift der Criminalgesetze ausdrücklich erkannt, oder der Verbrecher zum drittenmal mit einer Criminal-

1. Die Ehrlosigkeit tritt nur ein als Strafe, also in Folge eines bestimmten Gesetzes, welches sie vorschreibt. Nach gemeinem Recht ist dieß geschehen wegen des Verbrechens des Meineides¹⁸⁾, der Verhöhnung von Frau und Kindern¹⁹⁾ und in einigen andern Fällen²⁰⁾.

2. Nicht jede Schmälerung der bürgerlichen Ehre ist schon Ehrlosigkeit; es können auf bestimmte Handlungen auch in dieser Hinsicht bestimmte abgemessene nachtheilige Folgen gesetzt sein. So hat die Reichsgesetzgebung z. B. betrügerische Bankerutierer nicht mit der Ehrlosigkeit bedroht, sondern sie nur für unfähig zu Aemtern und Würden erklärt²¹⁾, und in neueren Verfassungen wird die Befähigung zur Landstandschaft in besonderen Fällen entzogen²²⁾. Particularrechtlich hat man überhaupt die

strafe für vergangene Verbrechen belegt worden ist. Doch kann jeder, der sich durch niederträchtige Handlungen verdächtig gemacht oder wegen eines Verbrechens Criminalstrafe erlitten hat, durch einen Schluß der Stadtverordneten, des Bürgerrechts für verlustig erklärt werden. — Statut für die Kaufmannschaft zu Berlin v. 2. März 1820. (G. S. S. 46. ff.) Nach §. 71. sind die Aeltesten verpflichtet, die Ausschließung eines Mitgliedes der Corporation auszusprechen wegen muthwilligen oder betrügerischen Bankerutts und wegen anderer Verbrechen, wegen deren auf Zuchthaus- oder Festungsstrafe oder gar auf körperliche Züchtigung rechtskräftig erkannt ist. Nach §. 72. ist die Ausschließung in andern Fällen ihrem Ermessen überlassen. „Die Ansicht, welche die Aeltesten hierbei leiten muß, ist zunächst die Erhaltung der Ehre und des unbescholtenen Rufes der Corporation im Publico und auf auswärtigen Handelsplätzen.“

18) P. G. D. Art. 107. 108.

19) P. G. D. Art. 122.

20) Die Bestimmung der Reuterbestallung v. 1570. §. 62. 63. über die Ehrlosigkeit der Deserteure war doch nur für die Reichsarmee berechnet. Dagegen s. über die Gotteslästerer R. P. D. von 1577. Tit. I. §. 7.; über die Ausfertigung jüdischer Gessiondocumente gegen Christen R. A. v. 1551. §. 80.; über Injurianten und Duellanten den (nicht publicirten) Reichsschluß v. 22. Sept. 1668. (R. S. VI. p. 55. ff.)

21) R. P. D. v. 1577. Tit. 23. §. 2.

22) S. Zacharia, deutsches Staats- und Bundesrecht, I. S. 358. ff. Einfach und treffend bestimmt die Königl. Sächs. B. U. v. 4. Sept. 1831. §. 74. „Weder zur Theilnahme an einer Wahl berechtigt noch wähl-

Unterscheidung zwischen einer einfachen und qualificirten, einer definitiven und temporären Infamie ausgebildet²³⁾.

3. Die Ehrlosigkeit hebt die äußere, bürgerliche Ehre des Verurtheilten auf; sie beschränkt daher nicht seine privative Rechtsfähigkeit, sondern seine öffentliche: denn in rein privatrechtlichen Verhältnissen macht sich dieser Begriff nicht geltend. Es ist keine Ehre, Ehemann, Familienvater zu sein.

α. Der Ehrlose ist unfähig, Ehrenämter zu bekleiden, und überhaupt die politischen Rechte in dem Staate und der Gemeinde auszuüben. In dieser letzteren Beziehung wirkt die Ehrlosigkeit auf das moderne Staatsbürgerthum ähnlich wie die Rechtlosigkeit auf die alte gemeine Freiheit; die Ausschließung des Ehrlosen von Ehrenämtern, wohin jedes nicht ganz subalterne Staats- und Gemeindeamt zu zählen ist, folgt aus der Consequenz des Princips, ist aber durch die Vorschrift des römischen Rechts unterstützt worden²⁴⁾.

β. Der Ehrlose verliert die Ehrenrechte seines Standes, soweit sie überhaupt noch bestehen, — also auch die des Adels,

bar sind — c) diejenigen, welche wegen solcher Vergehen, die nach allgemeinem Begriffe für entehrend zu halten sind, vor Gericht gestanden haben, ohne von der Anschulldigung völlig freigesprochen zu sein. Ob ein Vergehen nach allgemeinem Begriffe für entehrend zu halten sei, entscheidet hinsichtlich eines Wahlmanns die Wahlversammlung, und hinsichtlich eines Abgeordneten die Kammer.“ — Ueber die Gemeindeverhältnisse s. oben Note 17.

23) Württemb. Gesetz v. 2. Oct. 1839; vgl. v. Wächter im Archiv für civ. Pr. XXIII. S. 38. ff. — Reyscher, württemb. Privatrecht, I. §. 182—183.

24) L. un. C. de infam. (10, 57.) — L. 2. C. de dign. (12, 1.) Das römische Recht knüpft freilich an die turpitudō dieselbe Wirkung; aber das ist ein vager Begriff, der nach den Umständen angenommen wird, während die Infamie auch nach dem späteren römischen Recht doch in bestimmten Fällen eintritt, und dann die gesetzlichen Wirkungen hat. Der Unterschied zeigt sich besonders, wenn es sich um die Entziehung eines verliehenen Amtes handelt. — Was das römische Recht von Gemeindeämtern enthält, kann auf Deutschland keine Anwendung finden; bei dem schmähslichen Verfall des Städtewesens war ja dort die Ehre zur schlimmsten Bürde geworden.

ohne daß ihm jedoch nach gemeinem Recht²⁵⁾ das Recht auf diesen Geburtsstand selbst, und die damit verknüpften materiellen Vortheile entzogen würden²⁶⁾. Er bleibt eben ein ehrloser Adlicher.

γ. Insofern sich im Lehenrecht noch das alte, auf Treue gebaute Verhältniß erhalten hat, und es sich nicht bloß als eine besondere Art des Eigenthums an Grundstücken herausstellt, hebt die Ehrlosigkeit auch die Lehnsfähigkeit auf, und ähnlich verhält es sich mit der Zunftgenossenschaft, wenn diese noch eine politisch-corporative Bedeutung hat. Genossenschaften, die keinen politisch-socialen Charakter haben, wie die meisten Actiengesellschaften, bei denen auch die Mitgliedschaft nicht von der Wahl abhängt, sind dem Ehrlosen nicht verschlossen.

δ. Der Ehrlose ist unfähig zur Advocatur, Procuratur und zum Notariat, Letzteres nach ausdrücklicher reichsgesetzlicher Vorschrift²⁷⁾, Ersteres nach den mit den älteren deutschen Rechtsansichten zusammentreffenden Bestimmungen des römischen Rechts²⁸⁾, welche jetzt, wo das mündliche Verfahren wieder allgemeiner wird, auch wieder an Bedeutung gewinnen²⁹⁾.

ε. Die Fähigkeit, ein Zeugniß abzulegen, kann dem Ehrlosen nach heutigem Recht nicht unbedingt abgesprochen werden³⁰⁾. Doch ist diese Folge der alten Rechtlosigkeit, welche noch auf

25) Nach Particularrechten kann freilich auch auf Verlust des Adels erkannt werden; s. Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 9. §. 91—93. Eine genaue Erörterung hierüber kann erst später im Ständerecht gegeben werden.

26) Rittermaier a. a. D. I. §. 103. Nr. III.

27) Notariatsordnung v. 1512. Einl. §. 2.

28) L. 1. §. 5. L. 8. 9. D. de postulando (3, 1.) — can. 1. 2. C. III. qu. 7. Vgl. v. Savigny, System, II. S. 215—19.

29) Aber auch für das schriftliche Verfahren ist die Sache nicht so unbedeutend, wie v. Savigny a. a. D. S. 225—26. sie schildert; man muß nur bedenken, daß die Advocatur und meistens auch die Procuratur keine bloße Beschäftigung, sondern ein Beruf ist.

30) Rittermaier a. a. D. I. §. 103. Nr. VIII. Anderer Meinung ist Eichhorn, Einleitung, §. 88. S. auch cap. 54. X. de test (2, 20.) und J. H. Boehmer, J. E. P. II. 20. §. 10—12.

die Notariatsordnung eingewirkt haben mag, in Particularrechten entweder allgemein³¹⁾ oder doch hinsichtlich des Sollenitätszeugnisses³²⁾ mit der Ehrlosigkeit verbunden, oder wenigstens für diejenigen, welche wegen Meineides verurtheilt sind³³⁾, festgesetzt worden. Wenn aber auch der Ehrlose zum Zeugnisse zugelassen werden kann, so hängt doch natürlich der Grad der Glaubwürdigkeit, welcher ihm gebührt, vom richterlichen Ermessen ab.

4. Die Wiederherstellung der Ehre im Wege der Begnadigung durch den Souverän (*restitutio famae et honoris*) hebt die nachtheiligen Folgen der Ehrlosigkeit wieder auf³⁴⁾, — soweit sie nicht von der öffentlichen Meinung abhängen.

V. Von dem Einfluß des religiösen Bekenntnisses auf die Rechtsfähigkeit.

§. 63.

Von den christlichen Religionsparteien.

Durch die Reformation und deren staatliche Anerkennung in Deutschland ist zwar die Kezerei als ein eigenes kirchliches Verbrechen, dem aber auch die schwersten weltlichen Strafen folgten, allmählich außer Übung gekommen; doch hat es lange gewährt, ehe nur unter den Hauptparteien der christlichen Kirche

31) Pr. A. G. D. Th. I. Tit. 10. Nr. 6. 7.

32) Württemb. Landr. Th. III. Tit. 10. §. 7. Vgl. Fald, Handbuch des Schleswig-Holst. Privatr., IV. S. 270.

33) Hamburg. Stadtr. v. 1603. B. IV. Tit. 5.

34) R. A. v. 1526. §. 6. Und wiewol der gemein Mann und Unterthanen in vergangenen Aufruhr sich etwas schwerlich vergessen — — so soll ein jede Oberkeit Macht und Gewalt haben, ihre Unterthanen, so sich in Onad und Ungnad begeben und gestraft worden sind, nach Gelegenheit und ihrem Gefallen wiederum in vorigen Stand ihrer Ehren zu setzen, zu qualificiren und geschickt zu machen, Rath und Gericht zu besitzen, Rundschaft zu geben und Amt zu tragen. — Vgl. R. S. wegen Handwerks-Mißbräuche v. 1731. §. 13. Nr. 5.

in Deutschland das Princip der gleichen Berechtigung vollkommen durchgeführt worden ist. Denn der Religionsfrieden zwischen den Katholiken und augsburgischen Confessionsverwandten ging doch zunächst nur auf ein friedliches Nebeneinanderbestehen derselben im Reich, ohne bei der Auslegung, welche man dem s. g. Reformationsrecht der Landesherrn gab, den Rechtszustand in den Territorien und die religiöse Freiheit der Einzelnen zu sichern. Auch in dem westphälischen Frieden, welcher die Reformirten ausdrücklich den augsburgischen Confessionsverwandten beizählte ¹⁾, ward doch die kirchliche Rechtsgleichheit nur auf die Reichsstände und die Reichsangelegenheiten bezogen ²⁾, während den Unterthanen in den Territorien, insofern für sie das Entscheidungsjahr 1624 nicht maassgebend war, nur die Gewissensfreiheit mit Einschluß der Hausandacht und die Rechtsfähigkeit in privatrechtlicher, nicht aber in politischer Beziehung zugesichert ³⁾,

1) J. P. O. art. VII. §. 1.

2) L. c. art. V. §. 1. Vgl. Eichhorn, Staats- und Rechtsgesch., IV. §. 524.

3) L. c. art. V. §. 34. Placuit, ut illi Catholicorum subditi Augustanae confessioni addicti, ut et Catholici Augustanae Confessionis statuum subditi, qui anno 1624. publicum vel etiam privatum Religionis suae exercitium nulla anni parte habuerunt, nec non, qui post pacem publicatam deinceps futuro tempore diversam a Territorii Domino Religionem profitebuntur, et amplectentur, patienter tolerantur, et conscientia libera domi devotioni suae, sine inquisitione aut turbatione privatim vacare, in vicinia vero, ubi et quoties voluerint, publico Religionis exercitio interesse, vel liberos suos exteris suae Religionis scholis, aut privatis domi praeceptoribus instruendos committere non prohibeantur, sed ejusmodi Landsassii, Vasalli et Subditi, in caeteris officium suum cum debito obsequio et subjectione adimpleant nullisque turbationibus ansam praebeant. — §. 35. Sive autem Catholici sive Augustanae confessionis fuerint subditi, nullibi ob Religionem despiciantur, nec a mercatorum, opificum ac tribuum communione, haereditatibus, legatis, hospitalibus, leprosoriis, eleemosynis, aliisque juribus aut commerciis, multo minus publicis caemiteriis, honoreve sepulturae arceantur, aut quicquam pro exhibitione funeris a superstitibus exigatur, praeter cujusque Parochialis Ecclesiae jura, pro demortuis pendii solita; sed in his et similibus pari cum concivibus jure habeantur, aequali-justitia protectioneque tuti.

und als letztes Schutzmittel das Recht der Auswanderung eingeräumt ward⁴⁾.

Erst die deutsche Bundesacte hat hier durchgegriffen, und dem freieren Sinn der Gegenwart hulbigend, ganz allgemein und ohne Einschränkung den christlichen Religionsparteien in den Ländern und Gebieten des deutschen Bundes den vollen Genuß der bürgerlichen und politischen Rechte gewährleistet⁵⁾. Diese Vorschrift bezieht sich indessen nur, wie die über die Abfassung der Bundesacte gepflogenen Berathungen⁶⁾ und die Bestimmungen der neueren Particulargesetze⁷⁾ zeigen, auf die schon im deutschen Reich gleichberechtigt neben einander gestellten kirchlichen Hauptparteien, nämlich der Katholiken und der augsburgischen Confessionsverwandten mit Einschluß der Reformirten. Ueber die von ihnen getrennten Religionsgesellschaften (Secten) enthält die Bundesacte keine Vorschriften. Doch sind die strengen Verfügungen, welche die Reichsgesetze über dieselben aufgestellt haben, und worin geradezu das Verbot ihrer Duldung liegt⁸⁾, schon der milderen Praxis des 18. Jahrhunderts

4) L. c. §. 36. Vgl. R. A. v. 1555. §. 24.

5) R. A. Art. 16. Die Verschiedenheit der christlichen Religionsparteien kann in den Ländern und Gebieten des deutschen Bundes keinen Unterschied in dem Genuße der bürgerlichen und politischen Rechte begründen.

6) J. L. Küber, Acten des Wiener Congresses. Band II. S. 439. „Ad art. 14. wurde, so viel die christlichen Religionsparteien betrifft, bemerkt, daß in einigen Abschriften des Entwurfs, der Ausdruck: drei christliche Religionsparteien, eingeschlichen sey, und auf die Frage hierauf: ob die Bestimmung dieses Artikels auch auf andere christliche Secten, z. B. Anabaptisten, Mennoniten, Herrnhuter u. s. w. zu ziehen sey? zwar die Ausdehnung bedenklich gefunden, gleichwohl da die Bezeichnung von drei christlichen Religionsparteien, selbst der vormaligen deutschen Reichsverfassung nicht angemessen sey, beliebt, die Zahl 3 auszureichen, und bloß zu setzen: christliche Religionsparteien.“

7) S. Wilda in der Zeitschr. für deutsches Recht, XI. S. 213–15.

8) R. A. v. 1566. §. 5. Auf daß aber in mittler Zeit den verführischen, je länger je mehr beyden der alten Religion und Augspurgischen Confession zuwider einbrechenden Secten und irrigen Opinions, kein Raum noch Statt gelassen, sondern dieselbe von dem H. Reich Teutscher Nation,

gewichen; namentlich das preußische Landrecht ist den übrigen Gesetzgebungen hierin mit dem Beispiele edler Freisinnigkeit vorgegangen⁹⁾. Nun läßt sich wohl angeben, in welcher Richtung und in welchem Geiste diese Angelegenheit behandelt werden muß, wenn sie mit unserm nationalen Wesen in Einklang stehen und der Bildung der Gegenwart entsprechen soll; aber ein positives gemeinsames Recht haben wir nicht darüber, wenn man nicht den negativen Grundsatz dahin rechnen will, daß neu sich bildende Religionsgesellschaften von Seiten der Staatsgewalt der Anerkennung oder wenigstens der Duldung bedürfen. Im Uebrigen ist es die Sache der einzelnen souveränen deutschen Staaten, ihr particuläres Recht auf Grundlage der bestehenden Verfassung selbständig zu ordnen. Dabei wird es freilich wenigstens in der nächsten Zukunft nach der Verschiedenheit des confessionellen und politischen Standpunktes an bedeutenden Abweichungen nicht fehlen, so sehr auch gerade in dieser Hinsicht die Uebereinstimmung im Wesentlichen zu wünschen wäre. Zwischen der mehr negativen Gewissensfreiheit und der vollen Cultusfreiheit liegt noch ein weiterer Raum, und ebenso besteht ein wesentlicher Unterschied, ob die Rechtsfähigkeit ganz allgemein oder nur die bürgerliche mit Ausschluß der politischen anerkannt wird. Die erstere findet aber doch regelmäßig nur insofern eine Beschränkung, als sie durch die kirchliche Stellung der Betheiligten bedingt erscheint¹⁰⁾.

Unserem geliebten Vaterland abgewendet werden: So haben wir uns mit ihnen den gemeinen Ständen, und sie sich herwieder mit uns verglichen, daß solcher Secten und irrigen Opinionen — vermög des Religion-Friedens keine gelitten noch gedult, sondern allenthalben der Gebühr und dem Religion-Frieden gemäß, gänzlich abgeschafft werden. — J. P. O. art. VII. §. 2. — Sed praeter religiones supra nominatas nulla alia in sacro imperio Romano recipiatur vel toleretur. Vgl. Wilda a. a. D. S. 177. Note 36.

9) Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 11. §. 1—57. Vgl. Wilda a. a. D. S. 221. ff., und über das Verhältniß des Landrechts zu den preußischen Gesetzen über Glaubens- und Religionsfreiheit vom 30. März 1847. ebendas. S. 266—91.

10) Dester. Gesetz b. §. 39. Die Verschiedenheit der Religion hat

§. 64.

Von den Juden.

I. Geschichtliche Einleitung.

Schon in den fränkischen Capitularien finden sich gesetzliche Bestimmungen über die Juden, nach welchen dieselben vielfachen Beschränkungen auch in Beziehung auf die privatrechtlichen Verhältnisse des Verkehrs unterworfen waren ¹⁾, und in keinem gesicherten Schutzverhältniß sich befanden ²⁾, dessen sie doch als Fremde in der Volksgemeinde für einen dauernden Aufenthalt bedurften und, da sie keinen andern Herrn hatten, nur durch den König theilhaftig werden konnten. Später entwickelte sich daraus in Deutschland der Grundsatz, daß das Recht des Judenschutzes ein kaiserliches Regale sei, und zwar ward es durch die von den Juden erhobenen Abgaben ein sehr einträgliches, welches ihnen den Namen der kaiserlichen Kammerknechte (*servi camerae*) verschaffte ³⁾. Die Juden standen nun unter dem allgemeinen, freilich für sie nicht immer wirksamen Königsfrieden ⁴⁾; doch ward das Recht sie zu schützen und die damit verbundenen Einkünfte zu erheben, schon früh wie andere Regalien auf Landesherren übertragen ⁵⁾, und später von diesen

auf die Privat-Rechte keinen Einfluß, außer insofern dieses bei einigen Gegenständen durch die Gesetze insbesondere angeordnet wird.

1) Chlothacharii II. Edictum ai. 614. cap. 10. (Pertz, L. L. I. p. 15.) — Capitula de Judaeis ai. 814. nebst dem Formular eines Judeneides (l. c. p. 194.). — Hludowici II. conventus Ticinensis ai. 850. cap. 24. (l. c. p. 400.) — Karoli II. conventus Carisiacensis ai. 877. cap. 31. (l. c. p. 540.)

2) Hludowici II. constitutiones ai. 855. cap. 4. (l. c. p. 437.) betrifft die Verbannung der Juden aus Italien.

3) Schwäb. Landr. (Wackernagel) Art. 214. §. 14. ff. — Eichhorn, Staats- und Rechtsgesch. II. §. 297.

4) Sächf. Landr. B. II. Art. 66. §. 1. B. III. Art. 7. — Schwäb. Landr. a. a. D. §. 22. ff. — Eichhorn a. a. D. §. 350.

5) Privilegium für Oesterreich v. 1156. (Pertz, L. L. II. p. 101.). — et potest (dux) in terris suis omnibus tenere Judaeos et Beseher, System I. 22

allgemein geübt. Die rechtliche Lage der Juden ward dadurch nur noch unsicherer gemacht; zuweilen wurden sie, namentlich im 16. und 17. Jahrhundert aus den Territorien ganz vertrieben⁶⁾, und regelmäßig nur gegen einen Schutzbrief zugelassen, der sich nicht einmal immer auf die ehelichen Nachkommen erstreckte. Von diesen s. g. vergleiteten Juden (*Judaei recepti*) unterschieden sich dann diejenigen, denen nur vorübergehend der Aufenthalt im Lande gestattet war: die unvergleiteten Juden (*Judaei non recepti*). — Auch sonst besserte sich die rechtliche Lage der Juden in Vergleich mit den älteren Zeiten nicht: sie blieben die bloß geduldeten Fremden in der Gemeinde, von jedem politischen Rechte, selbst von der Theilnahme an den Zünften und dem Recht, Grundstücke zu erwerben, ausgeschlossen, und auch sonst in privatrechtlichen Beziehungen von sehr beschränkter Rechtsfähigkeit.

a. Im Mittelalter betrieben die Juden besonders das den Christen als *Bucher* untersagte zinstare Darlehen, worin man sie nur durch bestimmte Vorschriften über die Höhe der Zinsen zu beschränken suchte⁷⁾, was später in Reichsgesetzen so geordnet ward, daß sie nicht über fünf Procent nehmen sollten⁸⁾.

usurarios publicos — sine imperii molestia et offensa. — Aurea bulla cap. IX. §. 2. cf. *Sententia de bonis Judaeorum vacantibus* ai. 1299. (Pertz, l. c. p. 471.). — R. P. D. v. 1577. Tit. 20. §. 1.

6) S. Phillips, *Grundsätze*, I. §. 45. Note 9.

7) *Conventus civitatum Moguntinus* ai. 1255. (Pertz, L. L. II. p. 372.) Item — convenientibus nunciis dominorum ac civitatum confederatarum in Moguntia, presente domino de Waldeke, imperialis aule justitiario, statuimus firmiter sub pena 10 marcarum Colon. ad fabricam ejusque civitatis, ubi hoc infringetur; videlicet quod nullus Judeus plus quam duos denarios ad septimanam de libra reciperet in eadem quantitate — — Si vero ad annum cum ipso pactaretur et conveniretur, Judeus recipere debeat quatuor uncias de libra et sic de singulis. Opus enim erat his institutis, quia christiani usurarii excommunicantur et per judicium ad restituendas usuras coarctantur.

8) R. P. D. v. 1577. Tit. 20. §. 6. Damit aber die Juden ihre Leibs-Nahrung haben mögen, so soll ihnen nicht mehr denn Fünff vom hundert zum Bucher zu nehmen erlaubt seyn.

b. Die Juden waren beim Schacherhandel und Leihen auf Pfand bevorzugt, indem sie sogar gestohlene und geraubte Sachen, die sie rechtmäßig erworben, nur gegen Erfaß des darauf gezahlten Geldes herauszugeben brauchten⁹⁾. Diese schon früh angefochtene¹⁰⁾ Bevorzugung ward später ganz aufgehoben¹¹⁾.

c. Die Reichsgesetze bestimmen, daß Schulobligationen, welche den Juden ausgestellt werden, in deutscher Sprache geschrieben¹²⁾, und daß überhaupt Urkunden über solche Geschäfte zwischen Juden und Christen, bei denen ein Bucher vorausgesetzt ist, nur vor der ordentlichen Obrigkeit der Letzteren errichtet werden sollen¹³⁾.

d. Es war ferner verboten, daß ein Jude Schulforderungen, die er gegen einen Christen hatte, einem Christen cedire¹⁴⁾, — eine Verfügung, welche wohl so wenig wie die zuletzt erwähnte je vollständig zur Anwendung gekommen ist.

e. Sehr verbreitet war die Ansicht, daß das Zeugniß eines Juden gegen einen Christen keine volle Glaubwürdigkeit habe, und daß der jüdischen Ehefrau die Vorrechte der Mitgift nicht zukommen¹⁵⁾.

9) Sächs. Landr. B. III. Art. 7. §. 4. Vgl. Capit. de Judeis cap. 1., s. oben Note 1.

10) Schwäb. Landr. (Wackernagel) Art. 214. §. 29 ff. —

11) R. P. D. a. a. D. §. 2.

12) R. P. D. a. a. D. §. 3.

13) R. A. v. 1551. §. 78. 79. (R. S. II. p. 622.) Die im Text angenommene mildere Auslegung rechtfertigt sich durch die §. 78 angegebenen Motive und die im dispositiven Theile des Gesetzes gebrauchten Ausdrücke: Verschreibung oder Obligation, wobei doch zunächst an Schuldverschreibungen zu denken. Andere Ansichten s. bei Eichhorn, Einleitung, §. 81. — Mittermaier, Grundf. I. §. 117. Nr. VIII. — Phillips, Grundf. I. §. 46.

14) R. A. v. 1551. §. 79. — R. P. D. a. a. D. §. 4.

15) Ersteres leitete man später, als das ältere Eidesrecht nicht mehr galt, aus L. 21. C. de haeret. (1, 5) ab, wo aber das Zeugniß eines Ketzers oder Juden gegen orthodoxe Christen, zu denen sich in Justinians Sinn wenigstens die Protestanten nicht rechnen dürfen, gar nicht

f. Dem jüdischen Nationalrecht, dessen Kenntniß und Anwendung bei den meistens mit einer gewissen Gerichtsbarkeit versehenen Rabbinen war, ließ man in den Rechtsverhältnissen der Juden unter einander einen weiten Spielraum. Dasselbe besteht aus den Mosaischen Gesetzen ¹⁶⁾ und dem im Talmud aufbewahrten ungeschriebenen Recht. Die Hauptbestandtheile des Talmud sind die Mischnah aus dem zweiten Jahrhundert christlicher Zeitrechnung und die (babylonische) Gemara aus dem vierten Jahrhundert. Daraus gingen die späteren jüdischen Rechtsbücher hervor, namentlich der Schulchan Aruch, welcher im 16. Jahrhundert abgefaßt, sich fortwährend im höchsten Ansehen erhalten hat ¹⁷⁾.

II. Geltendes Recht.

Auf diesem geschichtlichen Boden ist das jetzt geltende Recht der Juden in Deutschland erwachsen, und bloß äußerlich betrachtet stellt sich die Sache so dar, daß die Juden auch nach dem heutigen gemeinen Recht nur als geduldete Fremdlinge zu beurtheilen sind, mit all den beschränkenden Bestimmungen, welche früher über ihre Rechtsfähigkeit galten. Aber die großen politischen und socialen Veränderungen, welche Deutschland in neuerer Zeit erfahren hat, haben auch auf das Recht der Juden einen nachhaltigen Einfluß ausgeübt, so daß es

zugelassen wird. Die privilegia dotis wurden der jüdischen Ehefrau verweigert wegen Nov. 109. cap. 1. und 2., weil sie hier nur den orthodoxen Ehefrauen zugesichert sind. Doch machte sich gegen diese Auslegung eine mildere Praxis geltend, s. Eichhorn a. a. D. §. 61. — Mittermaier a. a. D. §. 117. Nr. V.

16) J. D. Michaelis, Mosaisches Recht. 6 The. 2. Aufl. Frankf. 1775—1803.

17) S. die Einleitung zu den Ritualgesetzen der Juden, betreffend Erbschaften, Vormundschaften, Testamente und Ehefachen, insoweit sie das Mein und Dein angehen. Entworfen von Moses Mendelssohn, auf Veranlassung und unter Aufsicht H. Firschel Levin, Ober-Rabbiners zu Berlin. 5. Aufl. Berlin 1826. — Dieß vielgebrauchte Buch hat übrigens nur die Autorität einer gründlichen Privatarbeit.

wohl kaum einen deutschen Staat giebt, wo sich dasselbe noch ganz in früherer Weise mit Leibzoll, Schutzgeld, Beschränkung auf den Schacher und ähnliche Gewerbe, so wie mit den von Reichswegen begründeten Ausnahmsgesetzen erhalten hat, wenn auch in verschiedenen Gegenden Einzelnes davon noch vorkommt. Die rechtliche Lage der Juden ist vielmehr in neuerer Zeit allgemein verbessert worden, obgleich es noch in keinem deutschen Staate zur vollständigen Emancipation auch hinsichtlich der politischen Rechtsfähigkeit gekommen ist¹⁸⁾. Selbst die deutsche Bundesacte hat wenigstens insoweit zum Besten der Juden Vorkehrung getroffen, daß ihnen bis zu der in Aussicht gestellten bundesgesetzlichen Verbesserung ihrer bürgerlichen Lage Erhaltung der Rechte, welche ihnen von den einzelnen Bundesstaaten bereits eingeräumt worden, zugesichert ist¹⁹⁾.

Im Allgemeinen kann man aber in Beziehung auf die Rechtsverhältnisse der Juden die deutschen Particularrechte in zwei Classen eintheilen. Zu der einen gehören diejenigen, welche den früheren Rechtszustand nicht principieell verändert, sondern nur in einzelnen Punkten zu Gunsten der Juden verbessert haben; die andere Classe besteht aus denjenigen Particularrechten, für welche durch umfassende Gesetze das Recht der Juden neu geordnet ist. Dabei finden natürlich im Einzelnen manche Schrankungen und Uebergänge statt; doch läßt sich als wesentliches Merkmal für die zweite Classe der Particular-

18) Außer den schon angeführten Lehrbüchern des deutschen Privatrechts sind besonders zu vergleichen die Abhandlungen von Bessel, Rhein. Museum für Jurisprudenz, III. S. 443–57., und von Isidor Kaim in Weiske's Rechtslexicon Bd. 5., wo S. 850–83. eine übersichtliche Darstellung der rechtlichen Lage der Juden nach den verschiedenen Particularrechten gegeben ist.

19) B. A. Art. 16. „Die Bundesversammlung wird in Verathung ziehen, wie auf eine möglichst übereinstimmende Weise die bürgerliche Verbesserung der Bekenner des jüdischen Glaubens in Teutschland zu bewirken sey, und wie insonderheit denselben der Genuß der bürgerlichen Rechte, gegen die Uebernahme aller Bürgerpflichten, in den Bundesstaaten ver-

rechte anführen, daß sie den Juden das Staatsbürgerthum, wenn auch mit gewissen Beschränkungen eingeräumt haben ²⁰). Dadurch ist die Verbindungsbrücke mit dem früheren gemeinen Rechte abgebrochen, und für die rechtliche Beurtheilung der Juden ein neues Princip aufgestellt ²¹). Das Einzelne aber gehört der Darstellung der Particularrechte an, und es ist nur im Allgemeinen zu bemerken, daß das jüdische Nationalrecht nur noch ausnahmsweise für die mit den religiösen Ansichten nothwendig zusammenhängenden Rechtsverhältnisse, namentlich in Ehefachen zur Anwendung kommt ²²). Doch schließt dieß

schaft und gestichert werden könne. Jedoch werden den Bekennern dieses Glaubens, bis dahin, die denselben von den einzelnen Bundesstaaten bereits eingeräumten Rechte erhalten.“ — Dadurch, daß nur diejenigen Rechte gewährleistet wurden, welche von (nicht in) den einzelnen Bundesstaaten ihnen eingeräumt waren, sollte der Einfluß der französischen Gesetzgebung zurückgedrängt werden. Vergl. die Bemerkung bei Klüber, Acten des Wiener Congresses. Bd. II. S. 535.

20) Hier ist besonders zu erwähnen das Edict v. 11. März 1812, betreffend die bürgerlichen Verhältnisse der Juden in dem Preussischen Staate, welches für denselben aber nur nach seinem damaligen Umfange Gültigkeit erlangt hat. Das Princip des Gesetzes ist im ersten §. enthalten: Die in unsern Staaten jetzt wohnhaften, mit General-Privilegien, Naturalisations-Patenten, Schutzbriefen und Concessionen versehenen Juden und deren Familien sind für Einländer und Preussische Staatsbürger zu achten. Vgl. §. 20. Die privatrechtlichen Verhältnisse der Juden sind nach eben denselben Gesetzen zu beurtheilen, welche andern Preussischen Staatsbürgern zur Richtschnur dienen. §. 21. Ausnahmen finden bei solchen Handlungen und Geschäften statt, welche wegen der Verschiedenheit der Religionsbegriffe und des Cultus an besondere gesetzliche Bestimmungen und Formen nothwendig gebunden sind. §. 29. In Ansehung des Gerichtsstandes und der damit verbundenen vormundschaftlichen Verwaltung findet ebenfalls zwischen Christen und Juden kein Unterschied statt. — §. 30. In keinem Fall dürfen sich Rabbiner und Judenältesten weder eine Gerichtsbarkeit noch eine vormundschaftliche Einleitung und Direction anmaßen.

21) Es ist daher nicht zu billigen, wenn Eichhorn, Einleitung §. 80. a. G. die neueren Gesetze allgemein nur als Modificationen des älteren gemeinen Rechts gelten lassen will. S. auch Rittermaier, Grundsätze, I. §. 119.

22) *Raim* im Rechtslexicon, V. S. 820. 842.

die Beobachtung solcher Rechtsnormen auch in andern Fällen, wo sie durch Privatwillkühr angeordnet werden kann, nicht aus. Der Richter hat sich dann zum jüdischen Recht wie zu einer fremden Rechtsquelle zu verhalten ²³⁾.

§. 65.

VI. Einheimische und Fremde.

I. Das Indigenat.

Das Rechtsverhältniß, welches dadurch begründet wird, daß jemand einem bestimmten Staatsverbande angehört, wird Indigenat, Unterthanenrecht oder Staatsbürgerrecht im weiteren Sinne genannt ¹⁾.

a. Dasselbe bestimmt sich zunächst nach der Geburt, indem eheliche Kinder das Indigenat ihres Vaters, uneheliche das ihrer Mutter theilen. Doch kann es auch durch ausdrückliche Verleihung (Naturalisation) und stillschweigend erworben werden: Letzteres geschieht regelmäßig durch die Uebertragung eines Staatsamtes und durch die Verheirathung einer Fremden mit einem Einheimischen, so wie nach manchen Particularrechten auch durch längere Ansässigkeit im Staatsgebiet ²⁾. Das

23) S. oben §. 31. Note 11.

1) Particularrechte verbinden mit dem Indigenat einen engeren Sinn; s. z. B. Falck, Handbuch des Schleswig-Holst. Privatrechts, IV. S. 143. ff.

2) Dester. Gesetzb. §. 28. Den vollen Genuß der bürgerlichen Rechte erwirbt man durch die Staatsbürgerschaft. Die Staatsbürgerschaft in diesen Erbstaaten ist Kindern eines Desterreichischen Staatsbürgers durch die Geburt eigen. §. 29. Fremde erwerben die Dester. Staatsbürgerschaft durch die Eintretung in einen öffentlichen Dienst; durch Antretung eines Gewerbes, dessen Betreibung die ordentliche Ansässigkeit im Lande nothwendig macht, durch einen in diesen Staaten vollendeten zehnjährigen ununterbrochenen Wohnsitz, jedoch unter der Bedingung, daß der Fremde diese Zeit hindurch sich wegen eines Verbrechens keine Strafe zugezogen habe. §. 30. Auch ohne Antretung eines Gewerbes oder Handwerks, und vor verlaufenen zehn Jahren kann die Einbürgerung bei den politischen Behörden ange sucht, und von denselben, nachdem das Vermögen, die Erwerbsfähigkeit und das sittliche Betragen des Ansuchenden beschaffen sind, verliehen werden. Vgl. Winwartter, das österr. bürgerliche Recht,

Eigenthum von Grundstücken begründet aber an sich noch kein Unterthanenverhältniß, sondern verpflichtet nur zur Anerkennung des *forum rei sitae* für dingliche Klagen, (weßwegen die fremden Landsassen *Forensen* genannt werden), und zur Befolgung der den Grundbesitz betreffenden Landesgesetze, namentlich auch in Beziehung auf das Steuerwesen³⁾. Man nennt dieß Verhältniß *landsassiatum minus plenum*, und nur in einigen Ländern wird ein, ursprünglich durch das Lehenwesen veranlaßter engerer Verband begründet (*landsassiatum plenum*), welcher jedoch vorzugsweise nur auf die Zuständigkeit des Gerichts der belegenem Sache als eines allgemeinen Forum auch für persönliche Klagen sich bezieht⁴⁾.

b. Das Indigenat wird verloren durch die, jetzt freilich außer Übung gekommene Strafe der Landesverweisung und durch Verzicht, der namentlich stillschweigend in der Auswanderung liegt. Diese ist jedem freigestellt, der sich nicht in einer, zumal durch Familienverhältnisse begründeten persönlichen Abhängigkeit befindet, oder wegen unerfüllter Verbindlichkeiten gegen Staat, Gemeinde oder Privatpersonen zurückgehalten wird. Ob außerdem noch für besondere Fälle die Erlaubniß zur Auswanderung eingeholt werden muß, ist nach den Vorschriften der Particularrechte zu entscheiden⁵⁾.

1. S. 138 ff. — Mittermaier, Grundsätze, I. §. 108. — Eichhorn, Einleitung, §. 74.

3) Dester. Gesetzb. §. 31. Durch die bloße Inhabung oder zeitliche Benutzung eines Landgutes, Hauses oder Grundstückes, durch die Anlegung eines Handels, einer Fabrik oder die Theilnahme an einem von beyden ohne persönliche Ansässigkeit in einem Lande dieser Staaten, wird die Desterreichische Staatsbürgerschaft nicht erworben.

4) Dieser *landsassiatum plenum* findet sich in Sachsen, Mecklenburg, Baiern, Württemberg und einigen andern Gegenden. S. Eichhorn a. a. D. §. 75. — Mittermaier a. a. D. §. 109. — Zacharia, deutsches Staats- und Bundesrecht, I. S. 256. — Reyscher, württemb. Privatrecht, I. §. 165. — Haubold, Lehrbuch des königl. sächs. Privatrechts, §. 391.

5) Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 17. §. 127. Kein Unterthan des

c. Im Gegensatz zu dem vorher behandelten Landesindigenat giebt es in Deutschland noch ein freilich sehr dürftig ausgestattetes Bundesindigenat, welches den Unterthanen der einzelnen Bundesstaaten in den Gebieten der andern gewährt ist⁶⁾; und für das Communalwesen hat die Lehre vom Hei-

Staates darf sich, ohne Vorwissen desselben, seiner obersten Gerichtsbarkeit durch Auswanderung aus dem Lande entziehen. §. 129. Vaterlose Waisen dürfen ohne besondere Einwilligung des Staats, in auswärtige Lande nicht gebracht werden. §. 130. Welche Classen der Staatseinwohner, außer den vorstehenden, einer besondern Erlaubniß des Staats zu ihrer Auswanderung bedürfen, wird in den Provinzialgesetzen bestimmt. — Dekr. Auswanderungs-Patent v. 24. März 1832, vgl. Winwartter a. a. D. S. 151 ff. — Die Vorschriften der neueren Verfassungsurkunden f. bei Sacharia a. a. D. I. S. 238. — Ueber Württemberg vgl. Reyscher a. a. D. §. 170—71 und im Allgemeinen Mittermaier a. a. D. §. 108.

6) B. A. Art. 18. Die verbündeten Fürsten und freien Städte kommen überein, den Unterthanen der teutschen Bundesstaaten folgende Rechte zuzusichern:

a. Grundeigenthum außerhalb des Staates, den sie bewohnen, zu erwerben und zu besitzen, ohne deshalb in dem fremden Staate mehrere Abgaben und Lasten unterworfen zu seyn, als dessen eigene Unterthanen.

b. Die Befugniß:

1. des freien Wegziehens aus einem teutschen Bundesstaate in den andern, der erweislich sie zu Unterthanen annehmen will, auch

2. in Civil- und Militairdienste desselben zu treten; beides jedoch nur, insofern keine Verbindlichkeit zu Militairdienst gegen das bisherige Vaterland im Wege steht; und damit wegen der dermal vorwaltenden Verschiedenheit der gesetzlichen Vorschriften über Militairpflichtigkeit, hierunter nicht ein ungleichartiges, für einzelne Bundesstaaten nachtheiliges Verhältniß entstehen möge, so wird bei der Bundesversammlung die Einführung möglichst gleichartiger Grundsätze über diesen Gegenstand in Berathung genommen werden.

c. Die Freiheit von aller Nachsteuer (jus detractus, gabella emigrationis), insofern das Vermögen in einen andern teutschen Bundesstaat übergeht, und mit diesem nicht besondere Verhältnisse durch Freizügigkeitsverträge bestehen.

d. Die Bundesversammlung wird sich bei ihrer ersten Zusammenkunft mit Abfassung gleichförmiger Verfügungen über die Pressfreiheit und die Sicherstellung der Rechte der Schriftsteller und Verleger gegen den Nachdruck beschäftigen.

mathsrecht namentlich wegen der Armenpflege eine besondere Wichtigkeit.

II. Rechtsverhältnisse der Fremden.

Wenn auch der Fremde in einem andern Staate keine politischen Rechte in Anspruch nehmen kann, und ihm selbst die Wahl des Aufenthalts nicht unbedingt freisteht, so hat er doch, so lange er sich irgendwo befindet, in allen privatrechtlichen Beziehungen volle Rechtsfähigkeit, und steht unter dem Schutze der Gesetze⁷⁾. Ob er aber nach dem Rechte des Staates, wo er sich aufhält, oder nach seinem heimischen Rechte zu beurtheilen ist, darüber entscheiden die oben in der Lehre von der Collision der Rechtsquellen aufgestellten Regeln⁸⁾. In früheren Zeiten waren die Fremden freilich vielfach im Zustande der Rechtsunsicherheit und Beschränkung, obgleich man sich die Sache doch auch nicht zu arg denken darf⁹⁾; das geordnete Staats-

7) Pr. A. L. R. Einleitung §. 41. Fremde Unterthanen haben (also, bei dem Betriebe erlaubter Geschäfte in hiesigen Landen, sich aller Rechte der Einwohner zu erfreuen, so lange sie sich des Schutzes der Gesetze nicht unwürdig machen. §. 42. Die Verschiedenheit der Rechte auswärtiger Staaten macht von dieser Regel noch keine Ausnahme. §. 43. Wenn aber der fremde Staat, zum Nachtheil der Fremden überhaupt, oder der hiesigen Unterthanen insbesondere, beschwerende Verordnungen macht, oder dergleichen Mißbräuche wissentlich gegen die seitige Unterthanen duldet, so findet das Wiedervergeltungs-Recht Statt. — Dester. Gesetzb. §. 33. Den Fremden kommen überhaupt gleiche bürgerliche Rechte und Verbindlichkeiten mit den Eingebornen zu, wenn nicht zu dem Genusse dieser Rechte ausdrücklich die Eigenschaft eines Staatsbürgers erfordert wird. Auch müssen die Fremden, um gleiches Recht mit den Eingebornen zu genießen, in zweifelhaften Fällen beweisen, daß der Staat, dem sie angehören, die hiesigen Staatsbürger in Rücksicht des Rechtes, wovon die Frage ist, ebenfalls wie die seinigen behandle.

8) S. oben §. 38. 39.

9) Vgl. im Allgemeinen J. Grimm, deutsche Rechtsalterth. S. 396—402. — Eichhorn, Einleitung, §. 75. — Mittermaier, Grundsätze, I. §. 106. — Mauernbrecher, Lehrbuch, §. 140. — Das s. g. Wildfangsrecht, die Befugniß, Fremde als Hörige zu behandeln, ist doch noch problematisch, und das Strandrecht ward wenigstens früh als eine Schändlichkeit verboten; auch das Fremdlingrecht (droit d'aubaine),

wesen und die internationalen Beziehungen der neueren Zeit haben aber eine mildere Rechtsitte begründet. Nur hinsichtlich des Vermögens der Fremden finden sich noch einzelne Spuren früherer Einrichtungen.

III. Abschoss und Nachsteuer.

In früheren Zeiten galt nämlich sehr allgemein die Regel, daß der landesherrliche Fiscus oder auch Corporationen und Grundherrschaften befugt seien, von dem Nachlaß, der fremden Erben angefallen war, eine Abgabe zu erheben, welche unter dem Namen Abschoss, census hereditarius, gabella hereditaria, quindena, detractus realis vorkommt. Hiermit nahe verwandt war eine andere Steuer, welche auf das Vermögen eines Auswandernden gelegt ward: die Nachsteuer, Abzugs- oder Abfahrtsgehd, gabella emigrationis, detractus personalis. Diese Abgaben, deren geschichtliche Begründung nicht ohne Schwierigkeit ist ¹⁰⁾, und welche auch zu manchen rechtlichen Erörterungen Veranlassung geben können ¹¹⁾, haben noch in neuerer Zeit eine umfassende legislative Bearbeitung gefunden ¹²⁾, sind aber für Deutschland nur noch von geringer praktischer Bedeutung. Denn nachdem die Bundesacte unter den deutschen Bundesstaaten schon die Nachsteuer aufgehoben hatte ¹³⁾, ist dieß später auch auf den Abschoss ausgelehnt worden, und zwar für beide Abgaben sowohl in Beziehung auf den Fiscus als auch auf andere Berechtigte ¹⁴⁾. Sie können daher jetzt nur erhoben

die Befugniß, die Verlassenschaft Fremder, die im Lande verstorben, an sich zu ziehen, ist wohl kaum je allgemein im ganzen Umfange geübt worden.

10) S. besonders Eichhorn, Staats- und Rechtsgesch. II. §. 368. Note u. III. §. 448. a. G. Dess. Einleitung, §. 75. 77. — Rittermaier a. a. D. I. §. 111.

11) Rittermaier a. a. D. §. 112—14. — Phillips, Grundsätze, I. §. 43. — Reyscher, württemb. Privatr. I. §. 167.

12) Pr. N. L. R. Th. II. Tit. 17. §. 140—83.

13) S. oben Note 6. unter c.

14) Beschluß der deutschen Bundesvers. v. 23. Juni 1817. (bei Emminghaus, corpus juris germ. p. 657. ff.). Die deutsche Bun-

werden, wenn das Vermögen in fremde, nicht deutsche Staaten geht, mit denen deswegen keine Verträge geschlossen sind; sie werden aber überhaupt wohl nur zur Retorsion noch aufrecht erhalten ¹⁵⁾.

deserversammlung hat — — festgesetzt, wie folgt: 1) Die Nachsteuer- und Abzugsfreiheit von dem aus einem Lande in das andere gebracht werdenden Vermögen bezieht sich auf alle deutsche Bundesstaaten gegen einander. 2) Jede Art von Vermögen, welche von einem Bundesstaat in den andern übergeht, es sey aus Veranlassung einer Auswanderung, oder aus dem Grunde eines Erbschafts-Anfalls, eines Verkaufs, Tausches, einer Schenkung, Mitgift, oder auf andere Weise ist unter der bundesvertragsmäßigen Abzugsfreiheit begriffen, und 3) jede Abgabe, welche die Ausfuhr des Vermögens aus einem zum Bunde gehörenden Staate in den andern, oder den Uebergang des Vermögens-Eigenthums auf Angehörige eines andern Bundesstaats beschränkt, wird für aufgehoben erklärt. Dagegen ist unter dieser Freizügigkeit nicht begriffen, jede Abgabe, welche mit einem Erbschafts-Anfall, Legat, Verkaufe, einer Schenkung und dgl. verbunden ist, und ohne Unterschied, ob das Vermögen im Lande bleibt, oder herausgezogen wird, ob der neue Besitzer ein Inländer oder ein Fremder ist, bisher entrichtet werden mußte, namentlich Collateral-Erbschaftssteuer, Stempelabgabe und dgl.; auch Zollabgaben werden durch die Nachsteuer-Freiheit nicht ausgeschlossen. 4) Die zum Vortheile der einzelnen Staaten oder Gemeinden bestehenden Schuldentilgungs-Cassen, oder überhaupt wegen der Communal-Schulden eingeführten Abzüge von auswanderndem Vermögen werden durch den Art. 18. der Bundesacte als aufgehoben angesehen. — — 6) Die durch die Bundesacte festgesetzte Nachsteuer- und Abzugsfreiheit findet ohne Unterschied statt, ob die Erhebung dieser Abgabe bisher dem landesherrlichen Fiskus, den Standesherrn, dem Privat-Berechtigten, Communen, oder Patrimonialgerichten zustand; und die ausgesprochene Aufhebung aller und jeder Nachsteuer kann keinen Grund zu einer Entschädigungs-Forderung an den Landesherrn für die den Berechtigten entgehende Einnahme abgeben. Auch die Art der Verwendung des Abzugsgefälls kann keinen Grund darbieten, dasselbe gegen die Bestimmung der Bundesacte bestehen zu lassen. 7) Die besonderen Freizügigkeits-Verträge werden, insoweit sie dasjenige, was die Bundesacte und dieser Beschluß der Bundesversammlung über die Freiheit von aller Nachsteuer enthält, begünstigen, erleichtern oder noch mehr ausdehnen, auch künftig aufrecht erhalten, — und dergleichen Verträge bestehen also insofern, als sie den in der Bundesacte und in dem gegenwärtigen Beschlusse aufgestellten Normen nicht entgegen sind. — —

15) Mittermaier a. a. O. §. 110. — Maurenbrecher, Lehrbuch, I. §. 142.

Zweites Kapitel.

Die juristischen Personen.

1. Im Allgemeinen.

§. 66.

Begriff und Arten.

Die Rechtsfähigkeit kommt, wie schon oben (§. 56.) bemerkt worden, nicht bloß den einzelnen Menschen zu; sie kann auch mit etwas Anderem verbunden sein, wodurch für das Rechtsleben eine zweite Art von Rechtssubjecten oder Personen gewonnen wird. Solche Personen pflegt man jetzt juristische zu nennen, während sie früher gewöhnlich als moralische oder mystische bezeichnet wurden. Diese Ausdrücke sind aber bloß doctrinell, und sollen nur den Gegensatz zu dem physischen Leben der einzelnen Menschen andeuten; Folgerungen, welche nicht anderweitig ihre Rechtfertigung finden, darf man daher aus dieser Benennung nicht ableiten.

Unter der Rechtsfähigkeit, welche den juristischen Personen zusteht, ist nun aber ganz allgemein nur die Eigenschaft zu verstehen, daß sie selbständige Rechtssubjecte und als solche befähigt sind, Rechte zu haben, also auch zu erwerben, und dem entsprechend Verbindlichkeiten zu übernehmen. Der Umfang dieser Rechtsfähigkeit kann verschieden seyn, und ist nicht nothwendig nach der der einzelnen Menschen abzumessen, wenn diese auch als die gewöhnliche und regelmäßige Erscheinung zum Vorbild für die Behandlung des ganzen Instituts dienen wird. Daß aber keine volle Uebereinstimmung zwischen beiden besteht, ergibt sich schon daraus, daß alle Rechtsverhältnisse, welche mit der physischen Natur und dem Familienwesen einzelner Menschen zusammenhängen, bei den juristischen Personen keine

Anwendung finden können, oder doch nur künstlich darauf bezogen werden, wie z. B. nach römischem Recht hinsichtlich der Dauer des Nießbrauchs einer Gemeinheit geschehen ist. Vor Allem ist es die Vermögensfähigkeit, welche den juristischen Personen zukommt, und welche für das Privatrecht die wichtigste Seite ihrer Rechtsfähigkeit bildet, so daß die Einheit einer collegialisch besetzten Behörde oder eines Amtes in seiner wechselnden Besetzung hier keine weitere Berücksichtigung findet ¹⁾. Indessen darf man die Vermögensfähigkeit doch auch nicht zu unbedingt an die Spitze der Lehre stellen; denn theils kann sie wieder bei den verschiedenen Arten der juristischen Personen einen verschiedenen Umfang haben ²⁾, theils ist deren Rechtsfähigkeit darin nicht ausschließlich enthalten. Abgesehen nämlich von der freieren Stellung, welche die Corporationen im Rechtsleben einnehmen, wovon später noch besonders zu handeln, gehört es zu den nothwendigen Eigenschaften einer jeden juristischen Person, daß sie als solche an den Geschäften Theil nehmen und namentlich vor Gericht vertreten werden kann ³⁾.

Für die weitere Darstellung dieser Lehre ist es nun vor Allem wichtig, die einzelnen Arten der juristischen Personen kennen zu lernen, damit man überhaupt wisse, in welchen Erscheinungen dieses Institut gemeinrechtlich ausgeprägt worden ist, und also in den Stand gesetzt werde, es in seinem ganzen

1) v. Savigny, System, II. S. 236. ff.

2) Puchta in Weiske's Rechtslexicon, III. S. 68—70. Die Erbfähigkeit aus dem Testamente ist ihnen jetzt aber allgemein einzuräumen; denn wenn dieß auch nicht aus Justinian's Verfügung über die Einsetzung der incertae personae hergeleitet werden kann, so hat die Praxis doch eine Regel gewohnheitsrechtlich darüber festgestellt, welche der allgemeinen Stellung der Lehre im modernen Rechtsleben entspricht. Vgl. Mühlbruch, Pandecten-Commentar, XXXIX. S. 442. Das Recht, aus Vermächtnissen zu erwerben, ist auch v. Savigny a. a. D. S. 306. den juristischen Personen überhaupt einzuräumen geneigt.

3) Mühlbruch, rechtliche Beurtheilung des Stäbelschen Beerbungsfalls (Halle 1828.) S. 163.

Zusammenhänge sich zur Anschauung zu bringen, und die besondere Natur der einzelnen Verhältnisse gehörig zu unterscheiden.

I. Der Staat.

Dem Staate, welcher das ganze Volk zu einer geordneten Einheit zusammenfaßt, kommt im eminenten Sinne die Bedeutung einer selbständigen Persönlichkeit zu, welche sich besonders deutlich und bestimmt in den völkerrechtlichen Beziehungen darstellt. Aber auch in den innern Verhältnissen macht sie sich nicht weniger geltend, und wird nach der vermögensrechtlichen Seite hin als *Fiscus* bezeichnet⁴⁾.

II. Die Corporation.

Darunter wird eine Mehrheit einzelner Menschen verstanden, welche zu gemeinsamen Zwecken verbunden, als Ganzes betrachtet mit einer selbständigen Persönlichkeit versehen ist, so daß nicht der Collectivbegriff der Einzelnen in ihrer Vereinigung, sondern diese selbst, die Gemeinheit als das Rechtssubject erscheint.

III. Die Stiftung.

Es wird ein Vermögen hingegeben, damit mit dem Ertrage desselben ein bestimmter dauernder Zweck erfüllt werde, und zu diesem Behuf eine juristische Person geschaffen. Diese ist nicht mit dem Zweck der Stiftung unmittelbar verbunden, auch nicht mit dem Vermögen, welches dem Zweck dienen soll⁵⁾; sondern die Anstalt, welche durch die Bestimmung des Vermögens zu dem Fundationszweck errichtet wird, trägt den Charakter der selbständigen Persönlichkeit an sich.

IV. Die ruhende Erbschaft (*hereditas jacens*).

Mit dem Tode eines Menschen endet seine Persönlichkeit; doch hat das römische Recht ausnahmsweise die Fortdauer

4) v. Savigny a. a. D. S. 360. ff. — Buchta a. a. D. S. 75.

5) So wird die Sache dargestellt von Pfeifer, die Lehre von den juristischen Personen (Tübingen 1847.) S. 122.

derselben auch über jenen Zeitpunkt hinaus fingirt, indem es sie für die Vermögensverhältnisse des Erblassers, welcher darin durch den Erben repräsentirt wird, noch wirksam sein läßt. Vor dem Eintritt des letzteren wird diese juristische Persönlichkeit aber als mit dem Nachlaß selbst verbunden gedacht, was besonders für die Möglichkeit des Erwerbs zum Besten derselben von Wichtigkeit ist ⁶⁾. Im heutigen Recht wirkt das Institut der Testamentvollzieher modificirend auf diese Lehre ein, und wo es keiner besonderen Erbschaftsantrittung bedarf, findet sie überhaupt keine Anwendung. Wenn daher die juristische Persönlichkeit der ruhenden Erbschaft gegenwärtig auch nicht ganz ohne Bedeutung ist ⁷⁾, so hat sie doch nur sehr beschränkte Wirkungen, und kommt bei einer principienmäßigen Behandlung der Lehre von den juristischen Personen nicht weiter in Betracht.

Dagegen ist es in keiner Weise zu billigen, wenn man auch die Grundstücke in Beziehung auf die mit ihnen verbundenen Realrechte zu den juristischen Personen gezählt hat ⁸⁾. Dieß entspricht weder der römischen noch der deutschen Rechtsanschauung, nach welcher eine solche Personification von Sachen, deren consequente Durchführung nur zu Verwirrungen Anlaß geben würde, nicht zulässig erscheint ⁹⁾. Auch fehlt dazu bei der Ausbildung, deren der Begriff der Zubehörungen fähig ist, das Bedürfniß ¹⁰⁾.

6) Mühlenbruch, Beurtheilung des Städtelchen Beerbungsfalls, S. 163. ff. — Puchta, Pandecten, §. 446—47.

7) Gegen diese von Savigny, System, II. S. 363—73. aufgestellte Ansicht s. Pfeifer a. a. D. S. 151—61.

8) A. Heise, Grundriß eines Systems des gemeinen Civilrechts (3. Aufl. Heidelberg 1819.) S. 25. Note 15.

9) Puchta in Weiske's Rechtslexicon, III. S. 66. — Eine Anwendung jenes Begriffs finde ich in dem hie und da gemachten Versuch, bei intabulirten Schuldposten das Grundstück als den eigentlichen Schuldner darzustellen.

10) Auch Reyscher, württemb. Privatrecht, I. §. 94. führt die Grundstücke nicht unter den juristischen Personen auf, und nennt a. a. D.

§. 67.

Entstehung der juristischen Personen.

Es ist die gemeine Meinung der Rechtslehrer, daß juristische Personen nur auf einer Fiction beruhen, eine künstliche Existenz haben, welche ihnen allein durch den Willen der Staatsgewalt beigelegt werden könne. Zwar wird schon eine gewisse thatsächliche Grundlage vorausgesetzt, damit der Staat seine Schöpfung zu Stande bringe: bei der Corporation die Mehrheit von Personen, welche sich zu einem gemeinsamen Wirken vereinigen will; bei der Stiftung die Vermögensmasse, welche für den bestimmten Zweck dargebracht worden ist. Aber es sollen dieß eben nur die thatsächlichen Voraussetzungen sein, an welche der Staat seine Fiction anknüpft, wozu die ältere Theorie jedesmal eine ausdrückliche Erklärung desselben wie bei der Ertheilung von Privilegien für unumgänglich nöthig hielt ¹⁾, während man später annahm, daß es auch stillschweigend durch wissentliche Duldung und thatsächliche Anerkennung geschehen, ja daß die Staatsgenehmigung für eine ganze Classe juristischer Personen durch eine Rechtsregel ausgesprochen werden könne ²⁾.

Daß nun diese Lehre nach einem positiven Rechte so ausgebildet sein kann, ist keinem Zweifel unterworfen, und namentlich das römische Recht scheint sie entschieden so aufgefaßt zu

§. 245. das Realrecht ausdrücklich Zubehörde des berechtigten Gutes. Es ist daher nicht im strengen Wortsinne zu nehmen, wenn er ebendasselbst §. 223. Note 1., um für die Darstellung der Realrechte einen besonderen Abschnitt im System zu gewinnen, „von einer Erhebung der Sachen an der Seite von Rechtssubjecten“ spricht.

1) Leyser, meditt. ad pand. Sp. 54. med. 2. 3. — Zachariae, liber quaestion. X. §. 3. — Thibaut, System, I. §. 130. Es wird hier freilich durchweg nur von den Corporationen gehandelt, aber die allgemeine Begründung führt auf die juristischen Personen überhaupt zurück.

2) Mühlbruch, Beurtheilung des Städtelchen Beerbungsfalls, S. 140—214. Pandecten-Commentar, XL. S. 1—14. — v. Savigny, System, II. S. 236. 275—79. — Buchta im Rechtslexicon, III. S. 67. 68.

haben. Allein in einer solchen Beschränkung werden jene Sätze meistens nicht aufgestellt, sondern ganz allgemein als sich von selbst verstehend vorgetragen, so daß die Möglichkeit einer abweichenden Rechtsbildung nicht einmal zugegeben wird. Diese Auffassung der Sache hat aber nicht bloß ein wissenschaftliches Interesse, sondern sie ist auch von unmittelbar praktischer Bedeutung; denn wenn sich darthun ließe, daß juristische Personen nicht nothwendig auf einer vom Staate ausgehenden Fiction beruhen, daß sie vielmehr auch ohne dessen Zuthun selbständig entstehen können, so würde auch ein näheres Eingehen auf die Frage, wie es sich hiermit nach deutschem Rechte verhält, nicht zu umgehen sein. Denn die Berufung auf das römische Recht ist bei der Feststellung einer Lehre, welche rein staatsrechtlicher Natur ist, nicht gerechtfertigt³⁾.

Betrachten wir nun einmal jene Behauptung, daß eine juristische Person nur durch den Staatswillen entstehen könne, (denn so muß die Regel gefaßt werden, wenn es sich um eine Fiction handelt) erst ganz im Allgemeinen, so liegt doch sogleich der Einwand sehr nahe, woher denn die juristische Persönlichkeit des Staates selbst ihre rechtliche Begründung gewonnen habe? Darauf wird man nicht erwidern können, die juristische Persönlichkeit betreffe nur die Vermögensfähigkeit, diese stelle im Staate der Fiscus dar, welcher von der schon constituirten Staatsgewalt angeordnet sei. Denn die Vermögensfähigkeit bildet eben nur die eine Seite der selbständigen Persönlichkeit, und für den Staat nicht einmal die überwiegend wichtige; man

3) Dies ist noch verkannt worden von Pfeiffer, Zeitschrift für deutsches Recht, IX. S. 472. Ebenso unbegreiflich ist es, wie Mühlbruch, Commentar a. a. D. S. 14. sagen kann, die im Text behandelte Frage sei durch das canonische Recht entschieden, welches ausdrücklich bestimme, daß eine Genossenschaft die Rechte einer juristischen Person erst durch höhere Genehmigung erhalten könne. Als wenn das Kirchenrecht des Mittelalters unser heutiges Staatsleben noch beherrschte! Daß die von Mühlbruch angezogene Stelle (cap. 14. X. de excess. praelatorum 5, 31.) das von ihm behauptete gar nicht enthält, mag nur gelegentlich bemerkt werden.

darf sich also den Staat nicht schon als gesetzt denken, um durch ihn die Existenz des Fiscus d. h. eines Theils seines Organismus zu erklären. Es kommt aber ferner noch in Betracht, daß sich schon vor der Ausbildung einer concentrirten Staatsgewalt, z. B. bei der altgermanischen Stammesverfassung und auch noch im späteren Mittelalter corporative Einrichtungen in selbständiger Haltung finden, welche dem Staate vorhergegangen sind, und durch seinen Willen nicht erst haben begründet werden können, und in der That auch nicht begründet worden sind. Es ist daher einfach eine *petitio principii*, wenn man die juristische Person schon ihrem Begriff nach als eine Fiction der Staatsgewalt bezeichnet; sie kann auch auf dem Wege der natürlichen Rechtsbildung neben den einzelnen Menschen entstehen, indem die Möglichkeit dazu durch die ganze politisch-socialen Anlage eines Volkes gegeben ist⁴⁾. Statt der Rechtsregel, welche für einzelne Arten der juristischen Personen ihre staatliche Anerkennung soll anticipiren können, macht sich dann ein allgemeines Rechtsprincip geltend, welches wir namentlich für die Corporationen im Associationsgeiste der Deutschen wirksam finden.

Indessen läßt es sich doch auch nicht verkennen, daß sich der Staat in seiner modernen Gestaltung den juristischen Personen und ihrer Entstehung gegenüber nicht gleichgültig verhalten kann. Ein Recht der Kenntnißnahme, der Oberaufsicht und der Verhinderung ist ihm nicht zu entziehen, und wenn es sich um Institute handelt, welche das öffentliche Interesse unmittelbar berühren, und namentlich in die Staatsverfassung hinübergreifen, so ist für deren Begründung die ausdrückliche Anerkennung von Seiten des Staats für nothwendig zu halten. Auch kommt die Ansicht, welche durch stillschweigende Duldung

4) *Olvers*, theoretisch-praktische Erörterungen aus der Lehre von der testamentarischen Erbfähigkeit, insbesondere juristischer Personen (Göttingen 1827.) S. 195 ff. — *Mein Volksrecht und Juristenrecht*, S. 169. ff.

und thatsächliche Anerkennung die ausdrückliche Genehmigung ersetzen läßt, im Wesentlichen zu demselben Resultate. Die Thätigkeit, welche die Staatsgewalt bei der Begründung juristischer Personen ausübt, erscheint darnach nicht mehr als die eigentlich bestimmende, wie man es bei der Annahme einer Fiction vermuthen sollte, sondern sie nimmt mehr eine secundäre, polizeiliche Haltung an; das jus constituendi wird zum jus confirmandi, und zwar mit der Zulassung des stillschweigenden Consenses. Daraus folgt schon, daß die juristischen Personen nicht nothwendig durch den Willen der Staatsgewalt geschaffen werden; nur die offene Anerkennung des Princips fehlte noch, welche aber aus allgemeinen rationellen Gründen gewiß nicht verweigert werden kann.

Für Deutschland enthalten die einheimischen Quellen des gemeinen Rechts, welche über diese Frage allein entscheiden können, keine Vorschriften, welche das vorher aufgestellte allgemeine Princip als unanwendbar erscheinen ließen; das Volksrecht ist demselben vielmehr entschieden günstig, wenn auch der moderne Staat den ihm gebührenden Einfluß geltend zu machen weiß⁵⁾. Der Umstand, daß dieser Einfluß nach der Gesetzgebung oder doch der Praxis mancher Staaten die vorher beschriebenen Grenzen überschritten hat, so daß die Entstehung der juristischen Personen unbedingt von der höheren Genehmigung abhängig gemacht ist, genügt noch nicht, um daraus ein gemeinrechtliches Princip abzuleiten. — Indessen wird sich später noch die Gelegenheit finden, für einzelne Arten der juristischen Personen auf diese Frage zurückzukommen; hier mag nur noch zum Schluß bemerkt werden, daß die Anerkennung oder Genehmigung, wo sie überhaupt nöthig, von der Executivgewalt zu ertheilen ist; ob aber unmittelbar vom Souverän oder von den Ministerien oder andern Behörden, das

5) Vgl. Klüber, öffentliches Recht des teutschen Bundes, §. 360. (280.), bei dem sich schon die hier verteidigte Ansicht findet.

kann nur nach der besondern Verfassung der einzelnen Staaten entschieden werden.

II. Die Corporation.

§. 68.

Princip und Bedeutung.

Die Vereinigung mehrerer Menschen zu gemeinsamen Zwecken läßt das römische Recht in zwiefacher Art geschehen. Entweder bleibt die ursprüngliche Trennung der Rechtssubjecte bestehen, welche nur vorübergehend, sei es zufällig oder durch Vertrag zu einer Gemeinschaft verbunden sind, so daß immer nur ein Collectivwille Mehrerer, nie aber ein davon zu unterscheidender selbständiger Wille der Gesamtheit vorliegt, und die Rechte und Pflichten der Einzelnen nach bestimmten, wenn auch nur arithmetischen oder ideellen Theilen von einander unterschieden sind. Das ist die *communio*. Oder die Vereinigung selbst ist zu einem selbständigen Rechtssubjecte geworden, welches die Stellung einer juristischen Person einnimmt, diesen Begriff aber in einer solchen Schärfe und Consequenz verwirklicht, daß nur die Gesamtheit als solche berechtigt und verpflichtet erscheint, die einzelnen Mitglieder derselben aber nur insofern in Betracht kommen, als sie das Substrat der Gesamtheit sind und diese verfassungsmäßig vertreten. Zwischen einer solchen Verbindung, *universitas* genannt, und der *communio* ist nach römischem Rechte keine Vermittlung; es liegt entweder das eine oder das andere Verhältniß vor¹⁾.

Nach deutschem Rechte ist das anders. Der Associationsgeist hat hier nicht bloß jene extremen Institute ausgebildet, welche auch das römische Recht kennt, sondern das zwischen ihnen liegende Gebiet mit einer großen Menge verschiedenartiger Vereinigungen bedeckt, bei denen jener schroffe Gegensatz zwischen

1) Lehre von den Erbvertr., I. S. 74—77.

universitas und communio nicht durchgeführt worden ist?). Diese deutschrechtlichen Vereine weichen aber wieder in wichtigen Punkten von einander ab, indem bei ihnen das Princip der Gemeinschaft bald mehr bald weniger stark und einflussreich sich zeigt. Es lassen sich darnach drei verschiedene Classen unterscheiden.

I. Der Verein hat eine selbständige Persönlichkeit, welche ihn als ein eigenes Rechtssubject, verschieden von der Gesamtzahl seiner einzelnen Mitglieder erscheinen und im Rechtsleben sich bethätigen läßt. Hier findet sich also das Merkmal der juristischen Person, wie bei der römischen universitas, nur unterscheidet sich von dieser das Institut in der deutschen Auffassung dadurch, daß die juristische Person nicht nothwendig allein und ausschließlich in demselben sich geltend macht, sondern eine selbständige Berechtigung der einzelnen Mitglieder im Verein neben sich duldet, welche namentlich in Beziehung auf die Vermögensverhältnisse von Wichtigkeit ist. Eine solche Combination widerspricht an sich gar nicht dem Begriff der juristischen Persönlichkeit, welche durch das Sonderrecht der Mitglieder in ihrer Wirksamkeit nur beschränkt, aber nicht aufgehoben wird, und es ist daher willkürlich und unbegründet, wenn man sie nur in der Form der römischen universitas für möglich hält²⁾. Auf der andern Seite ist es aber nicht durchaus nothwendig, daß dieser Begriff nach deutschem Recht durch das Sonderrecht der Mitglieder modificirt wird; er kann auch hier rein zur An-

2) S. Lehre von den Erbvertr. I. S. 77—88. — Volkrecht und Juristenrecht, S. 161. ff. — Als Beispiel einer solchen Vermischung habe ich a. a. D. der Erbvertr. S. 81—84. das Recht der Ganerbschaft entwickelt. Nun scheint es mir sehr bezeichnend, daß von zwei Gegnern der hier vertretenen Lehre der Eine (Maurenbrecher, Lehrbuch, I. S. 173. a. G.) die Ganerbschaft für eine universitas, der Andere (Duncker, Gesamteigenthum, S. 152.) sie für eine communio erklärt.

3) Dieß ist freilich ein sehr verbreiteter Irrthum, von dem sich auch Mittermaier (Verhandlungen der Germanisten, Frankf. a. M. 1847. S. 157—158.) nicht frei gehalten hat.

wendung kommen; wie z. B. bei der Gemeinde, welche keine für die Benutzung der einzelnen Bürger bestimmten Gemeindegüter hat, regelmäßig der Fall sein wird ⁴⁾).

II. Es findet unter Mehreren eine materielle Rechtsgemeinschaft statt, welche für bestimmte Beziehungen die Grenzen ihrer besonderen Persönlichkeit aufhebt, und dieselbe gleichmäßig über die ihnen gemeinsam gewordene Sphäre erweitert, ohne daß jedoch ein neues, selbständiges Rechtssubject in der Vereinigung begründet würde. Dahin ist namentlich die Vergabung von Todes wegen, insofern sie nicht bloß unter dem Vorbehalt des Nießbrauchs geschah, zu rechnen; desgleichen die Gütergemeinschaft der Ehegatten, da die Ehe als solche keine juristische Person bildet ⁵⁾. Auch die auf Gemeinschaft des Grundbesitzes ruhenden Anfänge mancher Landgemeinden mögen sich ursprünglich in einem solchen Verhältniß befunden haben, obgleich doch schon in der Markengenossenschaft die Einzelnen zu einer Gemeinheit mit einer corporativen Selbständigkeit zusammengefaßt erscheinen.

III. Manche Vereine des deutschen Rechts entsprechen im Allgemeinen dem Begriff der römischen *communio*, welcher nur dadurch modificirt worden, daß die ausschließliche Begründung auf die Individualität der einzelnen Mitglieder und die unbedingte Herrschaft des Einzelwillens nach der Seite der universitas hin eine Beschränkung gefunden hat. So erfolgt die Auslösung einer Handelsfirma nicht nothwendig mit dem Austritt oder dem Tode eines Mitgliedes; nach außen erscheint die Firma als solche formell legitimirt u. f. w., ohne

4) Dieß ist von Weiske, praktische Untersuchungen, III. S. 113. ff. bei der von ihm aufgestellten Unterscheidung zwischen einer römischrechtlichen und deutschrechtlichen Corporation übersehen worden; vgl. auch unten Note 8.

5) Das ist die Ansicht von Haffe, Beitrag zur Revision der bisherigen Theorie von der ehelichen Gütergemeinschaft (Kiel 1808.) §. 10—19. S. dagegen meine Lehre von den Erbvertr., I. S. 74. 88.

daß ihr jedoch eine juristische Persönlichkeit beigelegt werden dürfte⁶⁾.

Wenn nun diese verschiedenen Vereine ihrer rechtlichen Natur nach näher bestimmt werden sollen, so ist es klar, daß nur die erste Classe zu den Corporationen zu rechnen ist, indem nur diejenigen Verbindungen, welche eine selbständige Persönlichkeit haben, nach dem oben (§. 66) aufgestellten Princip unter diesen Begriff gefaßt werden können. Zwar bietet auch die Rechtsgemeinschaft unter Ehegatten und in ähnlichen Verhältnissen der rechtlichen Betrachtung eine Seite dar, welche nur dann richtig verstanden werden kann, wenn man nach dem Vorbilde der Corporation das die Mitglieder umschließende Band organischer Einigung gehörig zu würdigen und für die Rechtsentwicklung zu benutzen weiß. Die Lehre vom Gesamteigenthum wird davon Zeugniß geben⁷⁾. Aber eine Corporation im technischen Sinne ist hier nicht anzunehmen. Ebenso wenig ist dieß für die dritte Classe der Fall, da auch hier das charakteristische Merkmal der Corporation fehlt, welches durch die bloße Modification des Gesellschaftsbegriffs nach dieser Seite hin noch nicht ersetzt wird. Als erstes und allgemeines Princip für diese Lehre ist vielmehr der Satz aufzustellen: nur solche Vereine, welche eine selbständige, juristische Persönlichkeit haben, sind Corporationen⁸⁾.

6) Gegen diese von Hassenpflug in *Olvers Themis*, I. Nr. III. S. 59–72. aufgestellte Ansicht s. ebendas. Nr. XVIII. S. 498–536., und das *Trachten* bei *Ed. Gans*, Beiträge zur Revision der preussischen Gesetzgebung, Nr. V. S. 36–67.

7) Lehre von den Erbvertr. I. S. 84–94. — *Volkrecht und Juristenrecht* S. 189–93. — *Bluntschli*, Staats- und Rechtsgeschichte der Stadt und Landschaft Zürich I. S. 82–83. — *Wolff*, Lehrbuch des deutschen Privatrechts, I. §. 64. ff. — *Stahl*, Rechts- und Staatslehre, I. S. 295.

8) *Volkrecht und Juristenrecht* S. 161. — *Budde in Schneider's* *trit. Jahrbüchern* 1845. S. 36–40. — Den Versuch, den Begriff der juristischen Person durch die Annahme einer s. g. juristischen oder

Die selbständige Persönlichkeit der Corporation macht sich zunächst in ihren bestimmten rechtlichen Beziehungen geltend, indem sie nach außen hin als selbständiges Rechtssubject auftritt, regelmäßig mit einem eigenen Namen und Siegel versehen und befugt, sich durch einen Syndicus vor Gericht vertreten zu lassen⁹⁾. Außerdem aber hat die Corporation als solche an ihrem Vermögen, wenn auch nicht immer das volle Eigenthum, so doch gewisse Proprietätsrechte, durch welche die Sonderrechte der einzelnen Mitglieder beschränkt und zusammengehalten werden, und in ihren rein obligatorischen Verhältnissen erscheint sie als allein berechtigt und verpflichtet, so daß die einzelnen Mitglieder nicht direct, und nicht über ihre verfassungsmäßigen Einschüsse und Beiträge wegen der Schulden verhaftet sind¹⁰⁾. Aber es ist nicht bloß diese vermögensrechtliche Seite, welche bei der Corporation das einzige juristische Interesse darbietet, wie es ja auch in der Familie nicht bloß das Güterwesen ist, welches vom Rechte erfaßt wird. Um die ganze Erscheinung in ihrer allgemeinen Bedeutung und in ihren besonderen Formen gehörig würdigen zu können, ist es vor Allem nöthig, daß man sich das gesammte corporative Leben zur Anschauung bringt, und namentlich den Zweck, zu dessen Erreichung solche Vereine sich gebildet haben, klar erkennt. In dieser letzten Beziehung findet nun freilich die größte Mannichfaltigkeit der Absichten und Bestrebungen statt; bald wird,

collectiven Einheit, welche den deutschrechtlichen Corporationen einzuwohnen soll, zu ersetzen, halte ich für ganz verfehlt. Die Ansicht findet sich nach Dieck, hall. Encyclopädie, Band 26. S. 492., bei Wolff, Lehrbuch, I. §. 77. und J. Weiske, prakt. Untersuchungen, III. S. 162—66. Sie beruht auf dem oben besprochenen Irrthum, daß die juristische Person nur rein und unbeschränkt, wie in der universitas vorkommen kann. Für die vorher in der zweiten Classe charakterisirte Rechtsgemeinschaft würde sich etwa jene Bezeichnung: juristische Einheit anwenden lassen.

9) Leysler, meditt. ad pand. Sp. 54. med. 2. 3. — Thibaut, System, I. §. 132. — Zachariae, liber quaest. X. §. 19.

10) Pfeiffer in der Zeitschrift für deutsches Recht, IX. S. 455—56.

wie in der Gemeinde, eine Mehrheit von Interessen, welche sich über verschiedene Verhältnisse verbreiten, durch die Corporation befriedigt; bald ist es nur ein vereinzelter Zweck, welcher durch sie erreicht werden soll. Der Associationsgeist der germanischen Völker hat sich sehr reich und fruchtbar an solchen Schöpfungen gezeigt. Im Allgemeinen aber wird man annehmen dürfen, daß es sich um ein Ziel handelt, welches kein bloß vorübergehendes Interesse gewährt, sondern, soweit menschlichen Dingen dies überhaupt vergönnt ist, den Charakter der Dauer an sich trägt. Es kann freilich, wie schon bemerkt worden, auch die bloß gesellschaftliche Vereinigung jezt über den Austritt oder Tod der einzelnen Mitglieder hinaus erhalten und sogar auf die Erben ausgedehnt werden, womit denn auch die temporäre Ausschließung der Theilungsklage zusammenhängt. Aber damit ist doch nur das römische Princip der *communio* in seiner starren Consequenz beschränkt; ganz aufgehoben kann es nicht werden, wenn man nicht das Institut mit einem andern vertauschen, die Gesellschaft zur Rechtsgemeinschaft, oder, wenn eine juristische Persönlichkeit vorhanden, zur Corporation machen will¹¹⁾. Daher kann sie nicht auf die Dauer, d. h. ohne die Beschränkung auf einen vorübergehenden Zweck oder auf eine bestimmte Zeit oder auf bestimmte Personen und deren Erben errichtet werden¹²⁾, während sich gerade für Cor-

11) Dies hat Duncker, das Gesamteigenthum, §. 6. übersehen.

12) Vgl. Oesterr. Gesetzb. §. 1206. Die gesellschaftlichen Rechte und Verbindlichkeiten gehen in der Regel nicht auf die Erben eines Mitgliedes über. Doch sind diese, wenn mit ihnen die Gesellschaft nicht fortgesetzt wird, berechtigt, die Rechnungen bis auf den Tod des Erblassers zu fordern und berichtigen zu lassen. Sie sind aber im entgegengesetzten Fall auch verbunden, Rechnungen zu legen und zu berichtigen. §. 1207. Besteht die Gesellschaft nur aus zwei Personen; so erlischt sie durch das Absterben der Einen. Besteht sie aus mehreren; so wird von den übrigen Mitgliedern vermuthet, daß sie die Gesellschaft noch unter sich fortsetzen wollen. Diese Vermuthung gilt auch überhaupt von den Erben der Handelsleute. §. 1208. Lautet der von Personen, die

porationen der fortdauernde Zweck als ein wesentliches Merkmal nothwendig geltend macht¹³). Damit ist aber natürlich nicht gesagt, daß die Staatsgewalt nicht befugt sei, auch solchen Vereinen, welche nur für eine bestimmte Zeit errichtet sind, die Rechte einer juristischen Person beizulegen¹⁴). Praktisch wichtig ist überhaupt die ganze Frage vorzugsweise nur dann, wenn es sich darum handelt, ob ein Verein, welcher nicht von Staatswegen mit einer juristischen Persönlichkeit ausgestattet worden, eine solche doch in Anspruch nehmen kann, wovon unten (§. 71) noch genauer zu handeln ist. Hält man dieß aber unter Umständen für zulässig, so wird der fortwährende Zweck als wesentliches Erforderniß so zu fassen sein, daß kein bestimmtes Ende der Vereinigung gesetzt und beabsichtigt worden ist und auch nicht in verhältnißmäßig naher Zeit als unvermeidlich erscheint, wenn auch immerhin ein späteres Ende in unbestimmter Zu-

keine Handelsleute sind, errichtete Gesellschaftsvertrag ausdrücklich auch auf ihre Erben; so sind diese, wenn sie die Erbschaft antreten, verpflichtet, sich nach dem Willen des Erblassers zu fügen; allein auf die Erbeserben erstreckt sich dieser Wille nicht; noch weniger vermag er eine immerwährende Gesellschaft zu gründen. Vgl. §. 832.

13) Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 6. §. 25. „Die Rechte der Corporationen und Gemeinen kommen nur solchen vom Staate genehmigten Gesellschaften zu, die sich zu einem fortdauernden gemeinnützigen Zwecke verbunden haben.“ — Daß der Zweck der Corporation ein gemeinnütziger sein müsse, ist nach gemeinem Recht nicht für ein wesentliches Merkmal zu halten; überhaupt hat das preussische Landrecht die Lehre von den Gesellschaften, Gemeinschaften und Corporationen sehr selbständig behandelt. S. Th. I. Tit. 17. Th. II. Tit. 6.

14) Pr. Gesetz über die Actiengesellschaften v. 9. Nov. 1843. (G. S. S. 341. ff.) §. 2. Der Gesellschaftsvertrag — — muß insbesondere bestimmen: 2) den Gegenstand des Unternehmens und ob dasselbe auf eine gewisse Zeitdauer beschränkt ist oder nicht. — §. 8. Actiengesellschaften erlangen durch die landesherrliche Genehmigung die Eigenschaft juristischer Personen, und insbesondere das Recht, Grundstücke und Capitalien auf ihren Namen zu erwerben, und in das Hypothekenbuch einzutragen zu lassen.

kunst schon dem Zweck des Vereins nach möglich oder selbst wahrscheinlich ist. Dabei muß man denn bald auf die besonderen Verhältnisse, bald auf die allgemeine Anlage des Instituts im Ganzen und Großen Rücksicht nehmen. Der Actienverein z. B. wird nach den Umständen bald als Corporation, bald als Gesellschaft zu betrachten sein, je nachdem er die allgemeinen Merkmale des einen oder des andern Rechtsverhältnisses an sich trägt. Die Gewerkschaft wird sich durchweg als Corporation darstellen, wenn sie auch nach dem Abbau der Grube aufhört¹⁵⁾, die Rhederei dagegen, welche sich nur auf einzelne Schiffe beschränkt, und nicht unabhängig von deren Körper genossenschaftlich betrieben wird, ist nicht dahin zu rechnen.

Bisher sind nur Gesellschaft, materielle Rechtsgemeinschaft und Corporation, für welche sich die gemeinsame Bezeichnung: Vereine darbietet, einander gegenüber gestellt worden; unter den Corporationen selbst giebt es aber wieder sehr verschiedene Arten, welche unter die beiden Hauptclassen der Gemeinden und der Genossenschaften zusammengefaßt werden können. Beide bedürfen einer näheren Betrachtung; doch ist zuvor von der rechtlichen Stellung und Verfassung der Corporationen im Allgemeinen zu handeln.

§. 69.

Rechtliche Stellung und Verfassung.

Es ist eine sehr verbreitete Ansicht, daß den Corporationen als juristischen Personen zwar die Rechts- und namentlich die Vermögensfähigkeit zukomme, daß ihnen aber als künstlich ge-

15) Eine Erörterung darüber, in wiefern bei der Gewerkschaft eine juristische Persönlichkeit anzunehmen ist, kann erst später bei der Darstellung des Bergrechts gegeben werden; hier wird dieselbe vorläufig angenommen.

schaffenen, bloß in der Idee existirenden Rechtssubjecten die Fähigkeit zu selbständigen Willensbestimmungen und also auch zu Handlungen abgehe. Die Corporation wird den Unmündigen verglichen, und soll wie diese unter einer sie vollständig vertretenden Vormundschaft stehen, welche durch die Verfassung angeordnet wird, und bald von bestimmten Vorstehern und Behörden, bald von sämmtlichen Mitgliedern geführt wird¹⁾. Der Gegensatz zu dieser Auffassung ist schon oben (§. 67) angedeutet worden, indem bei der Frage über die Entstehung der juristischen Personen darauf hingewiesen ward, daß es sich hier wie bei der Ausbildung des Staatswesens im Volke nicht nothwendig und ursprünglich von einer bloß künstlichen, willkürlichen Schöpfung handle, sondern daß sich dabei die natürliche Kraft menschlicher Triebe geltend mache, welche sich zu einer freien Organisation zusammen fasse, und darin ein neues, eigenthümliches Leben begründe. Bei der Stiftung, welche ganz in die anstaltliche Einrichtung aufgeht, kann dieser Gedanke freilich überall nicht durchgeführt werden; aber bei der Corporation, welche aus einer Mehrheit von Individuen gebildet wird, und diese im Wechsel der Zeiten und der Generationen durch ihren Zweck und deren Verwirklichung im Rechtsleben zusammenhält, stellt sich die Sache anders dar. Freilich werden sich auch hier nach dem Umfang und der Bedeutung der verschiedenen Corporationen, nach dem ihnen im Allgemeinen angewiesenen Rechtsgebiete, nach ihrer rechtlichen Stellung im öffentlichen Leben, ja nach dem Geist und der Entwicklung des genossenschaftlichen Elements bei den verschiedenen Völkern überhaupt sehr erhebliche Unterschiede geltend machen, wie denn die Lehre von der Bevormundung der Corporationen als Unmündiger bei uns sich in einer Zeit ausge-

1) Mit besonderer Schärfe ist diese Ansicht durchgeführt bei v. Savigny, System, II. S. 282—83. und in der weitern Darstellung der Lehre.

bildet hat, wo dem deutschen Wesen fast jede freiheitliche Entfaltung versagt war. Aber wie im Mittelalter dieses selbständige corporative Leben, welches die Gesamtheit und die einzelnen Mitglieder und Behörden erfüllt, ohne von ihnen in individueller Subjectivität bestimmt zu werden, die schönste Blüthe des Gemeinwesens war, so hat es auch in neuester Zeit für Deutschland seine frühere Bedeutung wieder erlangt, nur daß es jetzt in der höheren Idee des Staates und der bewußten Nationalität seine Grenze und sein letztes Ziel gesetzt findet. Was aber so im Volke lebt und auch durch die moderne Gesetzgebung begünstigt und vertreten wird, das muß wieder auf die Jurisprudenz zurückwirken, und ihr den Weg zeigen, den sie bei der Behandlung dieser Lehre zu nehmen hat.

Die Corporation ist kein unmündiges, künstlich geschaffenes Gedanken Ding, welchem jede freie Beschlußnahme, jede Willensfähigkeit versagt ist. Ich nehme, um dieses zu beweisen, auf dasjenige Bezug, was früher von der Autonomie gesagt worden ist²⁾. Wenn jene Darstellung in ihrem Grundgedanken und ihren Einzelheiten nicht ganz falsch ist, — und ich meine, sie hat ihre positive Begründung gefunden — ; so ist die bewußte Rechtserzeugung in der Corporation selbst und also auch ihre Willensfähigkeit nicht in Abrede zu stellen. Daher durfte auch das Mittelalter die von seinen höchsten gesetzgeberischen Organen, dem Kaiser und dem Papste anerkannte Regel aufstellen, daß von Corporationen Verbrechen begangen werden können³⁾. Der Gedanke, daß eigentlich die Corporation

2) C. oben §. 26 — 28.

3) Cap. 4. de censibus in 6to. (3, 20.) — Auth. Item nulla und Item quaecunque C. de episcopis et cleric. (1, 3.) — R. R. G. D. v. 1555. Th. II. Tit. 10. §. 1. Vgl. L. 9. §. 1. D. quod metus c. (4, 2.) — Cap. 5. de sentent. excommun. (5, 11.) steht nicht entgegen, da es nur die Strafe der Excommunication ausschließt. Vgl. überhaupt Sintenis, de delictis et poenis univers. Servestae 1825. — Mühlenbruch, doctr. pand. I. §. 197. — Feuerbach, Lehrbuch des peinlichen Rechts (12. Ausg.) §. 28. Note des Herausgebers.

in ihren Angelegenheiten die willensfähige, handelnde Person ist, wenn sie auch äußerlich einer Vertretung bedarf, spricht sich in den Vorschriften neuerer Gesetzgebungen, namentlich über das Verhältniß der Repräsentanten zu der Corporation⁴⁾ und über die Stellung der Actienvereine im Geschäftsverkehr⁵⁾ klar und entschieden aus. — Es liegt daher auch kein Grund vor, die einigen Corporationen verliehenen jura minorum mit der älteren Theorie auf alle Corporationen auszudehnen, auch abgesehen von der anomalischen Natur dieser Rechtswohlthaten, welche ihre analoge Uebertragung nicht gestattet⁶⁾.

Dürfen wir also auch der Corporation Willens- und Handlungsfähigkeit beilegen, so versteht es sich doch von selbst, daß sie einer bestimmten Organisation bedarf, um ihren Willen fassen und aussprechen, und überhaupt handelnd auftreten zu können. Diese Organisation bildet die Verfassung der Corporation, welche, wenn sie nicht durch allgemeine Gesetze oder gewohnheitsrechtlich festgestellt worden, in den Statuten geordnet ist. Die Grundlage der verfassungsmäßigen Gewalt bildet dann regelmäßig der ursprünglichen Anlage nach die Gesamtheit der vollberechtigten Corporationsglieder, welche als die unmittelbaren Träger der selbständigen Persönlichkeit erscheinen. Doch ist es selten angemessen oder auch nur mög-

4) Vgl. z. B. Pr. A. L. R. Th. II. Tit 6. §. 114—36.

5) Pr. Gesetz v. 9. Nov. 1843. §. 9. Die Actiengesellschaften, welche auf Gewerbe oder Handelsunternehmungen gerichtet sind, haben kaufmännische Rechte und Pflichten. Uebernehmen sie Wechselverbindlichkeiten, so ist gegen sie zwar der Wechselproceß zulässig, die Execution findet aber nur in das Vermögen der Gesellschaft statt. An Orten, wo kaufmännische Corporationen bestehen, sind sie denselben beizutreten verpflichtet. — §. 7. Macht sich eine Actiengesellschaft eines groben Mißbrauchs ihres Privilegiums schuldig, so geht dieselbe ihres Rechts ohne Entschädigung verlustig. Die Aufhebung kann jedoch in diesem Falle nur durch den Richterspruch erfolgen.

6) Burchardi, die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand S. 254. ff.

lich, daß alle Geschäfte von sämtlichen Mitgliedern versehen werden; selbst in den kleineren Landgemeinden und bei solchen Genossenschaften, deren Verhältnisse einfach und leicht zu übersehen sind, pflegen doch besondere Vorsteher vorzukommen, welche wenigstens die laufenden Geschäfte besorgen. Bei wichtigeren Genossenschaften mit einem bedeutenden Geschäftsbetriebe, findet sich schon ein eigentlicher Behördenorganismus, so daß der Generalversammlung nur die wichtigeren Beschlüsse und besonders die Wahlen vorbehalten sind. In größeren Gemeinden endlich und namentlich in den städtischen sind selbst nach den freieren Verfassungen den Urversammlungen nur die Wahlen überlassen, indem im Uebrigen das politische Princip der Repräsentation durch Abgeordnete und selbständige Behörden (Stadtverordnete — Stadtrath) seine Anwendung findet ⁷⁾.

Im Einzelnen besteht aber noch eine große Mannichfaltigkeit verfassungsmäßiger Einrichtungen, deren Darstellung hier nicht gegeben werden kann. Nur über einen Punkt ist eine genauere Erörterung anzustellen, indem nämlich untersucht wird, welches Stimmenverhältniß nöthig ist, um einen gültigen Corporationsbeschluss zu Stande zu bringen. Ob dann noch unter Umständen ein neues Moment und namentlich die Bestätigung des Beschlusses durch die Staatsbehörde hinzukommen muß, um demselben seine volle Wirksamkeit zu geben, ist hier nicht weiter zu berücksichtigen, auch wird im Allgemeinen vorausgesetzt, daß jede Versammlung um deren Beschlußnahme es sich handelt, nur innerhalb ihres verfassungsmäßigen Wirkungskreises thätig ist, und diesen nicht eigenmächtig überschreitet ⁸⁾.

7) Aus dem Angeführten ergibt sich, daß die gewöhnliche Einteilung der Corporationen in *universitates inordinatae* und *ordinatae* keine rechte Bedeutung hat. Eine gewisse Organisation muß jede Corporation haben, und daß die Gesamtheit der Mitglieder stets und ausschließlich thätig ist, wird sich nicht leicht irgendwo finden.

8) Vgl. v. Savigny a. a. D. S. 331. ff., der mit Recht die Auf-

Ueber das Stimmenverhältniß entscheidet nun zunächst die Verfassung jeder einzelnen Corporation, wie sie durch Gesetz, Autonomie oder Herkommen festgestellt worden ist. Nur für Fälle, wo diese Rechtsquellen keine Auskunft geben, ist eine gemeine Theorie aufzusuchen, über welche aber sehr abweichende Ansichten bestehen.

I. Die Meinung, daß gültige Corporationsbeschlüsse im Zweifel nur einstimmig gefaßt werden können⁹⁾, ist dem Rechtsverhältniß der Gesellschaft entlehnt, und widerspricht, in dieser Allgemeinheit aufgestellt, durchaus dem Wesen corporativer Einrichtungen und ihrer thatsächlichen Erscheinung im Rechtsleben.

II. Man hat die im römischen Recht für die Decurionenversammlung erlassene Vorschrift allgemein auf deutsche Corporationen zur Anwendung bringen wollen. Es sollen sämtliche Mitglieder geladen, zwei Drittel erschienen sein, und unter diesen die Majorität der Stimmen entscheiden. Diese an sich unhaltbare Ansicht, welche indessen früher entschieden die gemeine war, ist in der Praxis nicht durchgedrungen, und in neuerer Zeit auch von der Theorie aufgegeben worden¹⁰⁾.

III. Endlich eine dritte Ansicht verlangt als Regel die absolute Majorität der Stimmen von sämtlichen Corporationsgliedern, und läßt nur für die laufenden Geschäfte, welche nothwendig abgemacht werden müssen, relative Stimmenmehrheit gelten, hält dagegen in gewissen Fällen ausnahmsweise Einstimmigkeit für nöthig. Dieses Letztere nämlich

fassung tadelt, als ob stets der Gesamtheit der Mitglieder die absolute Herrschaft über die Corporation zukomme.

9) Pfeiffer, die Lehre von den juristischen Personen, S. 94. — In besondern Fällen, namentlich bei der Familiengewessenschaft des hohen Adels ist freilich die Einstimmigkeit nothwendig; s. Lehre von den Erbrechtr. II. 2. S. 42—49. und unten S. 371. ff.

10) v. Langenn und Kori, Erörterungen prakt. Rechtsfragen, II. S. 3. ff. — Macfelden, Lehrbuch des heutigen römischen Rechts, (10. Ausg.) I. §. 143. — v. Savigny, System II. S. 336 ff.

Beseler, System I.

1. wenn den Corporationsgliedern neue Verpflichtungen und Lasten auferlegt werden sollen, deren Grund nicht in dem bisher bestandenen Corporationsverhältniß lag;

2. wenn allen Mitgliedern oder doch einer gewissen Classe derselben Rechte, die ihnen verfassungsmäßig zustehen, entzogen werden sollen;

3. wenn es sich um die Aufhebung der Corporation handelt¹¹⁾.

Diese Darstellung enthält viel Richtiges; sie entspricht aber doch, wie die unbefangene Beobachtung corporativer Verhältnisse im Rechtsleben ergiebt, nicht ganz dem bestehenden Volkrecht und ist darnach in folgender Weise zu modificiren.

a. Für die laufenden Geschäfte, zu deren Erledigung gewöhnlich bestimmte Versammlungen festgesetzt sind, entscheidet die Mehrheit der abgegebenen Stimmen, und zwar nöthigenfalls die relative Mehrheit, obgleich man wo möglich eine absolute zu erlangen suchen muß, die sich bei der richtigen Leitung auch regelmäßig wird erreichen lassen¹²⁾.

b. Auch in außerordentlichen Fällen genügt die absolute Mehrheit der in der Versammlung abgegebenen Stimmen; doch bedarf es hier der gehörigen Ladung sämmtlicher Mitglieder, welche auch durch öffentliche Blätter geschehen kann, und einer Anzeige von den zur Verhandlung kommenden Gegenständen. Ist dieß geschehen, so darf angenommen werden, daß

11) v. Langenn und Kori a. a. D. S. 1–34. Es wird hier freilich nur von den Gemeinden gesprochen, aber die rechtliche Begründung kann doch auf alle Corporationen bezogen werden. Vgl. v. Savigny a. a. D. S. 304 ff., wo die von Kori aufgestellte Lehre mit einigen Modificationen angenommen ist.

12) Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 6. §. 51. Die innern Angelegenheiten einer Corporation werden durch Berathschlagungen und Schlüsse der Mitglieder angeordnet. §. 62. Die Schlüsse der Gesellschaft werden nach der Mehrheit der Stimmen abgefaßt. §. 52. Bey gewöhnlichen Versällen, und in den ein für allemal dazu bestimmten Versammlungen entscheidet der Schluß der in dieser Versammlung gegenwärtigen Mitglieder.

die ausgebliebenen Mitglieder, indem sie sich für dieses Mal ihres Stimmrechts begeben haben, durch den gefassten Beschluß gebunden sind¹³⁾. Eine Vertretung durch Bevollmächtigte, wie sie sonst in Privatrechtsverhältnissen möglich, ist im Allgemeinen nicht für zulässig zu halten.

Diese Regeln betreffen aber zunächst die formelle Seite der Beschlußnahme durch Abstimmung; es kommt jedoch noch in Betracht, daß dieselbe auch aus materiellen Gründen in ihrer Wirksamkeit beschränkt sein kann, und darauf beziehen sich die drei von Kori aufgestellten Ausnahmefälle¹⁴⁾.

a. Die Corporation kann nur gültige Beschlüsse fassen über ihre eigenen Angelegenheiten; über die Rechte Dritter kann sie nicht verfügen. Diesen sind aber diejenigen Rechte gleichzustellen, welche die Mitglieder der Corporation als solche, seien es nun alle oder eine Classe derselben oder einzelne, selbständig inne haben, und die ihnen als wohlervorbene Rechte nicht ohne ihre Zustimmung entzogen werden können (*jura singulorum*)¹⁵⁾. Wenn über Rechte dieser Art ein Cor-

13) A. a. O. §. 53. Bey außerordentlichen Vorfällen, deren Behandlung in den Stiftungsgesetzen den ordinairten Versammlungen nicht beigelegt ist, müssen sämmtliche Mitglieder ausdrücklich eingeladen werden. §. 54. Ist bey der Einladung zu solchen außerordentlichen Versammlungen zugleich der Gegenstand der Berathschlagung angezeigt worden: so können die erscheinenden Mitglieder, ohne Rücksicht auf ihre Anzahl, einen gültigen Beschluß abfassen. Vgl. Maurenbrecher, Lehrbuch, I. §. 163. — Volkrecht und Juristenrecht, S. 183.

14) Ueber diese Unterscheidung und überhaupt über die Beschlußnahme in den Angelegenheiten einer Corporation finden sich lehrreiche Belege in der Verfassung der deutschen Bundesversammlung; f. B. A. Art. 6—8. — M. S. A. Art. 6. 12. 15. 16. Genauere Erörterungen darüber f. bei Ad. Dörr, Beiträge zur Lehre von der Organisation der Bundesregierung, in der Zeitschr. für deutsches Recht, VII. S. 243—318.

15) Ich verzichte darauf, hier ganz im Allgemeinen eine genauere Begriffsbestimmung der *jura singulorum* zu geben; dieselben tragen bei den verschiedenen Arten der Corporationen und selbst in der individuellen Ausbildung dieser Rechtsverhältnisse einen verschiedenen Charakter an sich, wenn auch die rechtliche Wirkung im Allgemeinen dieselbe ist. Auch die

porationsbeschluß gefaßt werden soll, so bedarf es dazu, falls nicht von Staats wegen gesetzlich eingeschritten wird, der Zustimmung der Betheiligten, und wenn dieß alle Corporationsglieder sind, der Einstimmigkeit.

b. Die Corporation hat eine bestimmte ihr angewiesene Rechtsphäre, für die sie gegründet ist, — welche zwar bald weiter bald enger gezogen, bald eine Mehrheit von Zwecken, bald nur einen vereinzelt in sich schließt, über welche hinaus sich aber ihre verfassungsmäßige Wirksamkeit nicht erstreckt. Soll diese überschritten werden, so ist dazu ein neuer constituirender Act nöthig, der aber, auch abgesehen von andern Erfordernissen, z. B. der Staatsgenehmigung, nur durch den einhelligen Beschluß der Versammlung erfolgen kann. Das gilt streng genommen auch von der Verwendung des Vermögens zu solchen der Corporation ursprünglich fremden Zwecken, und nicht bloß von Beiträgen, welche dazu ausgeschrieben werden¹⁶⁾. — In den Verhältnissen der Gemeinden, welche an sich schon einen ausgebehnteren Wirkungskreis ausfüllen und der Staatsaufsicht stets unterworfen bleiben, werden solche

Abhandlung von Gaudlitz — Haubold, de finibus inter jus singulorum et universitatis regulis. Lips. 1804. (und bei Haubold, opuscul. vol. II.) beschäftigt sich doch vorzugsweise nur mit dem Gesamteigenthum in der Gemeinde. Vgl. überhaupt Pfeiffer, Zeitschr. für deutsches Recht, IX. S. 456 — 60.

16) Die Fassung des preussischen Landrechts hat wohl auf die gemeinrechtliche Theorie eingewirkt; s. Th. II. Tit. 6. §. 64. Zu neuen Beiträgen, die weder in der Stiftungsverfassung noch in den allgemeinen Gesetzen des Staats gegründet sind, ist die Einwilligung aller Mitglieder erforderlich. §. 65. Sind jedoch dergleichen Anlagen zur Erfüllung des Zwecks der Corporation, oder einer von ihr vorher schon rechtsgültig übernommenen Verbindlichkeit nothwendig: so muß auch in dergleichen Angelegenheiten die geringere Zahl der Mehrheit der Stimmen sich unterwerfen. §. 66. In keinem Fall können neue Anlagen ohne Vorwissen und Genehmigung des Staats gemacht werden. §. 67. Was von neuen Beiträgen (l. Beiträgen) geordnet ist, gilt auch von Erhöhung der bisher nur gewöhnlichen.

Fragen nicht so leicht vorkommen; desto eher aber bei den Genossenschaften. Z. B. ein Actienverein, der zum Bau und Betrieb einer Eisenbahn gegründet worden, will auch eine Maschinenfabrik errichten. Da kommt es denn darauf an, ob bloß das Bedürfniß der Bahn damit gedeckt werden soll, oder eine selbständige industrielle Unternehmung beabsichtigt wird. Uebrigens ist es doch rathlich, daß man in den Statuten Vorsorge trifft, daß nicht einer eigensinnigen oder selbstsüchtigen Minorität Gelegenheit gegeben wird, das hier dargestellte Princip kleinlich auszubeuten, wenn es auch nie ganz aufgegeben werden darf, damit die Majorität nicht Gelegenheit finde, eine absolute Herrschaft zu begründen, welche namentlich in dem Actienverein, der die Herrschaft des Capitals doch schon so sehr begünstigt, zu den schlimmsten Bedrückungen führen kann.

c. Die Auflösung einer Corporation kann in allen Fällen, wo ein unmittelbares öffentliches Interesse mit ihr verbunden ist, nur unter Zustimmung der Staatsregierung geschehen; außerdem aber setzt sie den einhelligen Beschluß der Versammlung voraus, wenigstens insofern die Möglichkeit der Fortführung durch die Minorität gegeben ist, und diese sich auch dazu bereit erkärt. Denn daß sie durch die Verweigerung der Auflösung gegen die Mehrheit den indirecten Zwang ausüben könne, in der Corporation zu bleiben, läßt sich nicht behaupten, — vorausgesetzt natürlich, daß der freie Austritt nicht überhaupt ausnahmsweise beschränkt ist¹⁷⁾. Natürlich aber bleibt

17) Pr. N. L. R. a. a. D. §. 188. — Puchta in Weiske's Rechtslexicon, III. S. 72–73. will die Aufhebung der Corporation auch nicht durch einhelligen Beschluß zulassen, theils weil auch die natürliche Person nicht auf ihre Persönlichkeit verzichten könne, theils weil die juristische Person überhaupt keinen Willen habe. Ueber den letzten Punkt ist nun schon früher gehandelt worden; was aber den ersten betrifft, so zeigt sich hier, wie bedenklich die zu schroffe Durchführung der Analogie auch in den Rechtsverhältnissen wirkt; sonst könnte man wohl den Einwurf machen, ob denn auch bei der Corporation ein Selbstmord unbedingt zu

den anderweitig Betheiligten jeder Rechtsanspruch an das Vermögen und gegen die Mitglieder, namentlich wegen betrügerischer Handlungsweise derselben erhalten, wenn auch ein privatrechtlicher Anspruch auf die Fortdauer der Corporation von außen her sich nicht leicht wird begründen lassen¹⁸⁾. Das Corporationsvermögen fällt aber, wenn es nicht vor der Auflösung gültig aufgetheilt worden und allein die Corporation als juristische Person Rechte daran hatte, als *bonum vacans* an den Fiskus; hatten aber auch die Mitglieder selbständige Sonderrechte daran, wie sie im Gesamteigenthum sich darstellen, so tritt zu ihren Gunsten eine Consolidation ein, und sie bekommen nun die Güter zum privativen Eigenthum¹⁹⁾. Das Nähere hierüber und über die damit verwandte Frage über die Auftheilung der Gemeindegüter kann aber erst später vorgetragen werden²⁰⁾.

§. 70.

Die Gemeinde.

Die Gemeinde ist ein integrierender Theil des Staatsorganismus und deswegen von überwiegend politischer Bedeutung.

verhindern sei, selbst wenn er in anderer Weise, als durch den Austritt aller einzelnen Mitglieder versucht würde.

18) Pr. A. L. R. a. a. D. §. 181. Auch unter Genehmigung des Staats kann zum Nachtheile eines Dritten, der ein gegründetes Recht auf der Fortdauer der Corporation zu bestehen, nachzuweisen vermag, die Aufhebung derselben nicht erfolgen.

19) Vgl. Mühlbruch, Beurtheilung des Städtelchen Beerbungsfalls, S. 65. Daß übrigens vor der Auflösung der Corporation das Vermögen unter den Mitgliedern vertheilt werden kann, wird von den meisten unter Berufung auf L. 3. D. de coll. et corp. (47, 22.) angenommen, worüber zu vergleichen Marezoll in Löhrr's Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung, IV. S. 207–12. und überhaupt Götschen, Vorlesungen, I. §. 65. — Pfeiffer, Zeitschr. für deutsches Recht, IX. S. 453. In der That ist vom privatrechtlichen Standpunkte aus auch nichts gegen die allgemeine Fassung der Regel einzuwenden.

20) S. im Allgemeinen Pr. A. L. R. a. a. D. §. 189–202. — Th. I. Tit. 17. §. 311–61.

Denn indem sie sich über einen bestimmten Bezirk des Staatsgebiets erstreckt, erfasst sie alle Bewohner desselben, so daß sowohl für diese wie für die Grundstücke die Exemption von dem Gemeindeverbande als die Ausnahme von der Regel erscheint. Damit ist aber nicht gesagt, daß alle Bewohner oder auch nur alle selbständigen Hausväter in der Gemeinde nothwendig ein gleiches Recht haben. Selbst nach den neueren Gemeindeordnungen wird zwischen dem vollen Bürgerrecht und dem bloßen Schutzverhältniß der Einwohner unterschieden, und noch mehr war dieß in älteren Zeiten der Fall, wo die Landgemeinde in ihrer ursprünglichen Verfassung auf der vollen Berechtigung an der gemeinsamen Feldmark begründet war, und aus diesen agrarischen Verhältnissen vorzugsweise ihre Bedeutung herleitete ¹⁾, während in den Städten Anfangs die Herrschaft der Geschlechter bestand, und nach deren Sturz oder Beschränkung sich vor Allem der Einfluß der Handwerkerzünfte geltend machte ²⁾. Dieser trug denn namentlich dazu bei, in den gewerblichen Verhältnissen (der bürgerlichen Nahrung) eine besondere Berechtigung zu begründen, welche außer der Theilnahme am politischen Communalwesen vorzugsweise das städtische Bürgerthum von dem platten Lande unterschied. Daher sind gerade die Aufhebung der Gemeindegüter und die Einföhrung der Gewerbefreiheit diejenigen Ereignisse, welche am meisten darauf hinwirken, sowohl den schroffen Gegensatz von Stadt und Land, der den politischen und socialen Verhältnissen der Gegenwart nicht mehr entspricht, allmählich zu verwischen, als auch die Gemeinden selbst einer freieren, wahrhaft staatlichen Entwicklung immer

1) G. Hanffen, Ansichten über das Agrarwesen der Vorzeit in Falck's neuem staatsbürgerlichen Magazin, III. S. 77—126. VI. S. 1—51. — G. Wais, deutsche Verfassungsgeschichte, I. S. 6—224. — R. Sternberg, hessische Rechtsgewohnheiten, Heft I. — Michelsen von der bauerschaftlichen Meentverfassung in Diithmarschen, Zeitschrift für deutsches Recht, VII. S. 89—110.

2) Eichhorn, deutsche Staats- und Rechtsgeschichte, III. S. 432.

mehr zugänglich zu machen³⁾. Darin aber liegt die allgemeine politische Bedeutung der Gemeinde und das unterscheidende Merkmal ihrer besonderen Aufgabe vor der der übrigen Corporationen, daß sie nicht einen mehr oder weniger vereinzelt Zweck verfolgt, sondern die Bestimmung hat, alle Beziehungen des öffentlichen Lebens, soweit sie in dieser bestimmten Sphäre selbständig sich entwickeln und ihre Befriedigung finden können, in sich aufzunehmen, und der freien Selbstverwaltung des Volkes zuzuführen. Es sind daher nicht allein die rein ökonomischen Angelegenheiten der Gemeinde, welche sie beschäftigen, sondern auch das Schul- und Armenwesen ist ihr untergeben; desgleichen die Lokalpolizei, wo sie nicht der Staatsverwaltung vorbehalten worden; selbst das Kirchenpatronat und die niedere Gerichtsbarkeit kann Gemeindefache sein. In allen diesen Beziehungen steht die Gemeinde aber unter der Oberaufsicht der Staatsgewalt, und auch die Autonomie macht sich jetzt, anders wie bei den Genossenschaften, gerade hier nur noch ausnahmsweise und in sehr beschränkter Weise geltend. Und mit Recht. Denn die Freiheit der Gemeinden führte im Mittelalter zur Zersplitterung und Ueberhebung; dagegen soll das moderne Staatsprincip schützen, indem es das Recht des Ganzen wahrnimmt und die einzelnen Glieder demselben, soweit es nöthig ist, unterordnet.

Aus dem Angeführten aber ergibt sich, daß das Recht der Gemeinden der Theorie des Staatsrechts zu überweisen ist. Nur derjenige Theil desselben, welcher einen privatrechtlichen Charakter an sich trägt, ist dem Civilrecht vorzubehalten und auch in diesem System zu behandeln. Doch wird dieß erst im Ständerecht geschehen können, insofern nicht die eigenthümliche Gestaltung der Vermögensverhältnisse in der Verbindung des Rechts der Gemeinheit und der einzelnen Mitglieder schon im Sachenrecht ihre allgemeine Erklärung und Darstellung findet.

3) Volksrecht und Juristenrecht, S. 216 - 24.

§. 71.

Die Genossenschaft.

Unter den Genossenschaften werden hier alle Corporationen verstanden, welche nicht zu den Gemeinden gehören. Wenn nun auch im vorhergehenden §. die charakteristischen Merkmale dieser letzteren bestimmt angegeben sind, so kann es doch in einzelnen Fällen schwer scheinen, beide Arten völlig von einander getrennt zu halten und zu bestimmen, welche von ihnen eben vorliegt. Indessen wird die genauere Analyse der Rechtsverhältnisse dahin führen, sie mit Sicherheit von einander zu unterscheiden. Der Reichverband z. B. hat das mit der Commune gemein, daß er in regelmäßiger Wirksamkeit einen ganzen Bezirk umfaßt; aber er unterscheidet sich wieder von derselben durch den bestimmten Zweck, für welchen er errichtet worden, und der die ganze Aufgabe und Thätigkeit der Corporation erfüllt. Die Ritterschaft ferner pflegt, wo sie eine corporative Gestaltung erhalten hat, eine gewisse politische Bedeutung zu haben, und daher ähnlich wie die Gemeinde mit der Staatsverfassung zusammenzuhängen. Allein sie ist nur auf eine bestimmte Classe der Grundbesitzer eines Bezirkes beschränkt, und erfaßt deren Interesse und überhaupt das öffentliche Leben von einer ganz andern Seite, als die Gemeinde es thut: sie beruht mehr auf einer Organisation besonderer Standesverhältnisse, welche sich neben dem allgemeinen Staatsbürgerthum geltend machen.

Weit schwieriger als diese Abgrenzung des Gebiets der Genossenschaft und der Gemeinde kann es unter Umständen sein, die erstere von andern ihr verwandten Instituten zu unterscheiden, nämlich von der Gesellschaft oder *communio* und dem als die materielle Rechtsgemeinschaft bezeichneten Verhältniß. Das wesentliche Merkmal der Corporation, die selbständige Persönlichkeit des Vereins, zieht hier freilich in der Theorie eine scharfe Grenze; da aber, wie oben gezeigt worden, das

gemeine Recht kein bestimmtes äußeres Kennzeichen aufstellt, woraus das Vorhandensein dieses Merkmals mit Sicherheit entnommen werden kann, so wird es zuweilen nöthig, dasselbe erst aus den thatsächlichen Verhältnissen zu abstrahiren, und also, ähnlich wie es bei der Uebung des Gewohnheitsrechts der Fall ist, die rechtliche Natur des Instituts erst nach seiner ganzen Art und Umgebung und nach der Stellung, welche es im Rechtsleben einnimmt, zu bestimmen. Selbst die einem Verein etwa ertheilte Staatsgenehmigung läßt noch nicht immer mit Sicherheit auf die Anerkennung desselben als einer Corporation schließen, weil derselbe dadurch überhaupt nur für eine erlaubte Verbindung erklärt sein kann, was bei den polizeilichen Beschränkungen, denen das Associationswesen in manchen Staaten unterworfen worden, oft von nicht geringer Bedeutung ist ¹⁾.

Am Ersten noch wird bei solchen Vereinen, welche schon dem älteren deutschen Recht bekannt waren, und durch die Geschichte einen bestimmten rechtlichen Charakter und eine feste Begründung erhalten haben, der Zweifel über ihren eigentlichen Rechtsbegriff fern bleiben. Und doch können auch hier solche Bedenken eintreten; es kann z. B. unter Umständen fraglich sein, ob in der Markengenossenschaft und in verwandten Verhältnissen des ländlichen Grundbesitzes, so wie in der Gewerk-

1) Das preussische Landrecht hat in den Fällen, wo es sich nicht um die Ausübung eigentlicher Corporationsrechte handelt, im Ganzen einen liberalen Standpunkt eingenommen; s. Th. II. Tit. 6. §. 1. Unter Gesellschaften überhaupt werden hier Verbindungen mehrerer Mitglieder des Staats zu einem gemeinschaftlichen Endzweck verstanden. §. 2. Insofern dieser Zweck mit dem gemeinen Wohl bestehen kann, sind dergleichen Gesellschaften erlaubt. §. 3. Gesellschaften aber, deren Zweck und Geschäfte der gemeinen Ruhe, Sicherheit und Ordnung zuwider laufen, sind unzulässig und sollen im Staate nicht geduldet werden. §. 4. Auch an sich nicht unzulässige Gesellschaften kann der Staat verbieten, sobald sich findet, daß dieselben andern gemeinnützigen Absichten oder Anstalten hinderlich oder nachtheilig sind. — Der letzte §. ist freilich zu unbestimmt gefaßt.

schaft wirklich eine juristische Persönlichkeit ausgebildet worden ist. Aehnlich verhält es sich mit der gesamten Hand im Lehenrecht, der wie es scheint mit guten Gründen die Persönlichkeit beigelegt worden ist²⁾, während doch auch erhebliche Bedenken dagegen erhoben sind, indem ihre rechtliche Lage als der *communio* näher gerückt dargestellt wird³⁾, und nach einer dritten, freilich unhaltbaren Ansicht dieß letztere Verhältniß sogar rein darin vorliegen soll⁴⁾. Noch leichter können aber solche Zweifel bei den genossenschaftlichen Vereinen eintreten, welche von dem neu erwachten Associationsgeiste der Nation hervorgerufen sind, und für welche sich im Rechtsleben des Volkes schon die richtige Anschauung und Uebung gebildet haben, deren Verständniß und Anerkennung aber sowohl bei der romanisirenden Jurisprudenz als auch bei der an keine freien volksthümlichen Productionen gewöhnten Staatspolizei oft so schmerzlich entbehrt werden⁵⁾.

Um zu bestimmen, ob einem Verein die Bedeutung einer Genossenschaft zukommt oder nicht, muß man sich davon überzeugen, ob die allgemeinen Erfordernisse einer juristischen Person und namentlich einer Corporation im einzelnen Fall wirklich vorhanden sind; denn auf den Namen kann dabei im Allgemeinen kein Gewicht gelegt werden. Besonders muß man auf-

2) Abrecht, die Gewere, S. 243. ff.

3) Homyer, der Sachsenspiegel, II. 2. S. 461—64.

4) Duncker, das Gesamteigenthum, S. 85. ff.

5) Zu welchen Verirrungen es führt, wenn man der Genossenschaft durchaus keine selbständige Persönlichkeit und die Bedeutung einer Corporation beilegen will, zeigt, um ein Beispiel aus vielen anzuführen, der Aufsatz von Treitschke über Actiengesellschaften in der Zeitschrift für deutsches Recht, V. S. 324—53. Man sehe namentlich, wie S. 328. die Actiengesellschaft als Commandite dargestellt, und S. 340. die Ertheilung der Rechte einer juristischen Person durch den Staat zurecht gelegt wird. Damit vergleiche man denn die Stellung solcher Vereine im Rechtsleben und selbst nach den neuesten Particulargesetzen. S. oben §. 68. Note 13. §. 69. Note 5.

merklich sein auf die Art und Weise, wie der Verein zuerst ins Leben getreten ist. Wenn das nicht auf dem Wege der allmählichen, geschichtlichen Entwicklung geschehen, so wird sich bei der genossenschaftlichen Verbindung keine bloß vertragsmäßige Vereinarbeitung nach Art des gewöhnlichen Gesellschaftscontractes zeigen, sondern die Absicht der Zusammentretenden ist unmittelbar auf die Begründung einer neuen anstaltlichen Einrichtung hingewandt, in welcher ein Rechtssubject und ein Gesamtwille unabhängig von dem Willen der Einzelnen geschaffen werden sollen. Es ist dieß ein constituirender Act, der mit der Annahme der Verfassung für die Genossenschaft als vollendet erscheint, soweit er überhaupt von der Willkür der Stifter abhängt⁶⁾. Denn dieser giebt nicht allein den Ausschlag, wenn es sich darum handelt, ob der begründete Verein wirklich als Genossenschaft gelten kann. Abgesehen von dem Staatsinteresse, welches hier in Betracht kommt, und in allen Fällen, wo die Verfassung und das gemeine Wohl von der Genossenschaft unmittelbar berührt werden, deren Anerkennung von Staatswegen erheischt⁷⁾, ist es auch von besonderer Wichtigkeit zu wissen, welche Mittel dem Verein zur Erreichung seines Zweckes zu Gebote stehen, und wie er überhaupt seiner ganzen Einrichtung und Bestimmung nach im Rechts- und Geschäftsleben gestellt ist. Um hierüber ein sicheres Urtheil zu haben, wird es freilich meistens nöthig sein, daß man den Verein schon eine Zeitlang

6) Zu dieser selbständigen Auffassung des Gegenstandes führt ein unabweisliches Bedürfnis; die im Text gegebene Darstellung ist der Beobachtung des modernen Rechtslebens entnommen. Jeder Versuch, die Constitution einer Genossenschaft als einen gewöhnlichen civilrechtlichen Vertrag zu behandeln, und gar unter den römischen Geschäftsformen ein bestimmtes Vorbild dafür zu suchen, ist vergeblich: denn wir haben es hier mit einem selbständigen, nationalen Institut zu thun. Man sehe nur, was dabei herauskommt, wenn Pfeiffer, Zeitschr. für deutsches Recht, IX. S. 460 70. 485. nach einer solchen Vertragsform sucht, um die Errichtung einer Wittwenkasse als Corporation darunter zu befassen.

7) Volkrecht und Juristenrecht, S. 176—81.; vgl. oben §. 67.

in seiner Thätigkeit hat beobachten können. Wenn er trotz des Wechsels der Mitglieder auf dem Grunde seiner Verfassung fortwährend in gleichmäßiger Wirksamkeit sich erhält; wenn die Vorsteher als solche am Geschäftsleben Theil nehmen, ein Vermögen vorhanden, welches unmittelbar nur dem Vereinszwecke zu dienen bestimmt ist; — kurz wenn sich die ganze Einrichtung consolidirt hat und eine corporative Haltung bekundet, so wird auch im Verein selbst und im Publicum die Ueberzeugung von der selbständigen Bedeutung derselben sich immermehr festsetzen, und der Charakter der Genossenschaft deutlich und unverkennbar hervortreten.

Ob nun eine solche allmähliche Verstärkung des Principis nöthig erscheint, um die rechtliche Natur des Instituts sicher erkennen zu lassen, oder ob dieselbe von Anfang an klar und bestimmt vorlag, das hängt von den Umständen ab, und läßt sich im Allgemeinen nicht entscheiden. Erforderlichen Falls muß der Richter, wenn Zweifel bestehen, auf den Beweis erkennen, der denn namentlich auf die thatsächliche Darlegung der so eben hervorgehobenen Momente zu richten sein wird. Man sage aber nicht, es sei doch nicht so wesentlich, fest und principienmäßig zu bestimmen, ob eine Genossenschaft vorliege oder ein anderer Verein; es lasse sich ja so oder so, durch römische Analogieen und durch die geschickte Behandlung des im modernen Recht so elastisch gewordenen Begriffs der *communio* doch immer ein Resultat erzielen, welches den vorhandenen Rechtsverhältnissen ungefähr entsprechend sei. Das ist eine traurige Jurisprudenz, welche, anstatt die Natur der Sache nach ihrer Ausprägung im Volkrecht voll und klar zu erfassen, nur mit fremdartigen Begriffen darum herum zu spielen weiß. Es kommt auch hier darauf an, ein selbständiges Princip aufzustellen, nach welchem das ganze Rechtsinstitut frei construirt werden kann; nicht aber einzelne Wendungen und Analogien zu ersinnen, um Regeln, die für ganz andere Verhältnisse bestimmt sind, darauf zur Anwendung zu bringen. Wenn die Genossen-

schaft nur als eine besonders modificirte *communio* dargestellt wird, so hat eben jede Abweichung von deren strengem Begriff die Vermuthung gegen sich, und an eine unbefangene Würdigung des nationalen Instituts ist nicht zu denken.

Es sind nun noch die für das heutige Privatrecht wichtigsten Arten der Genossenschaften kurz anzuführen⁸⁾, indem ihre rechtliche Erörterung, soweit sie ihrer besondern Natur nach eine solche voraussetzen, für die einzelnen Lehren, denen sie angehören, vorbehalten bleibt. Es wird aber bei der Aufzählung dieser Institute natürlich vorausgesetzt, daß sie in jedem einzelnen Fall die allgemeinen Erfordernisse der Corporation an sich tragen.

- a. Die Familiengenossenschaft des hohen Adels⁹⁾.
- b. Die Markengenossenschaft¹⁰⁾ und der Deichverband.
- c. Die Zünfte und Gilden¹¹⁾.
- d. Die Gewerkschaft im Bergrecht und die verwandten Institute der Pfännerschaft u. s. w.¹²⁾.
- e. Der Actienverein¹³⁾.
- f. Die Versicherungsvereine und Wittwencassen¹⁴⁾.
- g. Vereine zu religiösen, künstlerischen, wissenschaftlichen und socialen Zwecken.

8) Vgl. Volkrecht und Juristenrecht, S. 165. ff., wo das ganze, vom Associationswesen erfaßte Gebiet näher bezeichnet ist.

9) Vgl. Lehre von den Erbvertr. Th. 2. Bd. 2. Cap. 1.

10) S. Grimm, deutsche Rechtsalterth. S. 494—531. — v. Löw, die Markengenossenschaften. Heidelberg 1829. — Mittermaier, Grundzüge, I. S. 211. — Eichhorn, Einleitung, S. 168.

11) Wilda, das Gildenwesen im Mittelalter. Halle 1831. — J. A. Ortloff, das Recht der Handwerker. Erlangen 1803.

12) Mittermaier a. a. O. S. 251.

13) Volkrecht und Juristenrecht, S. 186—89. — F. A. Marbach, ein Wort über den Rechtscharakter der Actiengesellschaft. Leipzig 1844.

14) Pfeiffer, die rechtlichen Verhältnisse der Wittwencassen, in der Zeitschr. für deutsches Recht, IX. S. 440—86.

§. 72.

III. Die Stiftung.

Zu den schon im römischen Recht anerkannten selbständigen Anordnungen, welche zu frommen Zwecken namentlich leghwillig errichtet werden konnten¹⁾, kamen im Mittelalter andere in großer Anzahl hinzu, indem man besonders die durch das geistliche Recht bekannt gewordenen Testamente benutzte, um für sein Seelenheil (pro anima) gottgefällige Verfügungen zu treffen, deren Vollziehung durch die Ernennung der Testamentsexecutoren gesichert ward²⁾. Entweder ward dann überhaupt nur zu Gunsten einer schon bestehenden Anstalt, oder zu bestimmten wohlthätigen Handlungen, z. B. einer Armenspeisung verfügt, oder es wurden selbständige Anstalten neu errichtet und dotirt, um dem Zweck, für welchen sie bestimmt waren, auf die Dauer zu dienen. Solche Stiftungen, wenn sie auch mit der Kirche oder kirchlichen Instituten oder mit der Gemeinde und andern Corporationen in dauernde Verbindung gebracht wurden, trugen doch regelmäßig den Charakter juristischer Personen an sich, und standen dann auch unter besonderen Vorstehern und Verwaltern, welche nur der Oberaufsicht der dabei betheiligten kirchlichen oder weltlichen Behörden unterworfen zu sein pflegten³⁾. Man ging aber noch weiter, und errichtete solche Anstalten nicht allein zu kirchlichen oder wohlthätigen, sondern nach deren Vorbild überhaupt zu gemeinnützigen Zwecken⁴⁾, wodurch

1) v. Savigny, System, II. §. 262—71.

2) Lehre von den Erbvertr. I. §. 14. — Zeitschrift für deutsches Recht, IX. S. 144—55. 221—22.

3) J. H. Boehmer, J. E. P. III. 36. §. 40. 41. — Mühlenbruch, Beurtheilung des Stäbelschen Beerbungsfalls, S. 70—79. Pandecten-Commentar, XL. S. 81—89. — Mühlenbruch hat hier namentlich die Ausführung von Noßhirt, Archiv für civ. Pr. X. S. 321—25. widerlegt, welcher überhaupt der milden Stiftung die juristische Persönlichkeit abspricht. Vgl. v. Savigny a. a. D. S. 271.

4) S. schon Durandus, spec. jur. lib. II. p. 2. §. 13. nu. 63.

der allgemeine Begriff der Stiftung ausgebildet ward, von welcher die fromme Stiftung (*pia causa, pium corpus*) nur eine, freilich besonders wichtige Art ausmacht.

Auf dieser Grundlage hat sich nun das geltende Recht entwickelt, welches in der Gewohnheit seinen festen Anhalt findet, wenn gleich von der Jurisprudenz wenig zur wissenschaftlichen Ausbildung desselben geschehen ist, und erst in neuerer Zeit besonders bei Gelegenheit des Stäbelschen Beerbungsfalls sich eine festere Theorie darüber zu bilden begonnen hat. Im Allgemeinen ist aber dieser Theil der Lehre von den juristischen Personen einfacher und leichter zu behandeln, als der, welcher sich auf die Corporationen bezieht. Denn es fehlt hier das Substrat der Mehrheit von Personen, welche die Träger der juristischen Persönlichkeit in der Corporation sind, und neben der Gemeinheit bestimmte Sonderrechte haben können. Diejenigen nämlich, denen die Stiftung unmittelbar zu Gute kommt, z. B. die Armen im Hospital, nehmen keinen Theil an der Vertretung, welche allein den Vorstehern zukommt, und haben überhaupt keine so selbständige Rechte an der Stiftung, wie sie sich bei den Corporationsgliedern finden.

a. Schon in der Benennung: Stiftung liegt es ausgesprochen, daß der eigentliche Entstehungsgrund einer solchen Anstalt in ihrer Errichtung und Dotirung durch Privatwillkür liegt, und diese reicht auch dann, wenn das öffentliche Interesse durch die Stiftung nicht unmittelbar berührt wird, nach gemeinem Recht zur Begründung derselben aus⁵⁾. Der Staat hat nur das Recht, eine Anzeige davon zur Kenntnißnahme zu verlangen, um sie nach Umständen zu hindern oder, falls dies nöthig oder förderlich scheint, durch seine Anerkennung zu sichern und zu befestigen. Nach der Gesetzgebung oder der Staats-

5) Namentlich Stipendien, denen Mühlenbruch, Beurtheilung, S. 210. ff. die juristische Persönlichkeit vergeblich streitig zu machen sucht, wenn sie dieselbe auch natürlich nicht nothwendig haben, — sind sehr häufig ohne besondere Staatsgenehmigung gestiftet worden.

praxis der meisten Länder bedarf es aber, damit eine Stiftung die juristische Persönlichkeit erhalte, der Staatsgenehmigung, die indessen auch stillschweigend ertheilt werden kann⁶⁾; daher kann sie auch nachträglich erbeten werden, wobei jedoch zu bemerken, daß die Errichtung der Stiftung durch Privatwillkühr noch nicht durch die bloß an den Tag gelegte Absicht dazu vollendet ist. Es genügt indessen, wenn für die Verwirklichung derselben in angemessener Weise, z. B. durch die Ernennung von Vorstehern, die Anfangs als Executoren fungiren, gesorgt ist, indem von diesen, auch wenn die Form der Erbeseinsetzung im Testament gewählt ist, die Staatsgenehmigung eingeholt werden kann⁷⁾.

b. Das Rechtsverhältniß der Stiftung ist genau nach der Absicht des Stifters, wie sie zunächst in der darüber ausgestellten Urkunde ausgesprochen ist (*lex foundationis*), zu beurtheilen, ebenso wie beim Familienfideicommiß die *voluntas testatoris* die entscheidende Norm gewährt. Denn wenn Stiftung und Familienfideicommiß auch nicht zusammenfallen, und dieses letztere nur ausnahmsweise als juristische Person mit einer selbständigen, von dem jedesmaligen Nutznießer unabhängigen

6) Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 19. §. 42. Die vom Staate ausdrücklich oder stillschweigend genehmigten Armen- und andere Versorgungsanstalten, haben die Rechte moralischer Personen. Vgl. überhaupt oben §. 67.

7) Selbst Mühlenbruch, der Vertreter der streng romanistischen Theorie und des Staatsprincips in dieser Lehre, ist doch auch zu der Ansicht gelangt, daß die Erbeseinsetzung einer noch nicht existirenden juristischen Person gültig sei, wenn die Bedingung der künftigen Existenz ausdrücklich hinzugefügt worden oder aus der Fassung zu entnehmen sei; s. Pandecten-Commentar, XL. S. 62—79. Man darf aber wohl noch einen Schritt weiter gehen, und mit Wend, Beitrag zur rechtlichen Beurtheilung des Stäbelschen Beerbungsfalls (Leipzig 1828.) S. 35. annehmen, daß überhaupt nach der Absicht des Testators die Einsetzung einer künftigen Person in der Erwartung und unter der Voraussetzung ihrer Existenz geschehe. Vorsicht in der Fassung der Stiftungsurkunde ist hier freilich sehr zu empfehlen. — Strenger als Mühlenbruch ist wieder Pfeifer, die Lehre von den juristischen Personen, S. 135 - 36., aber aus unhaltbaren Gründen.

Vertretung erscheint⁸⁾; so ist doch in beiden Instituten dasselbe Princip wirksam. Ob aber die Stiftung letztwillig oder unter Lebenden errichtet worden, ist wie beim Familienfideicommiss nur von formeller Bedeutung. Daß aber der Stiftungszweck streng aufrecht erhalten werde, ist für Privatpersonen, welche als Vorsteher u. s. w. dabei betheiligt sind, eine Sache des rechtlichen Zwanges; für die Staatsgewalt ist es aber durch die öffentliche Sitte und die Pietät geboten, so daß nur in dringenden Fällen, wo Rücksichten des öffentlichen Wohls überhaupt die Verletzung der formellen Rechtsordnung erheischen und rechtfertigen, eine Abweichung zulässig erscheint⁹⁾.

c. Für fromme Stiftungen sind manche Rechtswohlthaten sowohl nach dem gemeinen als auch nach particulären Rechten eingeführt, welche später bei den einzelnen Lehren näher zu bezeichnen sind. Es ist aber deswegen nöthig, im Allgemeinen zu bestimmen, welche Stiftungen zu dieser Classe gerechnet werden dürfen. Auf die bloße Benennung darf man dabei kein zu großes Gewicht legen, da namentlich mit dem Ausdruck: milde Stiftung häufig ganz allgemein die gemeinnützigen Anstalten dieser Art bezeichnet werden¹⁰⁾. Es muß vielmehr der Zweck der Stiftung entscheiden, und dieser kann nur dann für einen frommen gelten, wenn er ein religiöser oder ein wohlthätiger ist¹¹⁾. Particularrechte gehen freilich weiter, und rech-

8) Dann liegt eine Familienstiftung vor, worüber im Allgemeinen zu vergleichen Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 4. §. 21—46.

9) Diese Pietät gegen den Stiftungszweck hat namentlich das preussische Landrecht in sehr lobenswerther Weise bewahrt; s. Th. II. Tit. 6. §. 73—80.

10) So ist auch vielleicht die Ueberschrift zu nehmen: Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 19. Von Armenanstalten und andern milden Stiftungen. Vgl. Lübb. Recht, Th. II. Tit. 1. Art. 7.

11) Württemb. Landr. Th. III. Tit. 6. §. ult. Und damit man wissen möge, welche Verordnungen für Testamenten und Legaten ad pias causas zu halten, so erklären Wir solches dergestalt, daß alles was zur erhaltung und beförderung des heiligen Gottesdiensts und Predigampts, der Kirchen,

nen überhaupt die Stiftungen zu gemeinnützigen Zwecken dahin, was denn auch für das gemeine Recht seine Vertheidiger gefunden hat¹²⁾.

Schulen und derselben Diener, desgleichen der Spital, Armenkassen, Siechen-Seels und Lazarethhäuser, wie auch was der studierenden Jugend zu gutem in die Collegia oder Stipendia, oder sonst insonderheit einem oder mehr zu hilff und fortsetzung der Studien, Item zu Aufzuehung armer Jungfrauen (Verwandten oder Ohnverwandten) Und dann insgemein, was zu unterhaltung der armen Presthafften und Kranken also verlassen oder verschafft würdt, für Geschäft und Legata ad pias causas gehalten werden, so Unsere Amptleut und Gericht, vor andern Sachen zu gebührlicher schleuniger Execution und Vollstreckung mit allem Fleiß richten sollen. — Vgl. B. Carpzov, jurispr. rom. saxon. III. 4. def. 34. — D. Mevius, comment. ad jus lub. p. II. tit. 1. art. 7. nu. 16—22. — Mühlenbruch, Beurtheilung u. s. w. S. 141—44.

12) Baier. Landr. Th. III. Cap. 4. §. 5. — — Unter causis piis aber sind nicht nur Kirchen, Spitäler, Waisenhäuser, sondern auch was zum Unterricht der Jugend in nützlichen oder nöthigen Dingen, Unterhalte armer Bedürftigen, Erlösung Gefangener oder sonst unmittelbar zur Ehre Gottes oder zum Dienste des Publicums gereichen mag. — Hamb. Stadtr. v. 1603. Th. III. Tit. 2. Art. 2. vgl. mit Th. III. Tit. 1. Art. 20.; f. Gries, Commentar, II. S. 229. — Für die gemeinrechtliche Ausdehnung des Begriffs: J. H. Boehmer, exercit. ad pand. V. Ex. 80. §. 7. — J. E. P. III. 5. §. 28. — Oivers, theoretisch praktische Erörterungen aus der Lehre von der testamentar. Erbfähigkeit, S. 227—31.

Druck von J. B. Hirschfeld in Leipzig.

D r u c k f e h l e r .

Seite

17. Note 8. Z. 10. statt Rechtswissenschaft lies: Rechtsgemeinschaft.
28. Note 1. Z. 6. statt Gewarn lies: Gewern.
29. Note 4. füge hinzu: Arthur Duck, († 1649.) de usu et auctoritate juris civ. Romanorum lib. II. cap. 2. §. 12. sqq.
64. Z. 4. statt schein lies: scheint.
70. Note 5. Z. 2. v. u. statt a. f. lies: a. G.
85. Note 4. Z. 4. statt in Gesetzen lies: Gesetze.
110. Note 2. Z. 6. statt sie — sind lies: es — ist.
119. Note 11. Z. 7. statt Fremden-Recht lies: fremden Recht.
123. Note 4. Z. 3. statt welches lies: welche.
124. Z. 1. statt betheiligte lies: bethätigte.
130. Note 3. Z. 3. statt noch lies: oder.
148. Note 8. Z. 9. statt auf ihn lies: darauf.
155. Note 17. Z. 6. nach der Parenthese füge hinzu: enthaltene Vorschrift.
164. Z. 5. statt Landesgesetze lies: Bundesgesetze.
164. Note 1. Z. 4. statt Papier lies: Pergament.
166. Z. 28. statt dergleichen lies: desgleichen.
170. Z. 23. statt Groß lies: Graß.
171. Z. 16. statt G. St. Pütter lies: J. St. Pütter.
173. Z. 5. statt 34. lies: 35.
174. Z. 23. statt Grinsinger lies: Griesinger.
176. Z. 15. statt 1. Band lies: 2 Bände.
176. Z. 21. statt W. F. Wilda lies: W. G. Wilda.
183. Z. 20. statt collatio lies: collectio.
183. Z. 23. statt Register lies: Regesten.
189. Z. 1. statt Ausburger lies: Augsburger.
192. Z. 9. statt Landrecht lies: Landrechts.
193. Note 10. Z. 1. statt ungekehrte lies: umgekehrte.
209. Z. 15. statt 1838—38. lies: 1838—39.
212. Z. 15. statt rev. 1555, v. 1567. lies: v. 1555, rev. 1567.
212. Z. 27. statt Grinsinger lies: Griesinger.

Seite

217. Note 24. §. 3. statt Kolberüp lies Kolberup.
217. Note 24. §. 4. statt Lovn lies: Love.
218. §. 25. und 28. statt Fendersdorf lies: Frederisdorf.
226. §. 13. statt §. 29. lies: §. 46.
226. §. 14. statt III. lies: IV.
227. §. 23. statt gamla lies: gamle.
227. §. 30. statt Philipps lies: Phillips.
228. §. 17. statt Skeue of Curriehile lies: Skene of Curriehill.
239. Note 8. §. 2. statt hart lies: hort.
239. Note 9. §. 4. statt dann lies: darin.
243. §. 3. statt kirchlich-juristischen Abhandlungen lies: kirchlich-rechtlichen Handlungen.
262. Note 10. §. 3. lies: II. S. 9. 10.
270. §. 13. statt im lies: in.
274. §. 3. statt größern lies: gewissen.
276. Note 14. §. 2. statt Verfassung lies: Verfestung.
280. Note 33. §. 4. lies: decis. VIII. 351.
286. §. 15. statt Executionproceß lies: Executivproceß.
288. Note 14. §. 3. statt valuerit lies: voluerit.
289. Note 14. §. 2. statt pare lies: pace.
292. §. 20. nach Pfand füge hinzu: wieder.
315. §. 1. statt unmittelbar lies: mittelbar.
319. Note 9. §. 2. lies: in der angef. Schrift S. 11. ff.
-