



Schenkung  
des Hofrates

**Dr. Ludwig Schiffner,**  
k. k. Universitätsprofessors,  
gestorben zu Innsbruck  
2. Jänner 1909.





# Commentar

zum

österreichischen allgemeinen

# bürgerlichen Gesetzbuche

von

Dr. Leopold Pfaff und Dr. Franz Hofmann,

Professoren der Rechte an der Wiener Universität.

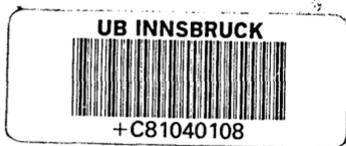


Erster Band.

Erste Abtheilung.



Wien, 1877.



Wanz'sche k. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung.



1909. Legat Schifner. At I/1 II/1, gl.  
1573 09

## V o r r e d e .

---

Ein neuer Commentar zu einem seit mehr als zwei Menschenaltern geltenden, oft und ausführlich commentirten Gesetzbuch könnte den Verdacht unnützer Büchermacherei erwecken. Wenn dann noch die Verfasser einer Schule angehören, welche gegen die bloß exegetische Methode nachdrücklichen Widerspruch erhoben hat, so laden sie überdies den Verdacht der Inconsequenz auf sich.

Allein wer die exegetische Bearbeitung und Lehre des Rechtes für nicht ausreichend erklärt, behauptet damit nicht entfernt ihre Entbehrlichkeit. So gewiß bei der systematischen Entwicklung eines positiven Rechtes unzählige Fragen überhaupt erst zum Bewußtsein kommen, an die bei der bloßen Paragraphen-Erklärung Niemand denkt, so gewiß tauchen hinwieder bei der Exegese Fragen auf, die bei der systematischen Behandlung übersehen werden oder doch in den Hintergrund treten. So Manches kann und soll im Commentar ausführlich erörtert werden, was im System nur nebenbei berührt werden kann und umgekehrt. Und so wird kaum der Unterricht, noch weniger aber die Praxis des Commentars entzogen können.

Das Richtige scheint also, daß System und Commentar einander ergänzen. Nicht mehr die Frage, ob Exegese oder Systematik steht heut in erster Reihe; nur daß auch in jedem Partikularrecht zugleich das Recht bearbeitet werde, ist unerläßlich. Aber erst eine Verbindung beider Methoden stellt für jede Frage alle Argumente zur Verfügung; gewiß bewahrt die systematische Methode sicherer vor jenen

Widersprüchen, denen die der Gesetzgebung Schritt für Schritt folgende Wissenschaft nur zu leicht verfällt; gewiß vermag sie eher große, leitende Gesichtspunkte, jene innere und äußere Vollständigkeit und namentlich jene eigenthümliche Gestaltung des Stoffes zu gewinnen, welche die Wissenschaft fordert; aber Niemand wird glauben, daß die Form des Commentars seinen Verfasser zu einer *κατὰ-νόδα*-Forschung nöthige, bei welcher er dem Manne gleiche, der um ein großes Gemälde richtig zu beurtheilen, es nur Zoll für Zoll genau ansehen wollte. Wir glauben vielmehr, die Fehler, die sich so gerne mit der exegetischen Methode verbinden, lassen sich größtentheils vermeiden; wir glauben, die Form des Commentars muß kein Hinderniß sein, den Ergebnissen systematischer Untersuchungen ihre Gestalt zu geben, und darum meinen wir, unseren wissenschaftlichen Ueberzeugungen dadurch nicht untreu geworden zu sein, daß wir es unternahmen, die Resultate unserer vieljährigen Arbeiten und Forschungen in der Form eines Commentars zu veröffentlichen. Die Gründe, die uns bestimmten, diese Form zu wählen, ergeben sich von selbst aus dem Folgenden.

Unsere Literatur besitzt bereits ein systematisches Werk, und zwar ein anerkannt mustergiltiges über das österreichische Privatrecht. Ist dieses Werk auch nicht in allen Theilen ausgebaut, so erhält es doch allmählig eine Ergänzung durch die wachsende Zahl gediegener Monographien über einzelne Gebiete unseres Privatrechts. Dagegen ist noch kein größer angelegter Commentar über unser bürgerliches Gesetzbuch mit den Mitteln der modernen Wissenschaft unternommen worden, während doch wohl das Bedürfniß nach einer neuen, das ganze Gebiet unseres allgemeinen Civilrechts umfassenden eingehenden Bearbeitung kaum von irgend einer Seite bestritten werden dürfte. In einer solchen Darstellung soll vorerst Alles, was in der umfangreichen älteren österreichischen Literatur von bleibendem Werthe ist, anerkannt und erhalten werden; gewissenhaft sichtende Prüfung ist dabei freilich unerläßlich, aber die Absicht, die Vorgänger herabzusetzen, wird ihr fremd sein; denn daß wir heut mit vollkommenerer Methode arbeiten, als die alten Commentatoren, ist nicht unser Verdienst — es ist eben kein Verdienst, später geboren zu sein. Die neuere Forschung in und außerhalb Oesterreichs hat ferner eine Fülle erprobter Resultate

an's Licht gestellt, die es gilt, mit einiger Vollständigkeit zu verwerthen. Auch sonst ist der Stoff ein anderer und reicherer geworden, seit in den fünfziger Jahren die letzte namhafte zusammenfassende Arbeit auf diesem Gebiete geleistet wurde. Zahlreiche Gesetze haben seither unser bürgerliches Recht in wesentlichen Punkten umgestaltet, und so tief greifende Aenderungen herbeigeführt, daß eine bloße Ausführung oder gelegentliche Einschaltung der neuen Bestimmungen nicht genügt, dieselben vielmehr in den Zusammenhang des alten Rechtes wissenschaftlich eingefügt werden müssen. Nicht minder hat eine reiche, zum Theil in bequemer Weise ersichtlich gemachte Spruchpraxis neue Fragen der Wissenschaft gestellt und großentheils auch selbst schon befriedigend beantwortet.

Außer diesem neuen Stoff, den Literatur, Praxis und Gesetzgebung bieten, standen uns auch neue Hilfsmittel zur Erforschung des alten zur Verfügung. Die entgegenkommende Güte Sr. Excellenz des Herrn Justizministers Dr. Glaser, für welche wir ihm hiemit unseren wärmsten Dank aussprechen, gestattete uns die Benutzung eines unschätzbaren Interpretationsmittels, das bisher keinem Commentator nach Zeiller zugänglich war. Wir meinen die officiellen Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch, namentlich die Sitzungsprotokolle der Hofcommission, in welchen das Gesetzbuch seine letzte Gestalt erhielt. Dadurch wurde der Bearbeitung unseres bürgerlichen Rechtes die nachträgliche Lösung einer Aufgabe zugleich gestellt und ermöglicht, die heutzutage in Beziehung auf ein neues Gesetz überhaupt die erste zu sein pflegt, die man in Angriff nimmt. Die Gegenwart läßt die Arbeit der Gesetzgebung sich im Lichte der Deffentlichkeit vollziehen; die Motive des Gesetzentwurfes liegen vor Aller Augen, ehe das Gesetz als solches beschlossen ist, und Berathung und Beschlußfassung erfolgen im Schooße des Parlaments. Dagegen ist unser bürgerliches Gesetzbuch von Staatsbeamten — und allein von solchen — berathen und redigirt, und sind ihre Berathungen der Deffentlichkeit bisher nie zugänglich gemacht worden. Erst jetzt erlaubt die Gunst der Zeit, was in Frankreich sofort, in Preußen seit geraumer Zeit gestattet war, die Benutzung der Materialien des Civilgesetzbuches zu wissenschaftlicher Arbeit. Und so liegt denn ein

Theil unserer Aufgabe darin, ein unfreiwilliges, mehr als sechzig-jähriges Versäumniß der österreichischen Civilistik nachzuholen. Wir können nicht umhin, an dieser Stelle Herrn Ministerialrath von Harrasowsky, der zuerst diese Materialien benutzt und auf ihre Wichtigkeit öffentlich aufmerksam gemacht hat, für die gütige Bereitwilligkeit bestens zu danken, mit welcher er uns zur Erlangung und Herbeischaffung dieser Dokumente behilflich war.

Neben diesem wichtigsten neuen Hilfsmittel, von dem kaum bemerkt zu werden braucht, daß seine umfassende erste Benutzung in keiner anderen als der Form des Commentars eine gleich übersichtliche sein kann, darf es nur als etwas Nebensächliches erwähnt werden, daß wir die italienische Literatur des österreichischen Civilrechtes mehr, als bisher geschehen ist, berücksichtigt haben.

Dies die Momente, in denen sich der vorliegende Commentar schon äußerlich von seinen Vorgängern unterscheidet, und die allein schon seine Existenzberechtigung begründen dürften.

Unsere Richtung ist wesentlich dieselbe, welche in Oesterreich zuerst und mit bahnbrechendem Erfolge Unger eingeschlagen hat. In seiner Schule haben wir die Ueberzeugung gewonnen, daß die Gesetze, wie alle geschichtlichen Erscheinungen, nicht ohne eingehende geschichtliche Forschung verstanden werden können, daß man den Boden und die Atmosphäre kennen müsse, auf dem und in der ein positives Recht erwachsen ist. Darum ist auch der älteren gemeinrechtlichen Literatur eine eingehendere Berücksichtigung geworden, als ihr wissenschaftlicher Gehalt zu verdienen scheint.

Es ist ein noch immer weitverbreitetes Vorurtheil, als ob die Juristen dieser Richtung der Praxis ein neues Recht aufzudrängen suchten, als ob das abgeschaffte „gemeine Recht“ durch eine Hintertür wieder eingeschmuggelt, und — in Verkennung der Grenzen zwischen positiver Jurisprudenz und Rechtspolitik — das gegebene Recht nach subjectiver Wohlmeinung gebogen und gedreht würde. Gegen solche Vorurtheile sollte uns schon die Thatsache sichern, daß wir jahrelange Arbeit an die Durchforschung der Materialien gewendet haben, aus denen das Gesetzbuch entstanden ist. Hatte Unger seine ganze Kraft einsetzen müssen, um den lange unterbrochenen Zusammen-

hang der österreichischen mit der deutschen Privatrechtswissenschaft wieder herzustellen, so konnten wir, ohne diesen preiszugeben, wieder eine ganz besondere Sorgfalt auf die heimischen Erkenntnisquellen verwenden; und damit muß der letzte Schein verschwinden, als ob nach gemeinrechtlichen Theorien entschieden würde, wo nach österreichischen Gesetzen zu entscheiden ist. Andererseits darf aber auch nicht verkannt werden, daß es eine besondere Wissenschaft eines Partikularrechtes nicht gibt; die Beziehungen auf gemeines und sonstiges ausländisches Recht dürfen heut nicht mehr als todes Material in den Anmerkungen figuriren. Was für das eine Rechtssystem gewonnen wird, muß für alle gewonnen sein, und so wird das gemeine Recht für die partikularen, diese für jenes, wie die Mundarten für die Schriftsprache, und die partikularen unter einander sich wechselseitig von Werth und Bedeutung. Nur die rechte Grenze zu finden, ist hier oft nicht leicht. Gar manche Sätze unseres Rechtes haben die größte äußerliche Aehnlichkeit z. B. mit Sätzen des römischen Rechtes, und sind doch ihrem innersten Wesen nach etwas anderes (z. B. die Vorschriften über die sogen. hinkenden Geschäfte). Da heißt es, der naheliegenden Versuchung widerstehen, unser Recht zurückzuromanisiren, und die Eigenartigkeit unseres Rechtes, wo sie besteht, energisch betonen, — gleichviel ob ihre Wurzel in einem Mißverständniß des gemeinen Rechtes liegt oder selbständigen Erwägungen entstammt; nur muß eben auch nachgewiesen werden, ob das Eine oder das Andere der Fall ist, und darf umgekehrt auch Selbständigkeit unseres Rechtes nicht affectirt werden, wo sie nicht vorhanden ist.

Und auch der Vorwurf sollte endlich verstummen, als ob eine nergelnde und pietätlose Kritik gegen unser heimisches Gesetzbuch gefehrt würde. Wir wiederholen, was Unger schon vor fast fünfzehn Jahren gesagt: daß das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch unter den Gesetzeswerken seiner Zeit „einen ehrenvollen, wenn nicht gar den ersten Platz einnimmt“ und daß es „schwer fallen dürfte, ein Gesetzbuch der neueren Zeit namhaft zu machen, welches zu dem gegenwärtigen Stande der Wissenschaft in einem so günstigen Verhältniß stünde, wie das bürgerliche Gesetzbuch zu der Jurisprudenz seiner Zeit“ (Verfassungsschaftsabhandlung S. 1). Wir fügen hinzu, daß wir von aufrichtiger

Achtung namentlich für Zeiller's Gesetzgebungskunst und von der Ueberzeugung erfüllt sind, daß das österreichische allgemeine bürgerliche Gesetzbuch nicht nur in der Geschichte des Rechtes, sondern auch des deutschen Schriftthums immer mit Anerkennung genannt werden wird. Man vergleiche nur den an der Grenze der letzten Jahrhunderte noch immer vorherrschenden Zopfstyl in der deutschen Rechtswissenschaft mit der edlen, schlichten, rein-deutschen Ausdrucksweise unseres Gesetzbuches!

Woher, wenn nicht aus dieser Liebe und Pietät, hätte unser Lehrer und hätten wir die Geduld und Entfagung geschöpft, um die Kraft der besten Jahre an das Studium dieses Gesetzes zu wenden? Wer hätte je sich so hingeeben an das, was er geringschätzt?! — Aber freilich, den Gesetzverfassern Unfehlbarkeit beizulegen, wie selbst der verdienstvolle M. Schuster (Ztschft. f. österr. Rechtsgel. 1831 II. Bd. S. 112, 116, 118) that, oder zu meinen, das Gesetzbuch vermöge heute nach sechsundsechzig Jahren noch allen Anforderungen des Lebens und der Wissenschaft zu genügen, — das scheint uns etwas Anderes zu sein als Pietät und Patriotismus. Deshalb trugen wir kein Bedenken, auf Mängel des Gesetzes aufmerksam zu machen.

Eine ebenso offenmüthige Kritik haben wir der Spruchpraxis gegenüber, wo wir ihren Ergebnissen nicht zustimmen konnten, geübt. Daß damit das Ansehen der Gerichtshöfe geschmälert würde, ist nicht zu fürchten; hat doch das Ansehen der berühmtesten Rechtslehrer selbst in den Augen der Studierenden nie dadurch gelitten, wenn gegen manche ihrer Ansichten Widerspruch erhoben worden ist. Auch wird kein Einsichtiger daran Anstoß nehmen, wenn in der Praxis eines und desselben Gerichtshofes Widersprüche nachgewiesen werden. Sind es doch fast nie dieselben Männer, welche das eine und das andere Mal geurtheilt haben. Gleichförmigkeit der Praxis, wenn auf wissenschaftlicher Uebereinstimmung ruhend, ist eine schöne Sache; aber der richterliche Beruf würde seiner Erhabenheit beraubt, wenn der Richter, statt nach seinem besten Wissen und Gewissen, nach Präjudicaten urtheilen würde (vgl. bei S. 8). Gleichwol ist die Kenntniß derselben für ihn und noch mehr für den Anwalt unentbehrlich. Deshalb wird in diesem Werke die Spruchpraxis sorgfältig berücksichtigt, wobei auch die Wissenschaft bereichert wird; denn „der besondere

Streitfall liefert Gedanken und dient zur Probe“ (Mohl Staatsrecht, Völkerrecht u. s. w. I. S. 73). Doch wurden nicht alle veröffentlichten Rechtsfälle, sondern nur solche angeführt, die uns wirklich instructiv erschienen.

Am wenigsten haben wir Mißverständnisse zu befürchten, wo wir unsere Kritik gegen Ansichten anderer Schriftsteller kehren. Nur ein Punkt sei hervorgehoben. Wenn wir zuweilen eine Behauptung als sicheres Wissen dem Irrthum entgegensetzen (so z. B. bei §. 541, §. 1353), so geschieht dies dort, wo wir durch die Protokolle in der glücklichen Lage waren, authentischen Aufschluß über Fragen zu erhalten, die ohne diesen dunkel bleiben mußten; wir können uns darauf nichts zu Gute halten.

Diese Benutzung der Protokolle nun „ist keine so leichte Arbeit, als es den Anschein hat. Nicht allein deswegen, weil die Bemerkungen über die einzelnen (Paragraphen) oft an den verschiedensten Orten zu suchen sind, sondern namentlich auch aus dem Grunde, weil die Beratungen verschiedene Phasen durchlaufen haben, und dabei die Anschauungen der Versammlung sich in Nebenpunkten, ja mitunter selbst in Hauptpunkten änderten. Dies ist aber aus der den einzelnen Paragraphen betreffenden Debatte nicht immer erkennbar, sondern ergibt sich nur aus einer Vergleichung auch der über andere Bestimmungen erfolgten Verhandlungen.“ Diese Worte eines Commentators und zugleich Mitredactors des allgemeinen deutschen Gesetzbuches (Friedrich v. Hahn Comm. 2. Aufl. I. Bd. Einleitung S. LV) gelten für unser Gesetzbuch, wie aus der Geschichte seiner Entstehung klar werden wird, in noch höherem Maße. Um so weniger durften wir unsere Arbeit auf bloße nach der Ordnung der Paragraphen angereihte Auszüge aus den Materialien beschränken; vielmehr erschien es geboten, vorerst solche zur Veröffentlichung in dieser Gestalt gar nicht bestimmte Auszüge mit größter Genauigkeit anzufertigen, dann aber das auf diesem Wege Gewonnene in die Darstellung zu verarbeiten, damit der Leser nicht den ganzen ermüdenden Weg der Forschung mit uns nochmals zurücklegen müsse.

Ist aber diese letztere Arbeit bei dem Umstande, als wir einen Commentar aus Zeiller's Feder besitzen, nicht unnötig? Die Ver-

gleichung der beiden Werke wird die Antwort geben. Hier nur wenige Bemerkungen.

So groß der Werth von Zeiller's Commentar ist, so hat man doch oft seine Autorität überschätzt, nicht bedenkend, daß Zeiller nicht der Verfasser unseres Gesetzbuches ist, da seiner Redaction bereits ein fertiger Text, das sogenannte Westgalizische Gesetzbuch, zu Grunde lag, und daß er selbst diesen Text zuweilen mißverstanden hat (z. B. das Wort „nur“ in §. 545; s. Westg. G. B. II. §. 342). Auch ist seine Ansicht nicht immer die der Mehrheit der Redactoren gewesen (ein Beispiel bei §. 541). Zuweilen vergißt er wol auch, was er in den Berathungen selbst gesagt (ein Beispiel bei §. 779). Auch ist der Commentar im Hinblick auf das dringende Bedürfniß rasch geschrieben, zum Theile noch vor Beendigung der Redaction, weshalb die allegirten Paragraphenzahlen so auffallend oft unrichtig sind, weil die Zählung später noch geändert wurde. Dazu kommt, daß jeder Schriftsteller zunächst mit Rücksicht auf seine Zeitgenossen schreibt, und Zeiller unmöglich wissen konnte, was einem Enkelgeschlechte bekannt, was fragwürdig erscheinen werde. Endlich ist es ein Irrthum zu glauben, die Urheber eines Gesetzbuches hätten die sicherste Kenntniß von seinem Inhalt. Noch fehlt ihnen jener Ueberblick, den sich die Späteren erwerben. Kommt doch noch in den Protokollen der letzten Lesung (30. November 1809) die Aeußerung vor: Ein Satz (der Schlußsatz des §. 551) solle aufgenommen werden, „wenn diese Vorschrift nicht schon irgendwo im Gesetzbuch enthalten sein sollte.“ Dem Mitglied einer Redactionscommission ist das bis dahin geltende Recht klarer gegenwärtig, als das, an dessen Schaffung eben gearbeitet wird. Wie leicht wird übersehen, was in einer Sitzung vor Jahren beschloffen worden war! Und deshalb schien uns nicht nur gegenüber Zeiller's Commentar, sondern auch — und noch mehr — gegenüber manchen gelegentlichen Aeußerungen der Redactoren in den Debatten kritische Vorsicht geboten. Ueberhaupt haben wir uns immer gegenwärtig gehalten, daß nur das sanctionirte Gesetz, nicht auch — so groß ihr dogmengeschichtliches Interesse sein mag — die in den Materialien ausgesprochenen theoretischen Meinungen einzelner oder aller Redactoren für uns maßgebend sein können (s. S. 187 f.).

Unser Verhalten zur Rechtsgeschichte war durch folgende Erwägungen bestimmt: In der Josephinischen Zeit, in der die Codificationsarbeiten ihre ersten Früchte zu tragen anfangen, beginnt der Faden zu zerreißen, der das österreichische bürgerliche Recht mit dem gemeinen verbindet. Bis dahin hatte das gemeine Recht in Oesterreich die nämliche Bedeutung als praktisches Recht, die ihm noch heut in den Ländern des gemeinen Rechtes zukömmt. Bis zu dieser Zeit — regelmäßig nicht noch weiter — mußte daher zurückgegriffen werden. Nur ist die Darstellung der österreichischen Rechtsgeschichte in unserem Commentar, der ein dogmatisches Lehrbuch für den Lernenden und ein Handbuch für den Praktiker sein will, keine ex professo zu lösende Aufgabe; das Rechtsgeschichtliche ist uns nur ein Hilfsmittel für die Dogmatik. Wir wollen nicht einmal eine erschöpfende innere Geschichte der Codification geben — schon darum, weil es den Codificationsarbeiten an dem engen pragmatischen Zusammenhang in sich selbst fehlt.

Eine umfassende Benutzung der Literatur wurde uns erleichtert durch die Gefälligkeit der Leiter der Hof- und der Universitäts-Bibliothek, sowie der Bibliotheken des k. k. Justizministeriums und des k. k. obersten Gerichtshofes; ihnen allen sprechen wir hier unseren Dank aus.

Bereitwillig räumen wir ein, daß die Ausführung in dem vorliegenden Werke nicht so gleichmäßig ist, als eine strenge Kritik vielleicht fordern möchte. In den allgemeinen Lehren konnten wir, sollte Selbständiges geleistet werden, uns nicht so kurz fassen, als in manchen späteren Partien der Fall sein wird. Daß die Redactionsgeschichte trotz des verdienstlichen Buches von Harrafowsky so ausführlich gehalten ist, mag damit entschuldigt werden, daß es an einer solchen, welche zuverlässig und vollständig gewesen wäre, in den Gesamtdarstellungen unseres bürgerlichen Rechtes bisher fehlte, und gerade hier, zum Theil auf Grund eigener mühsamer Quellenforschung eine wenigstens nach gewissen Seiten hin abschließende Arbeit geliefert werden konnte.

Um aber zu verhüten, daß der Commentar, in diesem Maßstabe weitergeführt, einen Umfang erhalte, der seiner Brauchbarkeit Eintrag thäte, haben wir folgende Einrichtung getroffen. Wo die Beweis-

führung für eine neue Ansicht einen zu breiten Raum erfordert, wird sie einem besonderen Aufsatze vorbehalten, und nur das Resultat (meist unter Andeutung der wichtigsten Argumente) im Commentar mitgetheilt. Diese Aufsätze werden zusammen mit monographischen Darstellungen einiger bisher vernachlässigter Partien und einigen Auszügen aus den Protokollen ein eigenes Werk bilden, das den Titel „Excursse“ führen wird. Dieses Werk wird nun freilich in einem Abhängigkeitsverhältniß zu dem Commentar stehen, nicht aber umgekehrt dieser zu jenem. Der Commentar ist auch ohne die Excursse ein in sich abgeschlossenes Werk und die Verweisungen auf sie haben keine wesentlich andere Bedeutung, als wenn hinsichtlich irgend einzelner Punkte, der Kürze wegen, auf die erschöpfende Darstellung in dem Werke eines anderen Autors verwiesen wird.

Anfangs wollten wir den Gesetzestext, der sich ohnehin in jedes Juristen Händen befindet, weglassen und nur die Paragraphenzahlen beibehalten. Da uns dies jedoch von mehreren Seiten widerrathen wurde, verwendeten wir für denselben — nach dem Vorbilde französischer Commentatoren — kleinen Druck und benutzten diese Gelegenheit, einen ganz correcten Text herzustellen (s. bei Abs. X des Rundm. Pat., bes. S. 112 N. 142). Der raschen Auffindbarkeit wegen steht über den Seiten die Paragraphenzahl. Am Schlusse des Werkes werden verschiedene Register demselben Zwecke dienen. Auch über die Antheile des einen und des anderen Autors, soweit sie sich überhaupt scheiden lassen, wird dann berichtet werden. Es wird dies aber nichts an der Thatfache ändern, daß wir für den gesammten Inhalt gemeinschaftlich einstehen. Auch liegt wenig daran, zu wissen, was der Eine, was der Andere geschrieben hat; sondern Alles kommt darauf an, ob unser Werk in Lehre und Leben, in Schule und Gericht als nützlich sich erweisen werde.

Wien im December 1876.

Die Verfasser.

# G i n l e i t u n g.

## I. Geschichtliches.<sup>1)</sup>

### A. Vorgeschichte des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches.

#### 1. Bis zur Mitte des achtzehnten Jahrhunderts.

In der Geschichte jeder Rechtsentwicklung bemerken wir neben jenen üppig treibenden Kräften, die neues Recht erzeugen,<sup>2)</sup> als Gegengewicht der letzteren eine auf successive Reduction gerichtete Tendenz, welche „den naturwüchsigem Urwald des Rechtes lichtet, die abgestorbenen Bildungen beseitigt und die lebenskräftigen aus dem überlebten System in das neu emporsichende überleitet.“<sup>3)</sup>

<sup>1)</sup> Während die Entwicklungsgeschichte des preussischen Landrechtes längst genau bekannt war (vgl. Stobbe Geschichte der deutschen Rechtsquellen II S. 446 ff., und daselbst die Literaturnachweise Note 1), waren die Mittheilungen über die Geschichte des österreichischen Gesetzbuches, die sich bei Zeiller Jährliche Beiträge zur Gesetzeskunde und Rechtswissenschaft in den österreichischen Staaten I (1806) S. 1 ff., Commentar I S. 3 ff. Kosbiersky Kurze Darstellung der Entstehung des österreichischen Gesetzbuches (Wien 1812) und in den Gesamtdarstellungen des österreichischen bürgerlichen Rechtes fanden, allerdings „nicht sehr reichhaltig“ (Stobbe a. a. D. S. 476 Note 1). Wenn aber Stobbe noch in seinem Handbuch des deutschen Privatrechtes I (1871) S. 85 Note 5 klagte, „daß es in der österreichischen Literatur an jeder monographischen Arbeit darüber fehle,“ so war diese Klage damals bereits gegenstandslos geworden durch die auf Grund umfassender Benützung ungedruckter Materialien verfaßte „Geschichte der Codification des österreichischen Civilrechtes“ von Fh. Harras v. Harrasowsky Wien 1868 (XII und 167 SS. Darüber Harum Allgemeine österreichische Gerichtszeitung 1868 Nr. 94). In größerem Zusammenhang wird von dieser Materie gehandelt bei v. Domin-Petrushevecz Neuere österreichische Rechtsgeschichte (Wien 1869); eine kurze, auf diese beiden Werke gebaute Skizze hat seither gegeben Vehrenb in Holkenborff's Encyclopädie (Zweite Auflage, Leipzig 1873) S. 297—300. Die letzten Studien der Codificationsarbeiten sind am eingehendsten, ebenfalls auf Grund ungedruckter Quellen, geschildert von Pfaff in Grünhut's Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart II (Wien 1875) S. 254—317. Einzelne werthvolle Daten auch bei Hock-(Bidermann) der österreichische Staatsrath (Wien 1868, bisher 3 Hefte).

<sup>2)</sup> Darüber, daß und warum in Oesterreich die Justizgesetzgebung seit der Mitte des achtzehnten Jahrhunderts mehr als in anderen Staaten häufigen Wandlungen unterlag, vgl. Domin S. 1.

<sup>3)</sup> Rudorff Römische Rechtsgeschichte I (1857) S. 235.

Ihren vollständigsten Ausdruck findet diese reducirende Tendenz in der Codification, d. h. einer gesetzgeberischen Thätigkeit und beziehungsweise deren Ergebnissen, welche die Feststellung oder Revision eines Rechtszustandes in seiner Gesamtheit zum Gegenstande hat.<sup>4)</sup> Der Arbeit der producirenden Kräfte im Einzelnen zu folgen, ist nicht unsere Aufgabe; wohl aber muß die Reduction, insbesondere die Codification genau dargestellt werden.

Die ältere Entwicklungs-geschichte<sup>5)</sup> des Privatrechtes jener Theile der österreichischen Monarchie, welche einen Bestandtheil des heiligen römischen Reiches deutscher Nation bildeten, fällt mit der des deutschen Rechtes im Ganzen zusammen.<sup>6)</sup> Das Recht war von altersher überwiegend Gewohnheitsrecht, Reichs- und Territorialgesetzgebung verhältnißmäßig wenig bedeutend; die Rechtsaufzeichnungen traten am häufigsten in der Gestalt von Stadtrechten auf, die bald auf völlig freier Bildung durch Bürgerschaft, Rath und Schöffen beruhen, bald Spuren von Einflüssen des Sachsenspiegels oder des Halle-Magdeburgischen Rechtes, bald auch Bekanntheit mit dem Schwabenspiegel beweisen.<sup>7)</sup>

Zu diesen particularen Rechten mit ihrem Gegensatz von Land- und Stadtrechten trat allmählig das recipirte gemeine Recht in subsidium hinzu.<sup>8)</sup>

<sup>4)</sup> Behrend a. a. O. S. 290. Vgl. Danz Die Wirkung der Codificationsformen auf das materielle Recht (1861) S. 6, 9 ff., der aber den Begriff der Codification und die daraus gezogenen Konsequenzen zu scharf zuspißt.

<sup>5)</sup> Eine umfassende Bearbeitung der österreichischen Rechtsgeschichte fehlt leider (vgl. Rint Die Rechtslehre an der Wiener Universität [Wien 1853] Vorrede und S. 2) noch immer, doch liegen bedeutende Vorarbeiten vor. Vgl. neben zahlreichen Publicationen in der Archiv für Kunde österreichischer Geschichtsquellen und in den Schriften und Sitzungsberichten der philosophisch-historischen Classe der kais. Akademie der Wissenschaften (aus welchen namentlich hervorzubeben ist Aug. Chabert Bruchstück einer Staats- und Rechts-geschichte der deutsch-österreichischen Länder im III. Bde. der Denkschriften; auch als Separat-abstract [1852] 172 Fol.-S.), insbesondere: Chr. v. Elvert Geschichtlicher Ueberblick der ältesten Gesetze Mährens in der Zeitschrift für österreichische Rechtsgelehrsamkeit [1829] I S. 59–82; Rößler Ueber die Bedeutung und Behandlung der Geschichte des Rechtes in Oesterreich [Prag 1847]; Siegel Die beiden Denkmäler des österreichischen Landesrechtes und ihre Entstehung [Wien 1860]; Oberweis Die Tiroler Landesordnung vom Jahre 1526, in Haimers B. 3. S. XVII S. 22 ff., XVIII S. 174 ff. (1866); ~~von~~ Hofenbühl Oesterreichsches Landesrecht im dreizehnten und vierzehnten Jahrhundert [Wien 1867]; Luschin Die Entstehungszeit des österreichischen Landesrechtes [Graz 1872]; Die steirischen Landhandfesten (Graz 1872); Bischoff Steiermärkisches Landrecht des Mittelalters (Graz 1875); Rößler Deutsche Rechtsdenkmäler aus Böhmen und Mähren, 2 Bde. (Prag 1845, 1852) (darüber Schiner in der Zeitschrift für österreichische Rechtsgelehrs. 1846 I S. 502 ff. Allgemeine österreichische Gerichtszeitung 1853 Nr. 24); v. Würth Das Stadtrecht von Wiener Neustadt aus dem dreizehnten Jahrhundert. Ein Beitrag zur österreichischen Rechtsgeschichte; in der Zeitschrift für österreichische Rechtsgelehrs. 1846 I S. 203 ff. 265 ff. 353 ff.; Bischoff Oesterreichische Stadtrechte und Privilegien mit Literaturangaben und Anmerkungen (Wien 1857); Tomaszek Deutsches Recht in Oesterreich im dreizehnten Jahrhundert auf Grundlage des Stadtrechtes von Zglau, 1859; Darstellung des Rechtes und der Verfassung von Mähren im fünfzehnten Jahrhundert, Brünn 1863; der Oberhof Zglau in Mähren und seine Schöffenprüche aus dem dreizehnten bis sechzehnten Jahrhundert, 1868; H. M. Schuster Das Wiener Stadtrechts- oder Weichbillsbuch (Wien 1873); Die die Weisthümer betreffenden Publicationen von v. Kaltenbäck, Osenbrüggen, Siegel und Tomaszek (Salzburg'sche Taibinge 1871), Zingerle und v. Znama (Tirolische 1875) u. s. f. Vgl. noch Stobbe Geschichte II S. 87; Wittermaier Deutsches Privatrecht (7. Auflage) 1847 I S. 19 Note 12.

<sup>6)</sup> Für die spätere Zeit ist dieser Satz freilich nicht durchgreifend wahr. Domin S. III.

<sup>7)</sup> Rößler Deutsche Rechtsgeschichte (4. Aufl.) 1871 I S. 199 und Note 17 a b 18. Scheuf Beiträge zur Geschichte des Civilprocesses in Oesterreich (Gerichtszeitung 1863 Nr. 100).

<sup>8)</sup> Ueber die Reception vergleiche besonders Stobbe Geschichte I S. 609 ff. II S. 9 ff. Mollbermann Die Reception des Röm. Rechtes (Übersetzt von R. Schulz) (Jena 1875) gibt „eine ansprechende Darstellung der von den wissenschaftlichen Arbeiten der neueren Zeit . . . geförderten Resultate“ und insbesondere eine „sorgfältige Uebersicht der Forschungen über die Reception in den Niederlanden.“ Vgl. noch Donner Einleitung zum Kenntniß der österr. Rechte (Wien 1778) Vorbericht.

Die große Aufgabe aber, welche durch die Reception den gelehrten Kennern und Vertretern des neuen Rechtes in Deutschland gestellt war, die Aufgabe, in der Verwirrung des Kampfes zwischen dem einheimischen und fremden Rechte „die Gegner einander allmählig näher zu bringen,“ „aus dem gewaltigen Stoff des römischen Rechtes einen Theil energisch auszuscheiden, den Rest aber in Fleisch und Blut der Nation überzuleiten,“ so „bis auf einen gewissen Grad jene beiden Culturelemente zu verschmelzen, und dadurch dem Besiegten vorerst seine Niederlage erträglich, später vielleicht sogar als eine welthistorische Wohlthat erscheinen zu lassen“ — diese Aufgabe wurde nie und nirgends gelöst;\*) hatte man früher an dem einheimischen Gewohnheitsrecht, getabelt und beklagt, daß es ein *jus incertum* sei,<sup>10)</sup> so erwies sich nun gar bald die Erwartung, daß das römische Recht aus dem geschriebenen Buchstaben immer mit Sicherheit erkannt werden könne, nicht minder als eine eitle.<sup>11)</sup>

War schon durch die Reception der fremden Rechte der gesammte Rechtszustand seit dem Ende des Mittelalters wesentlich verändert, so begann noch dazu um dieselbe Zeit theils durch die einheimische Gesetzgebung, theils durch Bildung neuer Rechtsgewohnheiten eine neue particulare Rechtsproduction, die jenen Rechtszustand schuf, der in privatrechtlicher Hinsicht im Wesentlichen bis zum Beginn des gegenwärtigen Jahrhunderts fortbauerte.<sup>12)</sup> Namentlich ist hier der provinziellen Codificationen zu gedenken, die unter dem Namen Landesordnungen (Landtafeln, Landrechtsordnungen, Sammlungen von Landhandfesten, Constitutionen, Statute) zwischen dem fünfzehnten und siebzehnten Jahrhunderte in Böhmen, Mähren, Tyrol, Nieder-<sup>13)</sup> und Oberösterreich, Steiermark, Kärnthen, Krain, Görz und Gradiska und Triest zu Stande kamen und deren mehrere wiederholt revidirt wurden.<sup>14)</sup> Sie enthalten, entsprechend dem wichtigsten Anlaß ihrer Entstehung, der in den Kämpfen zwischen dem Landesherrn und den Ständen gelegen war,<sup>15)</sup> der Regel nach überwiegend öffentliches Recht; das Privatrecht trat erst nach und nach in den Vordergrund, zunächst vielleicht wegen des Zusammenhanges mit den auch wieder in politischer Beziehung werthvollen Jurisdictionen.

Die Landesordnungen erscheinen, mögen sie auch größtentheils nur das in Uebung stehende Recht fixiren, als unter Zustimmung der Stände vom Landesherrn sanctionirte Gesetze; neben ihnen steht das Gewohnheitsrecht, für dessen Erkenntniß nun ebenfalls durch ämtliche und Privatsammlungen gesorgt wurde.

\*) Erner Die praktische Aufgabe der romanistischen Wissenschaft in Staaten mit codificirtem Privatrecht. Akademische Antrittsrede. Zürich 1869. S. 8 f. 11 f.; cf. Brunner in Holtendorff's Encyclopädie (II. Aufl.) I S. 204.

<sup>10)</sup> Stobbe I S. 636 f.

<sup>11)</sup> Stobbe II S. 7.

<sup>12)</sup> Ueber die Gründe dieser Erscheinung, die auch nicht nur den österreichischen Ländern angehört, sondern ebenso in den übrigen Territorien und Städten Deutschlands auftrat, s. Stobbe II S. 206 ff. cf. Gerber System S. 22.

<sup>13)</sup> Besonders muß hervorgehoben werden, weil er wichtig wurde noch für die letzten Codificationsarbeiten, der sogenannte tractatus de iuribus incorporalibus („Neue Satz- und Ordnung im Erzherzogthum Oesterreich unter der Enns de iuribus incorporalibus oder von unterschiedlichen Gerechtigkeiten“). Mit diesem Namen ist bezeichnet der erste Theil des fünften Buches des Entwurfes einer niederösterreichischen Landesordnung, die als Ganzes nie Gesetz geworden ist, in ihrem hier in Frage stehenden Theile aber am 13. März 1679 sanctionirt wurde. Abgedruckt im Codex Austr., bei Weingarten fascic. divers. jurium 1690 I p. 162 ff. Separat wiederholt z. B. Wien 1807 (Harrasowsky S. 12 f.).

<sup>14)</sup> Winiwarter Commentar (2. Aufl. 1838) I S. 4 f.; Stobbe II S. 404 ff.; Schenk Beiträge zur Geschichte des Civilprocesses in Oesterreich (Gerichtszeitung 1863, Nr. 154); vorzüglich aber Harrasowsky S. 1—16.

<sup>15)</sup> Harrasowsky S. IV, 36.

Unter den ersteren ist namentlich hervorzuheben das seit 1550 bei der niederösterreichischen Regierung geführte Motivenbuch, in welchem die Entscheidungen wichtigerer Rechtsfachen mit den Entscheidungsgründen als Präjudicien (d. h. mit der Bestimmung, um sich in künftigen ähnlichen Fällen darnach richten zu können) eingetragen wurden, und die sogenannten *Consuetudinaria* (Sammlungen der Gewohnheiten), deren eines ebenda 1554 angelegt wurde, in das auch die gelegentlich erlassenen landesfürstlichen Verordnungen eingeschaltet wurden.<sup>16)</sup> Auf Grund dieses amtlich gesammelten Stoffes schrieb zu dessen leichter Uebersicht auf Veranlassung der Regierung Bernhard Walter, Rath und seit 1556 Kanzler der Regierung († 1564), zwölf Tractate über das österreichische Recht (*Aureus juris austriaci tractatus*); sie finden sich als Anhang der von J. B. Suttinger gesammelten *Consuetudines austriacae* abgedruckt, wenigstens in den späteren Ausgaben.<sup>17)</sup>

Die landesherrliche Gesetzgebung endlich, die namentlich seit dem Ende des sechzehnten Jahrhunderts immer massenhafter producirt,<sup>18)</sup> wurde für das Erzherzogthum Oesterreich in einer Sammlung vereinigt, die ebenfalls eine Privatarbeit war, aber zu nicht geringerem Ansehen gelangte, als die Werke von Walter und Suttinger, ja in ihren letzten Fortsetzungen sogar amtlichen Charakter gewann: dem *Codex Austriacus Leopoldinus*<sup>19)</sup> und seinen Supplementen.<sup>20)</sup> Es sind darin die seit Kaiser Ferdinand I. bis 1770 erlassenen Gesetze und Verordnungen vereinigt. Die Gesetze seit 1771—1780 finden sich wieder nur in Privatsammlungen (de Luca Justizcodex; Kropatschek Sammlung der Gesetze und Verordnungen von 1740—1780); daran erst schließen sich officielle, weiter unten zu nennende Gesetzesammlungen an.

Alle die genannten Rechtsaufzeichnungen (Landesordnungen, *Consuetudinaria* und landesherrliche Gesetze) verdanken ihre Entstehung großentheils dem Verlangen, Gewißheit über das herbeizuführen, was als geltendes Recht anzusehen sei.<sup>21)</sup> Das Recht war derart in Partikularismus verzettelt, daß bei-

<sup>16)</sup> Winivarter I S. 3.; Stobbe II S. 409.

<sup>17)</sup> Suttinger's Werk erschien zuerst Wien 1650. 4. (Stobbe II S. 217 Note 31.) Winivarter S. 4 nennt das Jahr 1662 als das der ersten Ausgabe. Der Titel der (letzten) Ausgabe von 1718 lautet: *Consuetudines Austriacae ad Stylum excelsi Regiminis infra Anasum olim accomodatae per Joann. Bapt. Suttinger; nunc vero accesserunt additiones praedictarum consuetudinum Austriacarum renovatae, nec non aureus juris austriaci tractatus continens observationes selectas, Authore Dre. Bernh. Walthero. Norimb. 1718. 4.* Offenbar wegen dieses Titels gibt Stobbe a. a. D. an, Walters Tractate erscheinen als Anhang des Suttinger'schen Werkes „in den Ausgaben seit 1718“. Uns liegt eine Nürnberger Ausgabe von 1716 vor, in welcher zwar die additiones fehlen, die Walter'schen Tractate aber angehängt sind. Sie ist übrigens nicht nur viel ärmer an Stoff, als die Ausgabe von 1718, sondern wimmelt auch von sinnstörenden Druckfehlern.

<sup>18)</sup> Ueber den Charakter dieser Gesetzgebung im Allgemeinen vgl. Stobbe II S. 222.

<sup>19)</sup> Der Titel lautet: „*Codicis Austriaci ordine alphabetico compilati pars prima, d. i. Eigentlicher Begriff und Inhalt aller unter des Durchleuchtigsten Erzhauses zu Oesterreich, fürnehmlich aber der allerglorwürdigsten Regierung Ihre Röm. Kaiserl. auch zu Hungarn und Böheimb Königl. Majestät Leopoldi I. ausgegangenen Generalien, Patenten u.*“ Wien 1704. Fol. Herausgeber F. A. v. Guarent. Der erste Theil des Werkes umfaßt die Buchstaben A—L, der zweite M—Z.

<sup>20)</sup> Umschlagtitel: „*Supplementum codicis Austr.*“ Haupttitel: „*Sammlung österreichischer Gesetze und Ordnungen; sovielen deren über die in parte I et II Codicis Austr. eingedruckt bis auf das Jahr 1720 weiter aufzubringen waren.*“ Leipzig 1748. Fol. Herausgeber: S. G. H. Chronologische Ordnung.

Zweite Fortsetzung, umfassend die Jahre 1721—40, Wien 1752. Der Herausgeber nennt hier seinen Namen: Sebastian Gottlieb Herrenleben.

Die dritte und vierte Fortsetzung (Wien 1777) erschien auf a. h. Befehl unter Leitung des Hofraths v. Böck; sie umfaßte die Gesetze von 1740—1758 und 1759—1770.

<sup>21)</sup> Harrajsowsky S. IV, S. 14 f., 17, 30 ff., 36, 50, 90, 99. Vgl. als einen Beleg aus weit späterer Zeit die folgende Note 23 und Donner a. a. D.

nahe jedes Gericht um die Mitte des achtzehnten Jahrhunderts seine eigenen Normen und Ordnungen hatte; dazu kam die mangelhafte Organisation der juristischen Studien, ein wenig gebildeter Advocatenstand und die Schwierigkeit der Rechtsverfolgung aus einer Provinz in die andere. Da kann es nicht Wunder nehmen, daß die Klagen über die Unsicherheit des Rechtes und der Ruf nach Festsetzung eines gewissen Rechtes, das für alle Fälle zur untrüglichen Richtschnur dienen sollte, vor der Vollendung der Codification nicht verstummen.<sup>22) 23)</sup>

<sup>22)</sup> Vgl. die Schilderung des Rechtszustandes auf Grund von Actenstücken aus der Mitte des achtzehnten Jahrhunderts bei Harrasowsky S. 14 f.; dazu Domin S. 3, 24 ff., 32 f.; eine um etwa hundert Jahre ältere Schilderung bei Kink Geschichte der Universität Wien I S. 389 ff. Note 513 (mitgetheilt auch bei Stobbe II S. 409 Note 22).

<sup>23)</sup> Noch in der Sitzung vom 21. December 1801 — in seinem die Verathung der Revision des westgalizischen Gesetzbuches einleitenden Vortrage (und noch weit eingehender in dem Vortrag vom 19. Jänner 1808, mit welchem das Gesetzbuch zur Sanctionirung vorgelegt wurde) — klagt Zeiller, im römischen Rechte finde „der praktische Rechtsgelehrte eine unverständbare Quelle wengleich nicht immer zur sicheren und gerechten Entscheidung, wenigstens zur scheinbaren Vertheidigung aller Rechtsangelegenheiten.“ Am vollständigsten und drastischsten tritt die Anschauung jener Zeit in folgenden Aeußerungen Zeiller's hervor: „Die wesentliche Bestimmung eines Gesetzbuches über die Privatrechte sei nicht, die entstandenen Rechtsstreitigkeiten zu entscheiden, das bereits geschehene Unrecht zu heben, die rechtswidrig unternommenen Handlungen zu vernichten, den Rechtsverletzer zur Strafe und zur Entschädigung anzuhalten, oder den Bürger in dem Rechte, worein er sich verpflichtet hat, gefangen zu halten. Die erste und eigentliche Bestimmung des Gesetzes sei, den Bürger über Recht und Unrecht im Voraus zu belehren, ihn vorsichtig zu machen und vor Schäden zu bewahren. Wie könne aber jetzt selbst der Gebildete zu dieser Belehrung, zu dieser Vorsicht gelangen, da das einheimische Gesetzbuch nur einen kleinen Theil der Rechte, nur die Familienrechte, enthält; da die übrigen einzelnen Gesetze in verschiedenen, beinahe unzugänglichen Sammlungen zerstreut liegen und die vorzüglichste Quelle, nämlich das Justinianische Gesetzbuch, in einer Sprache abgefaßt ist, die dem Ungelehrten fremd und oft kaum dem Gelehrten verständlich ist. Was bleibe also selbst dem gebildeteren Bürger in den meisten rechtlichen Geschäften übrig, als sich überall der oft unsicheren oder eigenmächtigen Leitung eines Rechtsfreundes, der noch dazu oft in der Verwirrung des Gegenstandes seine Rechnung findet, blindlings anzuvertrauen. Bei der ungeheuren Menge der aus den Meinungen so verschiedener Rechtsgelehrten zusammengerafften römischen Gesetzsammlung falle es dem Rechtsfreund leicht, beinahe jedes noch so bedächtlich geschlossene Geschäft in einen Rechtszweifel zu ziehen und einen Rechtsstreit zu erregen. Coccejus in seinem *jure civ. contro.* und Gothofred in seinen Noten zu dem *corp. jur.* zeigen, wie beinahe jede Stelle desselben mit wirklich oder doch scheinbar entgegenstehenden Gesetzen bestritten werden könne — die größte Satyre, die nach dem Erachten des Referenten über ein Gesetzbuch geschrieben werden könne. Entstehe dann ein Rechtsstreit, wie leicht falle es dem Sachwalter, die eine oder die andere Meinung zu vertheidigen, die weitausföhligen Schriften zu verfertigen und den Richter mit Scheingründen zu blenden.

Noch mehr! Da in den neueren Zeiten die Mängel der römischen Legislation deutlich und allgemein aufgedeckt worden seien; da man schon lange die Hoffnung nähre, sie durch eine vaterländische entbeylich zu machen, und da die Wissenschaften, was auch in vielen anderen Rücksichten sehr nützlich ist, in der Muttersprache vorgetragen werden, so habe der Jüngling weder den nothwendigen Eifer, noch die gehörige Vorbereitung, das römische Recht gründlich zu studiren. Ohne Sprachkenntniß, ohne Kenntniß der älteren Philosophie, der Geschichte, der Alterthümer, der Kritik, werde das Studium desselben von einem Jahre zum anderen oberflächlicher, und die schlechtesten, widerrechtlichsten und verkehrtesten Auslegungen und Anwendungen, in einem imponirenden Tone vorgetragen, erhielten oft bei den Gerichten die Oberhand. Ja das Ansehen des römischen Rechtes sei so tief gesunken, daß man es bei manchem Gerichtshofe für Pedanterei und Spitzfindigkeit halte, sich darauf zu berufen; oder daß man wohl geradezu behaupte, daß es bei uns weiter keine Autorität habe, und nur insofern gelte, als es Wahrheiten des Naturrechtes vorträgt. So trete dann das System des Naturrechtes, das sich der Richter geformt hat, und sehr oft die *aequitas cerebrina*, wie sie Thomasius nennt, an die Stelle der positiven Gesetzgebung, und der Richter werfe sich zum Gesetzgeber auf. So müßten nun wohl auch die Rechtsprüche äußerst verschieden ausfallen; und so müsse denn endlich die zum Sprichwort gewordene, aber gewiß nicht erbauliche Volksmeinung entstehen, daß der Ausgang eines

Während die Rechtsaufzeichnungen und insbesondere die codificatorischen Arbeiten bis zum Ende des siebzehnten Jahrhunderts — mit einer einzigen Ausnahme<sup>24)</sup> — sämtlich nur darauf berechnet waren, das in einer einzelnen Provinz geltende Recht zu fixiren, wird seit dem Beginn des achtzehnten Jahrhunderts auch die Idee, für mehrere Länder ein gleiches Recht zu schaffen, planmäßig verfolgt.<sup>25)</sup> Die Größe der damit gestellten neuen Aufgabe läßt es

Processus ebenso unsicher als ein Blickswurf und der magerste Vergleich besser als der fetteste Rechtsstreit sei.“ Daraus schließt Zeiller auf die unausweichliche Notwendigkeit einer einheimischen Gesetzgebung. Man sieht, Zeiller wiederholt nur die Klagen, die in den Ländern des gemeinen Rechtes allenthalben, namentlich seit Thomafius, den er sogar ausdrücklich citirt, laut und lauter geworden waren (Stobbe II S. 420 ff., 426 ff.), und auch später (vgl. Thibaut Civ. Abhandlungen S. 413 f.) und heut (Hausser Die Entwicklung der Reichsgesetzgebung über das bürgerl. Recht z. Nördlingen 1874. Separatdruck aus der Zeitschr. für Reichs- und Landesrecht. S. 289: „Die unertügliehen Zustände der Quellen des gemeinen Rechtes, die schädliche Rechtszerpflitterung auf einem einheitlichen Verkehrsgebiete und die Unsicherheit in der Rechtsverfolgung . . .“) noch nicht verstummt sind; er hat aber (schärfer blickend als Donner a. a. D.) schon erkannt, daß die wissenschaftlich systematische Verarbeitung des Rechtes im Sinne der naturrechtlichen Doctrin die gewünschte Reform zu schaffen nicht im Stande sein würde; die Unmöglichkeit eines deutschen Reichscodex, „woburd der Sache freilich am besten geholfen wäre“ (Reittmayr Anmerkungen I S. 73 vgl. Stobbe II S. 357 Note 24) war ihm ebenso klar, wie daß die Abhilfe nur ungenügend gewesen wäre, die eine Bearbeitung des corpus juris hätte gewähren können (vgl. Stobbe II S. 427 Note 36). Abhilfe war also nur von der Codification zu erwarten, die sich in den einzelnen Ländern zu vollziehen hatte, und seit der Mitte des achtzehnten Jahrhunderts nicht nur in Oesterreich, sondern auch in Hannover und Kurheßen (Stobbe II S. 428 Note 38) in Gang gekommen, in Preußen jüngst vollendet war. Ihre Tendenz geht aber überall auf Herstellung des gesuchten gewissen Rechtes; sie wendet sich nicht gegen den Inhalt des römischen Rechtes, sondern gegen die formellen Mängel des Rechtszustandes, gegen das Fehlen der systematischen Einheit der zerstreuten Rechtsbestimmungen, die Menge der Streitfragen — „vielsach nichts Anderes als die Anzweiflung römischer Sätze durch die deutsche Rechtsanschauung“ — und die fremde Sprache der Gesetze. Das Alles — für die Geschichte der preussischen Codification unübertrefflich kurz und treffend ausgeführt von Dernburg Lehrbuch des preussischen Privatrechtes §. 4 — bezeichnet aber die Strömungen der deutschen Rechtsbildung des ganzen achtzehnten Jahrhunderts, ja sogar eines noch viel längeren Zeitraumes; es gehört weder der österrreichischen, noch der preussischen, sondern der Rechtsgeschichte Mitteleuropas an, und es wird eine interessante Aufgabe sein, weiter unten den geradezu überraschenden Parallelismus fast aller zur Geschichte der beiden großen Codificationen gehörenden Thatsachen im Einzelnen zu constatiren. Pfaß a. a. D. S. 294. Vgl. noch überhaupt Stobbe II S. 414 ff.; Brunner a. a. D. S. 205; die naive Darstellung von Reittmayr S. 65—73; v. Stinking Das Sprüchwort: „Juristen böse Christen“ (1875) S. 14 ff.

<sup>24)</sup> Hofsecret vom 9. März 1657 bei Harrasowsky S. 11, 17. Es handelte sich um einen über höheren Auftrag von vier Rechtsgelehrten verfaßten Lebenstractat, welcher durch Abgeordnete aus Nieder- und Oberösterreich in einer Conferenz geprüft wurde, ehe er von den zur Revision der Landesordnung bestimmten Ausschüssen in Erwägung gezogen wurde.

<sup>25)</sup> Harrasowsky S. 17. Domin S. 2. Die wichtigsten hieher gehörigen Thatsachen sind: Die Einsetzung von aus Richtern, Advocaten und Stadträthen zusammengesetzten Compilationscommissionen in Brinn und Prag (1709), welche die Herbeiführung einer Gleichförmigkeit zwischen den Landesordnungen und Stadtrechten Böhmens und Mährens aufzubreien sollten; die Brünner Commission war angewiesen, ihr Operat an die Prager Commission einzuschicken und diese erst hatte die Vorlage an die Hofstelle einzuleiten. Nach mehrfachen Schwankungen über die Begrenzung der zu lösenden Aufgabe und längeren Stockungen setzte man sich die Ausarbeitung von neun selbständigen Gesetzeswerken zum Ziel, die den ganzen Rechtsstoff erschöpfen sollten. Das Ergebnis war freilich nur ein um die Mitte des Jahrhunderts der Regierung vorgelegter, aber schon bedeutend früher zu Stande gekommener Erbrechtsentwurf, der insofern auch für die späteren Codificationsarbeiten wichtig geworden ist, als die in ihm zu Tage tretenden, auf naturrechtlicher Basis beruhenden Reformbestrebungen gegen Ende des Jahrhunderts zu einer wesentlichen Vereinfachung des Erbrechtes führten. Genauer bei Harrasowsky S. 18—29. Eine zweite wichtige Thatsache ist die Feststellung wesentlich gleicher Successionsordnungen für Niederösterreich 1720, für Oberösterreich und Steiermark 1729. Harrasowsky S. 26 ff.

begreiflich erscheinen, wenn ihre Realisirung nur langsam erfolgte. Die Aufgabe selbst war aber deutlich genug bezeichnet, indem der Kaiser in den Rundmachungspatenten zu den Successionsordnungen für Nieder- und Oberösterreich und Steiermark<sup>26)</sup> die Besonderheiten des Landesrechtes als etwas Irriges, die Ungleichförmigkeiten als eine Quelle von Streitigkeiten bezeichnete. Daneben wird, wie früher, das Bedürfnis betont nach klaren Satzungen und Ordnungen und nach Abfassung der Gesetze in deutscher Sprache, damit sie zu jeden gemeinen Mannes Belehrung dienen können.<sup>27)</sup>

Ehe aber noch ein durchaus gleiches Recht für mehrere Länder wirklich geschaffen war, wuchs naturgemäß die zu lösende Aufgabe zu größeren Dimensionen an. Sowohl die naturrechtlichen Strömungen der Zeit, die dahin trieben, sich von dem römischen Recht zu emancipiren, als auch das Streben nach Popularisirung des Rechtes, wie endlich die bisher geschilderten Codificationsarbeiten selbst hatten die Idee der Rechtseinheit<sup>28)</sup> in allen Erbländern<sup>29)</sup> vorbereitet geholfen; den auf eine Trennung des habsburgischen Erbes abzielenden Kämpfen gegenüber gewann der Gedanke der Zusammengehörigkeit der österreichischen Kronländer, das Princip der Reichseinheit immer mehr an Klarheit, Bestimmtheit und Festigkeit.<sup>30)</sup>

Diesem Gedanken entsprang die Errichtung der obersten Justizstelle (1749) als eines gemeinschaftlichen obersten Gerichtshofes und eines gemeinschaftlichen Ministeriums für die Justizangelegenheiten aller deutschösterreichischen Erbländer.<sup>31)</sup> Die centrale Justizpflege und die zunehmende Centralisirung der Verwaltung brachte aber immer häufiger Erscheinungen zu Tage, in denen die Verschiedenheit der provinziellen Rechte sowohl das Rechtsgefühl verletzte, als auch sich als Erschwerung der Verwaltung fühlbar machte. Da die Justizgesetzgebung längst schon eine rein landesherrliche geworden war,<sup>32)</sup> so schien auf diesem Gebiete

<sup>26)</sup> Vgl. die vorige Note a. E.

<sup>27)</sup> Die Unsicherheit des Rechtes war freilich nicht wesentlich durch die Sprache der Quellen bedingt. (Siehe über die gleichen Klagen in Preußen Dernburg I S. 5; Förster Theorie und Praxis I S. 3.) Man fand ja auch die deutsch abgefaßten Landesordnungen unklar und verlangte wiederholt Erläuterungen. Insbesondere waren es Streitfragen, angelegt durch die Unklarheit des tractatus de iuribus incorporabilibus, welche, wiederholt von Ständen und Behörden gerügt, 1751 die Einsetzung einer eigenen, mit der Revision dieses Tractates betrauten Commission veranlaßten. Ihre Arbeiten führten zwar zu keinem praktischen Ergebnis, jedoch wohl nur darum, weil die Aufgabe, deren Lösung bald darauf in Angriff genommen wurde, eine viel umfassendere war — die Codification des bürgerlichen Rechtes überhaupt. Harrasowsky S. 31—35, 72 Note 1.

<sup>28)</sup> Diese im Verlauf der Zeit immer mächtiger werdende Idee wurde insbesondere maßgebend für das Verhalten der Gesetzgebung gegenüber den Provinzialrechten und dem Gewohnheitsrecht und nicht minder für die Frage nach der Lösung von Interpretationsschwierigkeiten. S. unten und Harrasowsky S. 76 f., vgl. mit S. 33 f., 47, 49 f.

<sup>29)</sup> Unter Joseph II. gestaltete sie sich zur Idee der Rechtseinheit der Gesamtmonarchie. S. unten Note 90 a. E.

<sup>30)</sup> Domin S. 33, 89. Danach war es denn auch nicht zu verwundern, daß „die beginnende Krystallisation der staatlichen Elemente in Oesterreich diese Elemente notwendigerweise vom deutschen Reiche ablenken mußte“. Harrasowsky S. 37. Und sowie in Oesterreich an das Erstarren der Centripetalkraft die große Codification sich anlehnt, so ist es auch in Preußen die mit den stets erweiterten privilegia de non appellando steigende Emancipation der Landesgerichtsbarkeit vom Reiche, mit der erst die umfassende Codification beginnt. Dernburg a. a. D. S. 6. Förster Theorie und Praxis I S. 4. Die älteren Rechtsaufzeichnungen und Entwürfe sind in beiden Staaten schon darum nicht den Gesetzbüchern gleichartig, weil ihnen weber in Rücksicht ihres Inhaltes noch des Gebietes ihrer Geltung jener umfassende Charakter zukömmt, der die modernen Codificationen auszeichnet. Vgl. Dernburg S. 5.

<sup>31)</sup> Domin S. 35. Vorbilbergehend wurde 1797 die oberste Justizstelle mit dem sog. Directorium zu einer „böhmisch-österreichischen Hofkanzlei“ vereinigt. Domin S. 213.

<sup>32)</sup> Harrasowsky S. 11, 38; vgl. Stobbe II S. 212 ff.

eine Abhilfe viel leichter, als auf jenen, die in engerem Zusammenhang mit der Landesverfassung standen; und dringend schien die Abhilfe, da in zahlreichen der Kaiserin überreichten Druckschriften über das Darniederliegen der Rechtspflege geklagt wurde.<sup>33)</sup> Hiernach ist es durchaus nicht unwahrscheinlich, daß eine der Kaiserin 1752 überreichte Denkschrift (eines innerösterreichischen Appellationsrathes?), in welcher die Vortheile der Rechtseinheit warm geschildert und die Einsetzung einer ständigen Gesetzgebungscommission empfohlen wird, die Einsetzung der zur Abfassung des Codex Theresianus berufenen Compilationscommission herbeiführte.<sup>34)</sup> Damit war jener Schritt gethan, der auch für Oesterreich nach Stobbe's Ausspruch (II S. 414) „die glanzvollste Periode deutscher Gesetzgebung, Rechtswissenschaft und Praxis“ inaugurierte, jene Zeit, deren Tendenzen auf dem Gebiete der Gesetzgebung durch den berühmten Ausspruch der Kaiserin vollständig bezeichnet sind: Es könne „nichts natürlicher, billiger und ordentlicher, auch justizbeförderlicher sein, als daß zwischen verbrüderten Erblanden, unter einem nämlichen Landesfürsten ein gleiches Recht festgestellt werde.“<sup>35)</sup>

## 2. Der Codex Theresianus.

Die Compilationscommission sollte unter dem Voritze des Vicepräsidenten der obersten Justizstelle, Otto Grafen Frankenberg, aus je einem Mitgliede für Böhmen, Mähren, Oesterreich und Steiermark, denen später noch je ein Mitglied für Schlesien und Vorderösterreich zugegeben wurden, bestehen,<sup>36)</sup> und wurden die

<sup>33)</sup> Harraowsky S. 41.

<sup>34)</sup> Harraowsky S. 38 f. Ob und inwieferne diese Bestrebungen der Kaiserin wirklich durch das „Project des Corpus juris Fridericiani“ (1749, 1751) „veranlaßt“ waren, wie Dernburg S. 8 Note 5 behauptet, muß wohl dahin gestellt bleiben. Da, wie nachgewiesen, die Idee, das geltende Recht zu codificiren, Schritt für Schritt schon seit Jahrhunderten auch in Oesterreich Boden gewann, so wäre wohl der letzte Schritt auch in Oesterreich nicht unterblieben, selbst wenn das erwähnte Project nie erschienen wäre; das Verlangen nach einer umfassenden Codification lag ja dem achtzehnten Jahrhunderte in allen Gliedern. Doch mag das Project immerhin mit beigetragen haben, die österreichischen Codificationsbestrebungen zu ermutigen; vgl. Kreittmayr Ann. I S. 73: „Nachdem aber mittelst des im Jahre 1749 an das Licht getretenen königlich preussischen Codicis Fridericiani, wovon zwar dormalen mehr nicht, als die zwei ersten Theile heraus sind, die offenbare Thun- und Möglichkeit der Sache dargethan worden, so ist man diesem höchst rühmlichsten Vorgang hier zu Land mittelst Verfertigung des neuen Codicis Civilis, Criminalis und Judiciarii bald nachgefolgt, und es hat bereits vor einigen Jahren in öffentlichen Zeitungen verlauten wollen, daß nicht nur in den kaiserlich königlichen Erblanden ein neuer Codex Theresianus, sondern auch in mehreren anderen deutschen Reichslanden dergleichen nützliche Arbeit schon wirklich unter der Feder sei, wodurch sich also eine ganz neue Epocha Jurisprudentiae Germanicae aufzu thun scheint.“ Die Redactoren des österreichischen bürgerlichen Gesetzbuches, so gerne und so oft sie das preussische Landrecht als das Muster einer von ihnen beantragten Gesetzesbestimmung bezeichnen, wissen nichts von irgend welchem Einfluß des gedachten Projects auf die österreichische Codification, sondern constatiren nur, es seien in Preußen wie in Oesterreich die ersten Versuche misslungen; wohl aber berufen sie sich auf die Bearbeitungen des römischen Rechtes, durch welche dieses besser geordnet worden sei, die Arbeit Schöffers (vgl. Stobbe II S. 427 Note 36), der bemüht war, „aus einigen Theilen des römischen Rechtes Auszüge zu einem brauchbaren Gesetzbuche zu liefern, welcher Plan in der Folge durch den in Breslau erschienenen Volkscodex (1783) auf das ganze römische Gesetzbuch ausgedehnt wurde,“ und die Arbeit Claproth's, der „schon im Jahre 1770 einen unmaßgeblichen Entwurf eines Gesetzbuches in Druck“ legte. „Durch diese Vorarbeiten ward man in Stand gesetzt, in Oesterreich und in Preußen fast zu gleicher Zeit die Abfassung eines einheimischen bürgerlichen Gesetzbuches zu unternehmen.“ Vortrag vom 19. Jänner 1808. Pfaff S. 294 Note 75.

<sup>35)</sup> Domin S. 52. Als bald setzte die Kaiserin auch eine Commission zur Abfassung einer gleichförmigen Strafgesetzgebung ein, die ihre Aufgabe verhältnißmäßig rasch löste. Domin S. 53 ff.

<sup>36)</sup> An Stelle des noch vor dem Zusammentritt der Commission verstorbenen Grafen

Sitzungen derselben am 3. Mai 1753 durch den obersten Kanzler in Wien unter Zuziehung von Rätthen des Directoriums und der obersten Justizstelle eröffnet. In dieser und den nächstfolgenden Sitzungen wurde vorerst beschlossen, die Arbeiten dahin zu begrenzen, daß Alles, was mit dem öffentlichen Rechte und den bestehenden Jurisdictionsverhältnissen zusammenhänge, unverändert zu erhalten sei, und im Interesse der geplanten gleichförmigen Gesetzgebung die Mahnung erhoben, von der Vorliebe für die besonderen Einrichtungen der einzelnen Länder um des gemeinsamen Zweckes willen abzugehen.<sup>37)</sup> Für den zu bearbeitenden Stoff wurde eine Hauptabtheilung in drei Theile, welche von den Personen, Sachen und Obligationen, sowie den daraus entspringenden Klagen<sup>38)</sup> handeln sollten, aufzustellen beschlossen. Diese drei Haupttheile sollten nach einander, die Unterabtheilungen eines Haupttheiles aber gleichzeitig durch die verschiedenen Mitglieder nach vorausgegangener Feststellung der leitenden Grundsätze für jeden Titel bearbeitet, Widersprüche endlich nach Vollenbung des ganzen Werkes ausgeglichen werden. Vor Allem aber sollte, damit es an einer Uebersicht nicht fehle, ein detaillirter Plan des ganzen Werkes entworfen werden.<sup>39)</sup>

Letzteres geschah durch Azzoni, und war sein Entwurf schon binnen Monatsfrist von der Commission berathen und angenommen. Nun aber beantragte die Commission im Interesse der Einheitlichkeit der Arbeit die Bestellung eines Hauptreferenten, den die übrigen Mitglieder vornehmlich durch Sammlung von Materialien zu unterstützen hätten. Bei einer Schlußberatung erwoh sie, ob es ihre Aufgabe sein solle, ein ganz neues, blos aus der gesunden Vernunft abgeleitetes Recht<sup>40)</sup> zu verfassen, oder ob sie die bestehenden Landesrechte zu

Frankenberg trat der Kammerpräsident in Brunn, Freiherr von Blümegen. Die ersten Mitglieder waren: für Böhmen der alsbald zum Hofrath ernannte Professor Joseph Azzoni, früher Advocat in Prag (anstatt des ursprünglich designirten Advocaten Schugbreth von Schugwerth); für Oesterreich Regierungsrath Jos. Ferd. Holzer; für Mähren Tribunalskanzler Heinrich Hayel von Walsbetten; für Steiermark Regierungsrath von Thunefeld (statt des zuerst ernannten Revisionsrathes von Knib); für Schlesien Rath von Burmeister und für Vorderösterreich Rath von Hormayr. (Harrasowsky S. 44.) Ungenau nennt Domin S. 45 f. als Vorstehenden den Grafen Sinzenдорf, als Mitglieder: Graf Stambach, v. Holzer, Azzoni, v. Martini, v. Curti, v. Froidebeaur und v. Herten. Damit ist nicht die ursprüngliche Zusammensetzung angegeben, sondern sind nur einige der bedeutendsten Commissionsmitglieder aus einem Zeitraume mehrerer Decennien genannt.

<sup>37)</sup> Harrasowsky, S. 45.

<sup>38)</sup> Der Vorschlag, sich an die Stoffvertheilung in einem gangbaren Handbuch des römischen Rechtes anzuschließen, wurde abgelehnt. Harrasowsky S. 45. Die hier beschlossene Ordnung des Stoffes ist jene des Justinianischen Institutionensystems in jenem Sinne, in welchem sie in der damaligen Doctrin aufgefaßt wurde und selbst noch weit später Vertheidiger fand. Vergl. besonders Böcking Pandekten (Institutionen) I Anhang VI, namentlich Note 15. Daß man bis zum Ende der Arbeiten bewußt am Institutionensystem festhielt, bekündigt Zeiller ausdrücklich (Vortrag vom 19. Jänner 1808): „Man wählte bei dem gegenwärtigen Entwürfe die an sich natürliche und den Rechtsgelehrten bereits geläufige Ordnung der Institutionen des römischen Rechtes . . .“ Genaueres unten bei §§. 14, 15 und in den Excursen zu diesen Paragraphen.

<sup>39)</sup> Harrasowsky S. 45 f. Ueber den Inhalt des Generalplanes s. Harrasowsky S. 50 ff. und Excurse.

<sup>40)</sup> Die Frage hatte einen guten Sinn mit Rücksicht darauf, daß Friedrich II. in seiner Constitution vom 31. December 1746, den Anträgen Cocceji's entsprechend, befohlen hatte, „ein Teutsches Allgemeines Landrecht, welches sich blos auf die Vernunft und Landesverfassungen gründet, zu verfertigen.“ S. diese Constitution bei Bornemann Systematische Darstellung des preussischen Civilrechtes (1834) I S. 103 Note \*; Förster I S. 5; Stobbe II S. 451. Beschloß doch weit später noch der französische Convent, eine Commission von Philosophen niederzusetzen, welche nach ganz neuen Ideen, unabhängig von dem Civilrecht der Vorzeit, ein Gesetzbuch schaffen sollte! Zachariae Handbuch des französischen Civilrechtes (sechste Auflage, hrsg. von Puchelt) I S. 19. Aber wie der Stoff des Projectes des corp. jur. Frid. wesentlich aus dem röm. Rechte geschöpft war (Stobbe S. 452), so waren auch für die Codification in Frankreich, als

compiliren und nur die sich ergebenden Lücken aus dem Natur- und Völkerrecht<sup>41)</sup> auszufüllen habe — eine Frage, die im letzteren Sinne beantwortet wurde, weil man für die Arbeit eines Musters bedürfe, die Besonderheiten der Landesrechte achten müsse, und ein neues Recht schwer in die Lebensgewohnheiten übergehe, während es doch bei dem beabsichtigten Vorgange leicht sei, unvermerkt ein gleiches Recht herzustellen.

Die Kaiserin resolvirte, die Commission solle sich „bei Abfassung des Codex einzig auf das Privatrecht beschränken,<sup>42)</sup> soviel wie möglich das bereits übliche Recht beibehalten, die verschiedenen Provinzialrechte, insofern es die Verhältnisse gestatteten, in Uebereinstimmung bringen,<sup>43)</sup> dabei das gemeine Recht und die besten Ausleger desselben, sowie auch die Gesetze anderer Staaten benutzen, und zur Berichtigung und Ergänzung stets auf das allgemeine Recht der Vernunft zurücksehen.“<sup>44)</sup> Am Schluß der Resolution mahnte die Kaiserin alle Mitglieder der Commission, „daß nebst der Absicht der Gleichförmigkeit deren Gesetzen auch schleunigst selbe sollen besorgen<sup>45)</sup> und hauptsächlich entdecken sollen, die in allen Erblanden eingeschlichenen Mißbräuche, deren Verzögerung, wie abzuthun wären die sogenannten Vorurtheile, Schlenbrian der sogenannten abusiven Gerichtsordnung<sup>46)</sup> und wie die Aufzölge und die angefochtene Unschuld wider die gewöhn-

sie wirklich zu Stande kam, ganz andere Gesichtspunkte maßgebend geworden. Vgl. Einleitung zu dem Entwurfe des bürgerlichen Gesetzbuches, verfaßt im Namen der Verfertiger jenes Entwurfes von Portalis bei C. E. Schmid Kritische Einleitung in das bürgerliche Recht des französischen Reiches I (1808) S. 206 ff.: „Dem geschriebenen, in den römischen Gesetzbüchern enthaltenen Rechte dankt Europa seine Civilisation. . . . Wir haben . . . einen Vergleich zwischen dem statutarischen und geschriebenen Rechte gestiftet, so oft es möglich war, ihre Bestimmungen zu vereinigen. . . . Es ist immer gut, das zu erhalten, dessen Vernichtung nicht nothwendig ist. . . . Ein Gesetzgeber würde seine Einrichtungen von Allem entblößen, was sie auf der Erde einheimisch machen kann, wenn er nicht sorgsam die Bande beachten wollte, durch welche die Vergangenheit und Zukunft mit der Gegenwart verknüpft wird. . . .“ Vgl. über die gegenwärtig geplante Codification des bürgerlichen Rechtes im deutschen Reiche Hauser a. a. D. S. 307 ff., 333 ff.

<sup>41)</sup> Der Ausdruck ist pleonastisch. Dieses Völkerrecht fällt mit dem Naturrecht nach dem Sprachgebrauch jener Zeit zusammen. Unger Syst. I S. 68 Note 3. Vgl. aber auch Harrasowsky S. 64.

<sup>42)</sup> Nämlich diese Commission — denn die Codificationspläne waren schon damals nicht auf das Privatrecht beschränkt.

<sup>43)</sup> Diese beiden Anordnungen stimmen überein mit dem, was das Project des corp. jur. Frid. geleistet hatte. Deraburg S. 8.

<sup>44)</sup> Zeiller Commentar S. 7 f., vgl. Dernburg S. 6. Ueber die Stellung, welche dem Naturrecht im Rechtsunterricht vindicirt wurde, vergleiche die Mittheilungen aus den 1753 ausgearbeiteten Instructionen für die Professoren der Rechte bei Wahlberg Die Reform der Rechtslehre an der Wiener Hochschule (Wien 1865) S. 17 ff.; Kink Geschichte der kaiserlichen Universität zu Wien (1854) I S. 464 Note 602; Kink Rechtslehre an der Wiener Universität (1853) S. 50 ff., 63 ff., 75.

<sup>45)</sup> Wie Cocceji 1746 meinte, das römische Recht durch ein auf Vernunft und Landesverfassung gegülldetes deutsches Landesrecht binnen einem Jahre erlesen zu können (Stobbe II S. 451), so meinte man auch in Oesterreich, die Codification des Privatrechtes durch einen raschen Wurf in kurzer Frist (binnen vier Jahren) vollenden zu können, wie man denn auch sonst gerne Vergleiche zwischen dem zu schaffenden Werke und der Justinianischen Compilation, namentlich betreffend die Neuwerklichkeiten, zog. Harrasowsky S. 74, 96. Wirklich rasch vollendet wurde von den modernen großen Civilrechtscodificationen nur der Entwurf des Code civil — in vier Monaten — bei nach Materien unter die Mitglieder vertheilter Arbeit. Zachariae I S. 21. Daß die Arbeiten in keinem Lande so geraume Zeit in Anspruch nahmen, als in Oesterreich, mag wohl auch zum guten Theile darauf zurückzuführen sein, daß sie ihren Schwerpunkt vom Anfang bis zum Ende stets in collegialen Beratungen finden mußten; nur die letzte Feile erhielt das schon sanctionirte Gesetzbuch ohne Zweifel von nicht collegial arbeitenden Redactoren. (Muten, Note 174.) Dagegen vergleiche das preussische Landrecht betreffend Förster I S. 8: „Eine eigentlich collegialische Feststellung der Redaction hat nicht stattgefunden, die Leitung behielt Carmer in seiner Hand. . . .“

<sup>46)</sup> Allenthalben gaben ja die Klagen über Verschleppung der Prozesse „der wissen-

lichen Advocatenkünste<sup>47)</sup> vor das Künftige können geschützt werden, und wie die gottlose Peut und Pest eines Staates und einer christlichen Gemeinde können angesehen und bestraft werden.“<sup>48)</sup> Der Antrag, einen einzigen Referenten zu bestellen, wurde jedoch von der Kaiserin nicht genehmigt, sondern im Interesse der Beschleunigung die Vertheilung der Arbeit unter die einzelnen Mitglieder angeordnet. Demgemäß bereiteten diese die Codification dadurch vor, daß jedes Mitglied während einer einige Monate dauernden Vertagung der Sitzungen eine Darstellung von dem Rechte seines Landes im Rahmen des Generalplanes verfaßte, um die übrigen Mitglieder zu orientiren.<sup>49)</sup>

Der Wiederzusammentritt der Commission erfolgte im November 1753 in Brünn.<sup>50)</sup> Sie beschloß, der zum Hauptreferenten bestellte Azzoni solle vor Ausarbeitung jeder Abhandlung den Entwurf der Hauptsätze unter den Mitgliedern zur schriftlichen Beurtheilung circuliren lassen; darauf solle eine zwanglose mündliche Erörterung folgen und deren Ergebnis bei einer Hauptcommissions-sitzung geprüft, verbleibende Meinungsverschiedenheiten durch Entscheidung der Kaiserin behoben werden. Auch einigte man sich über eine Reihe von Grundsätzen, die bei Collisionen zwischen geschriebenem und Gewohnheitsrecht — die als an sich gleichwerthige Rechtsquellen angesehen wurden — oder zwischen Sonderrechten einzelner Länder eingehalten werden sollten. Man meinte nämlich, die Entstehung und Veranlassung der einander widersprechenden Bestimmungen erforschen und dann einen gemeinschaftlichen Grundsatz aufstellen zu können, unter den jene Bestimmungen subsumirt, und aus dem die zu gebenden Anordnungen auf dem Wege rein logischer Entwicklung abgeleitet werden könnten, wofür nicht die Landesverfassung zur Aufnahme anderer Bestimmungen nöthige. Subsidiär sollte das Naturrecht die hienach verbleibenden Lücken ausfüllen.<sup>51)</sup>

schäftlichen Bewegung einen volksthümlichen Hintergrund.“ Dernburg S. 6. Demgemäß waren auch „nach einem in der Vernunft gegründeten Generalplan“ von Friedrich II. jene Projecte des Cobur Frid. Pommeranus und Marchicus (1747, 1748) erlassen worden, nach denen jeder Proceß in einem Jahre durch drei Instanzen zu Ende gebracht werden sollte. Stobbe II S. 449 f. Nicht minder begann die wieder aufgenommene Codificationsarbeit in Preußen 1781 mit einer Reform des Processus. Stobbe S. 456 f.

<sup>47)</sup> Der Advocatenstand genoß während der Codificationszeit sehr geringes Ansehen. Domin S. 26 f. Wohl darum war er auch unter den Mitgliedern der Commission anfangs nur schwach, später gar nicht vertreten. Einige Belege aus den Protokollen der letzten Stadien mitgetheilt bei Pfaff S. 270 Note 24. Einen weiteren Beleg gibt ein von dem Präsidenten der Gesetzgebungscommission, v. Haan, (offenbar 1814) niedergeschriebener Entwurf eines Vortrages an den Kaiser, in welchem von der Revision der allgemeinen Gerichtsordnung gesagt ist, man habe, in der „Meinung, die Sache recht gut zu machen“, immer ein paar Advocaten mit zu Rathe gezogen, „woraus sonderbare Meinungen, auf alte Vorurtheile gebaute Ideen, und wohl gar der Vorschlag, das Josephinische System wieder ganz bei Seite zu legen, entstanden.“ Aehnliche Antipathien fanden der directen Theilnahme der Professoren an den Codificationsarbeiten entgegen. Die preussische Cabinetsordre vom 6. April 1780 verordnete, die Arbeit „habilen, ehrlichen und recht zuverlässigen Leuten aus den Collegiis,“ aber nicht Professoren zu übertragen, „weil diese immer zu weitläufig.“ Förster I S. 7. Diese Erfahrung scheint auch der österreichischen Commission nicht erspart geblieben zu sein. Domin S. 47.

<sup>48)</sup> So lautet die Resolution, vollständiger als sie sonst mitgetheilt zu werden pflegt, bei Harrasowsky S. 48 f.

<sup>49)</sup> Diese Arbeiten sind großentheils verloren gegangen. Was von ihnen erhalten ist, beweist, daß sie „reicher waren an allgemeinen Betrachtungen, als an quellenmäßigen Mittheilungen“ über die Abweichungen der Landesrechte vom römischen Recht. Harrasowsky S. 59.

<sup>50)</sup> Der Vorsitzende der Commission war durch seine amtliche Stellung genöthigt, in Brünn zu domiciliren.

<sup>51)</sup> Harrasowsky S. 61 ff. Da übrigens nach diesem Plane der Referent stets mit einer fertigen Arbeit vor die Commission trat, begreift es sich leicht, daß der Entwurf, so lange Azzoni das Referat führte, vorwiegend den Eigenthümlichkeiten des böhmischen Landrechtes folgte. Harrasowsky S. 61.

Die Commission schaffte an ihrem Werke mit eben so viel Fleiß als Weitläufigkeit.<sup>52)</sup> Daher entseffelte denn auch der nach etwa einjähriger Arbeit nach Wien gesendete Text der ersten vier Hauptstücke nicht nur die der Codification überhaupt feindlichen Tendenzen,<sup>53)</sup> sondern es führte die Weitschweifigkeit der Arbeit geradezu zu einer Umarbeitung derselben. Zur Prüfung des Werkes wurde nämlich eine aus neun Rätthen der obersten Justizstelle und des Directoriums bestehende Revisionscommission unter dem Voritze des Hofrathes Freiherrn von Buol niedergesetzt. Sie sollte zwar zunächst das Werk nur prüfen, alle erheblichen Bedenken aber aufsparen, bis Azzoni, Holger und Blümegen nach Wien kommen würden; thatsächlich aber wurde eine völlige Umarbeitung vorgenommen, die so bedeutende Differenzen ergab, daß die Compilationscommission, entmuthigt und unsicher gemacht, nach langen vergeblichen Arbeiten und Verhandlungen beider Commissionen, und nach dem erfolglosen Versuch, eine Beschleunigung der Arbeit am zweiten Theile durch Vertheilung der Referate an mehrere Mitglieder zu erzielen,<sup>54)</sup> der Kaiserin eine Denkschrift überreichte, in welcher sie die Schwermüdigkeit und Langsamkeit der Revisionsarbeiten beklagte und namentlich hervorhob, daß die weitere Arbeit gehemmt sei, so lange das Schicksal der im ersten Theil ausgesprochenen, für den zweiten Theil präjudiciellen Bestimmungen nicht fest stehe. Insbesondere aber wünschten die Compilatoren, an den Verhandlungen der Prüfungscommission selbst Theil zu nehmen.

Da die Präsidenten beider Commissionen die Auflösung der Brüinner Commission und die Beiziehung der Repräsentanten des österreichischen und böhmischen Landesrechtes zur Wiener Commission empfahlen,<sup>55)</sup> so erfolgte (9. Juli 1756) die Auflösung der Compilationscommission; die Wiener Prüfungscommission, in welche Azzoni und Holger eintraten, wurde nun zu einer Gesetzgebungscommission umgestaltet, in deren Wirkungskreis allmählig die ganze Gesetzgebung fiel.<sup>56)</sup>

Azzoni<sup>57)</sup> und Holger begannen sofort die Umarbeitung des ersten Theiles, wobei die Hauptarbeit dem ersteren zufiel.<sup>58)</sup> Der umgearbeitete erste Theil,<sup>59)</sup> der schon durch seine Existenz bewies, daß denn doch eine Einigung der Ansichten möglich sei, wurde der Kaiserin um die Mitte des Jahres 1758 überreicht und sodann die Arbeiten an dem schon in Brünn begonnenen zweiten Theile wieder aufgenommen.<sup>60)</sup> Wegen zunehmender Kränklichkeit Azzoni's wurde 1760 der schon früher in der Commission thätig gewesene Hofrath von Zenker mit der Bearbeitung des dritten Theiles betraut, und dieser Auftrag, als Azzoni 1761

<sup>52)</sup> Der Text des nach drei Jahren angestrengter Thätigkeit überreichten ersten Theiles füllte drei, die von Holger gearbeiteten Motive siebzehn starke Foliobände. Harrasowsky, S. 65.

<sup>53)</sup> Waren doch die neuen Civilgesetzbücher „geradezu ein Mißtrauensvotum gegen die Jurisprudenz der Zeit und ihre Träger.“ Glaser in Schletter's Jahrb. I S. 359. Vgl. Unger System I S. VIII.

<sup>54)</sup> Harrasowsky S. 70, 87 ff.

<sup>55)</sup> Die übrigen Mitglieder der Brüinner Commission wollte man erst nach Bollendung der Entwürfe zu Rathe ziehen — was dann freilich unterblieb. Harrasowsky Seite 72.

<sup>56)</sup> Harrasowsky S. 72. Später finden wir eine ständige Gesetzgebungs-Hofcommission, die sich 1808 in zwei selbstständige Commissionen: für Justiz- und für politische Gesetze theilte. Domin S. 251.

<sup>57)</sup> Ueber seine Stellung in Wien vgl. Harrasowsky S. 94 f.

<sup>58)</sup> Azzoni wie Holger widerriethen eine Theilung der Referate. Holger sollte nach ihrem Plane Materialien sammeln und Hilfsarbeiten verrichten, Azzoni die Entwürfe ausarbeiten, erst mit Holger, dann mit einigen anderen Mitgliedern der Commission berathen und das so Vereinarbete der ganzen Commission vortragen. Harrasowsky S. 73.

<sup>59)</sup> Eingehende Mittheilungen über seinen Inhalt bei Harrasowsky S. 74 ff.

<sup>60)</sup> Ueber die Brüinner wie die Wiener Arbeiten am zweiten Theil Harrasowsky S. 87 ff.

starb, auch auf die Bearbeitung des zweiten und die Umarbeitung des ersten Theiles<sup>61)</sup> ausgedehnt.<sup>62)</sup> Um die Vollenbung des Werkes möglichst zu fördern, befaß die Kaiserin, Zenker solle sich ausschließlich mit der Bearbeitung des Codex beschäftigen, nicht einmal den Sitzungen der obersten Justizstelle beiwohnen, dagegen aber wöchentlich über den Stand seiner Arbeiten Bericht erstatten.<sup>63)</sup>

So wurde zuerst der dritte, dann der zweite und endlich der erste Theil bearbeitet, und Ende des Jahres 1766 der ganze Entwurf<sup>64)</sup> sammt dem Entwurfe eines Kundmachungspatentes der Kaiserin vorgelegt. In dem letzteren Entwurfe wird — ein Beweis des Umschlags der Ansichten, der mit dem Wechsel des Referenten eingetreten war — das römische Recht als Subdiarrecht aufrecht erhalten. Ja, bei Erwähnung der Einsetzung der Compilationscommission wird nur der letzten Thätigkeit derselben gedacht und sogar der Bestand derselben zur Zeit von Azzoni's Referat gänzlich ignorirt. „Dieser Zug wiederholt sich später in jedem Stadium der Codificationsarbeiten; jeder der verschiedenen Gesetzentwürfe, die im Verlaufe der Zeit zu Stande kamen, stellt sich als eine ursprüngliche Arbeit dar, und läßt die Quelle, aus der er entsprang, unberücksichtigt.“<sup>65)</sup>

Die Sanctionirung des Codex Theresianus schien um so wahrscheinlicher, als nun, da auch die Arbeiten an der Nemesis Theresiana sich ihrem Ende zuneigten, die Möglichkeit vorlag, den größten Theil der Gesetzgebung zu reformiren und eine einheitliche Reichsgesetzgebung an die Stelle der bunten Landesgesetzgebungen zu setzen.<sup>66)</sup> Man traf denn auch Vorbereitungen für den Druck des deutschen Textes, der allein authentisch sein sollte, ließ Uebersetzungen desselben in die böhmische und italienische Sprache beginnen und beschäftigte sich mit Vorschlägen, betreffend die Errichtung von Lehrkanzeln für den neuen Codex an den Universitäten in Wien und Prag, und mit der Einsetzung von Commissarien, welche die Gesetzesanwendung überwachen sollten.<sup>67)</sup> Statt der erwarteten Sanction erfolgte aber der Auftrag, das ganze Werk nochmals eingehend zu prüfen. Der Compilationscommission wurden die von verschiedenen Seiten eingelaufenen Bemerkungen zur Begutachtung mitgetheilt, und das Werk zugleich (1769)<sup>68)</sup> dem Staatsrath zur Prüfung übergeben. Die Mehrheit des Staatsrathes sprach sich gegen die Arbeit aus; anfangs wollte man zwar den Entwurf nur kürzen und

<sup>61)</sup> Der erste Theil sollte nur zum Zwecke der Abkürzung des Textes umgearbeitet werden.

<sup>62)</sup> Zenker war damit zum einzigen Referenten bestellt, denn Holger's Thätigkeit war von da an den Arbeiten in der Criminalrechts-Commission gewidmet.

<sup>63)</sup> Aus diesen Berichten ergibt sich, daß Zenker an der von Azzoni und Holger eingeführten Arbeitsweise festhielt. Harrafowsky S. 96 f.

<sup>64)</sup> Ueber die Stoffeintheilung vgl. Harrafowsky S. 100 ff.

<sup>65)</sup> Harrafowsky S. 99. Ueber die drei letzten Stadien diesesfalls Näheres bei Pfaff S. 257 ff. Damit will nicht gesagt sein, daß es an allen und jeden Beziehungen zwischen den älteren und jüngeren Arbeiten fehle. Nur die älteren Beratungen werden fast vollständig ignorirt; dagegen ist regelmäßig der ältere Text die Vorlage, aus welcher der jüngere hervorgeht, und wiederholt hat der spätere Entwurf hauptsächlich die Aufgabe, den älteren Text zu kürzen. Harrafowsky S. 101.

<sup>66)</sup> Hof S. 42 f. Harrafowsky S. 122.

<sup>67)</sup> Eine solche Institution hielt man noch in weit späterer Zeit für unerlässlich, vgl. z. B. Allgemeine Gerichtsordnung vom 1. Mai 1781 S. 437; Kundmachungspatent zum Josephinischen Gesetzbuch vom 1. November 1786 in f.; Stobbe S. 457, 459; Preussisches allgemeines Landrecht Einleitung §§. 47, 48. Sie fehlt aber schon in der westgalizischen Gerichtsordnung von 1796 S. 575, und ist ebenso in Preußen aufgehoben worden durch Anhang S. 2. Vgl. Förster I S. 11 und Portalis S. 198.

<sup>68)</sup> Harrafowsky S. 124. — Hof (S. 43) setzt das Ende des Jahres 1772 als den Zeitpunkt der Uebergabe des Codex (und wohl auch des Beginnes der staatsrätlichen Prüfung) an. Allein dieses Datum verträgt sich nicht mit seiner auf derselben Seite zweimal vorkommenden Angabe, es sei das „Opus“ „nach siebenjähriger Arbeit“ vorgelegt worden.

in diesem Sinne unternahm Staatsrath Binder eine probeweise Umarbeitung des Hauptstückes von Testamenten;<sup>69)</sup> bald aber schritt man zu einer sachlichen Kritik der Arbeit, und fand, „man könne sie höchstens als Materiale für eine künftige Gesetzgebung brauchen, eine gänzliche Umarbeitung thue noth, die Einer Feder allein anzuvertrauen sei, man müsse sich mehr vom römischen Rechte trennen,<sup>70)</sup> als es geschehen und ein selbständiges Werk, gebaut auf den Rechtsgewohnheiten und Bedürfnissen des Volkes, schaffen, in dasselbe sei aber außer dem allgemeinen bürgerlichen Rechte nicht bloß die Gerichtsordnung, sondern auch das Strafgesetz und das Handels- und Wechselrecht aufzunehmen, die alle einer Umarbeitung bedürfen.“<sup>71)</sup> Insbesondere erklärte sich Fürst Kaunitz gegen die Vorlage, da „sie viel zu weitläufig, bald Gesetz, bald Lehrbuch und in allzu unbeholfener Sprache verfaßt sei.“<sup>72)</sup> Zunächst (Jänner—Mai 1771) ließ der Staatsrath, — während die Compilationscommission damit beschäftigt war, die ihr mitgetheilten Bemerkungen in sechs umfangreichen Vorträgen zu beantworten, — den ersten Theil durch den Staatsrathscopisten Joh. Bernh. Horten umarbeiten, wobei jedoch keine materiellen Aenderungen vorgenommen wurden.<sup>73)</sup> Auf dieser Basis fand (Juli und August) unter Zuziehung Zenger's eine neue Berathung im Staatsrath statt, deren Resultat Horten sofort verarbeitete. Er war hiebei angewiesen, nicht zu viele Detailbestimmungen aufzunehmen und namentlich die *casus rariores* zu übergehen. Der Zenger'sche Entwurf war damit offenbar fallen gelassen, und sofort traten nun auch wieder allerlei Anträge hervor, die darauf berechnet waren, das Zustandekommen des Werkes in unabsehbare Ferne hinaus-

<sup>69)</sup> Harrasowsky S. 124.

<sup>70)</sup> Wie dieser Entschluß in Oesterreich nur langsam im Verlaufe der Codificationsarbeiten reifte, so auch in Preußen: Friedrich Wilhelms I. Edict vom 21. Juni 1713 und dessen Cabinetsordre an die Halle'sche Juristenfacultät vom 18. Juni 1714 will das „alte Römische Recht“ insoweit noch beibehalten, „als solches sich auff den Zustand dieser Länder schicket und mit der gefunden Vernunft übereinstimmet.“ (Stobbe S. 447 f.) Gegen das Ende seiner Regierung geht der Plan insofern schon weiter, als ein besonderes Landrecht für den ganzen Staat die formelle Geltung des fremden Rechtes ganz beseitigen will; aber in dieses Landrecht soll materiell doch das römische Recht „soweit es applicabel“ aufgenommen werden (Stobbe S. 448), und wirklich entnimmt das *corp. jur. Frid.* seinen Stoff hauptsächlich aus dem römischen Rechte (Stobbe S. 452; Bornemann I S. 103). Erst im allgemeinen Landrecht befreite sich „der deutsche Geist von zahlreichen Rechtsnormen, welche, mit den fremden Rechten aufgenommen, ihm gleichwohl fremd und antinational geblieben waren.“ Dernburg S. 12. Letztere Bemerkung ist ebensowahr vom österreichischen Gesetzbuche selbst noch gegenüber dem westgallischen Gesetzbuche. Pfaff S. 292. — In Baiern war das Ziel, das man mit dem *Cod. Maxim.* anstrebte, von vornherein ein weit begrenzteres; vergleiche besonders Dollmann Kritische Ueberschau IV (1857) S. 366 ff.

<sup>71)</sup> *Hoc* a. a. D. S. 43.

<sup>72)</sup> *Hoc* a. a. D. Das Werk war zusammengetragen größtentheils aus dem römischen Recht und dessen Commentaren, und in breitem schleppendem Styl abgefaßt, so daß der Entwurf acht Foliobände füllte. Zeiller Commentar I S. 8; *Dom.* S. 47. Zeiller's Vortrag in der Sitzung vom 21. December 1801 sagt darüber: „Schon der Anblick (des *Cod. Ther.*) hat den damaligen Staatskanzler, Fürsten v. Kaunitz, überzeugt, daß dieses voluminöse Werk wohl eine brauchbare Materialiensammlung, aber kein dem Zwecke entsprechendes Gesetzbuch werde sein können.“ Aehnliches gilt vom Project des *corp. juris Frid.*; auch dieses war „mehr Lehrbuch als Gesetzbuch“ und obschon bereits Friedrich Wilhelm I. verlangt hatte, es solle in der von ihm angeordneten Vorarbeit „die Benennung auff Teutsch gegeben, das Latein aber durchgehends daraus gelassen werden“ (Stobbe S. 448), war doch noch in dem 35 Jahre später veröffentlichten Project die angewendete deutsche Sprache „künstlich genug mit Fremdwörtern durchwirkt“. Dernburg S. 8. Bornemann I S. 103 f. Ueber die Art, wie in Preußen für den Entwurf des allgemeinen Gesetzbuches die breite Grundlage aus dem *corp. jur. civ.* gewonnen wurde, vgl. Bornemann I S. 107 f.

<sup>73)</sup> Zeiller fährt in seinem Vortrag (vorige Note) fort: Horten sei „bestimmt worden, daraus einen Auszug zu verfertigen.“

zuschieben.<sup>74)</sup> Horten dagegen hielt nur einzelne Verbesserungen des Entwurfes für nothwendig und suchte wenigstens keine unerfüllbaren Erwartungen zu erregen. Klarer sehend, als selbst die Redactoren eines späteren Arbeitsstadiums,<sup>75)</sup> sprach er es aus, es sei unmöglich, ein Gesetzbuch so abzufassen, daß es jedem Laien verständlich sei; die Jurisprudenz werde nie aufhören, eine Wissenschaft zu bleiben, die nur Jenen zugänglich sei, die sich ihr widmen.<sup>76)</sup>

Seine Bearbeitung des ersten Theiles, im Mai und Juni 1772 vom Staatsrath und der Ministerconferenz angenommen, wurde mit kaiserlichem Handschreiben vom 4. August 1772 zwar genehmigt, dennoch aber zu weiterer Berathung an die Compilationscommission (unter Zuziehung Horten's) gewiesen. Doch sollte die Commission nur einzelne sehr wichtige Anstände zur Entscheidung der Kaiserin bringen dürfen; zugleich wurden der Commission die Grundsätze bekannt gegeben, welche für die durch Horten vorgenommene Umarbeitung maßgebend gewesen waren und dies auch für die Commission bleiben sollten. Diese Belehrung ging dahin:<sup>77)</sup>

„1) Soll das Gesetz- und Lehrbuch nicht mit einander vermengt, mithin alles Jenes, was nicht in den Mund des Gesetzgebers, sondern ad cathedram gehört, aus dem Gesetzbuch weggelassen;

2) Alles in möglichster Kürze, soviel es, ohne undeutlich zu werden, geschehen kann, gefaßt, anbei sich in kein allzu genaues Detail, besonders wo dieses dem Gesetzgeber gleichgiltig sein kann, eingelassen, und die casus rariores entweder übergangen oder unter allgemeinen Sätzen begriffen;<sup>78)</sup>

3) alle Zweideutigkeiten und Undeutlichkeiten sorgfältig vermieden werden. Doch sei in Betreff der Deutlichkeit das gehörige Maß zu halten und sich unter diesem Vorwande weder in unnütze Wiederholungen, noch in Erläuterungen einzulassen, wo ohnehin bei einem vernünftigen Menschen kein Zweifel vorwalten kann.

4) In den Gesetzen soll sich nicht an die Römischen Rechte gebunden, sondern überall die natürliche Billigkeit zum Grunde gelegt; endlich

<sup>74)</sup> Harrasowsky S. 126 ff. Es wurde z. B. beantragt, man solle die Ausarbeitung der Gerichtsordnung abwarten, das Werk auch zur Einführung in die nicht deutschen Provinzen adaptiren und zu dem Behufe das Gutachten aller Landesstellen einholen u. dgl.

<sup>75)</sup> S. vorläufig Pfaff S. 285, und unten. Die gleiche Tendenz war bei der preussischen Codification maßgebend. Stobbe S. 458 f.

<sup>76)</sup> Harrasowsky S. 128.

<sup>77)</sup> Zeiller Commentar I S. 8 f.

<sup>78)</sup> Vgl. Portalis a. a. D. S. 192: „Das Geschäft des Gesetzes ist es, in großen Ansichten die allgemeinen Grundsätze des Rechtes zusammenzufassen, folgenreiche Principien aufzustellen, nicht aber sich in das Detail der Fragen einzulassen, welche sich über jede Materie erheben können. Dem Beamten und dem Rechtsgelehrten kommt es zu, in den allgemeinen Sinn der Gesetze einzubringen und ihre Anwendung zu lenken.“ Die Conclusionen, zu denen die französischen Redactoren gelangten, und über die sich Portalis ziemlich breit ausläßt, stimmen freilich nur zum Theil mit jenen überein, welche die österreichischen Redactoren aus gleichen Prämissen gewannen: S. 191: „Nie können positive Gesetze die Verfassung auf das natürliche Recht in den Geschäften des Lebens entbehrlich machen . . .“ S. 191: „Eine Menge von Gegenständen müssen also der Bestimmung des Herkommens, der Erörterung der Sachverständigen, dem schiedsrichterlichen Ausspruch überlassen werden.“ S. 193: „Unstreitig wäre es sehr zu wünschen, wenn alle Materien durch Gesetze bestimmt werden könnten. Allein in Ermangelung einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung vertritt ein altes, anerkanntes und gehörig begründetes Gewohnheitsrecht, eine ununterbrochene Reihe gleichartiger Entscheidungen, eine allgemein angenommene Meinung und Maxime (dazu etwa Punkt 3 unserer Instruction) die Stelle des Gesetzes. Findet man sich von allem Vorhandenen oder Bekannten verlassen, kommt ein durchaus neuer Fall zur Sprache, so geht man auf die Grundsätze des natürlichen Rechtes zurück, denn so beschränkt die Vorberathungsgabe des Gesetzgebers ist, so unendlich ist die Natur; sie hat für Alles, was dem Menschen wichtig sein kann, gesorgt.“ Sowohl die in Frage stehende Instruction (vgl. Punkt 4) als auch das bürgerliche Gesetzbuch selbst (§§. 7, 10, 12) ignoriren die von Portalis angenommenen Zwischenglieder.

5) die Gesetze soviel als möglich simplificirt, daher ohne Noth nicht vermehrt, noch auch bei solchen Fällen, so wesentlich einerlei sind, wegen einer etwa unterwandelnden Subtilität vervielfältigt werden.“<sup>79)</sup>

Der Inhalt dieser Instruction<sup>80)</sup> blieb, wenngleich sie später nicht wiederholt eingeschärft wurde, bis zur Vollendung der Codificationsarbeiten die Richtschnur für das Verhalten der Redactoren. Aus ihr begreift sich, daß noch nach Decennien, nachdem längst schon das preussische Landrecht in zahlreichen Bestimmungen Muster für die inhaltliche Gestaltung des Gesetzbuches geworden war, das Streben der Redactoren dahin ging, dem Landrecht nicht auch in seiner Breite und Casuistik zu folgen, sondern die Bestimmungen des Gesetzbuches vielmehr nach Möglichkeit „unter allgemeinen Sätzen“ zu begreifen, alles nach dem Ton eines Lehrbuches klingende auszuschneiden u. s. w.

Zunächst jedoch förberte den Fortgang der Arbeit weder diese Instruction noch die Bestellung Horten's zum Referenten. Die neuen Berathungen, nun unter dem Voritze des Grafen Sinzendorf, begannen zwar schon im August 1772 und es wurden im Interesse ihrer Beschleunigung verschiedene Verfügungen getroffen, da man bald berechnen zu können glaubte, daß die Arbeit bei der eingeschlagenen Weise des Verfahrens neun Jahre in Anspruch nehmen würde;<sup>81)</sup> allein der Fortgang der Arbeiten an dem bürgerlichen Gesetzbuche zeigte nun aus verschiedenen Gründen ein allgemeines Ermatten; schon die lange Dauer der doch immer ergebnislos gebliebenen Arbeit war nur zu sehr geeignet, die Durchführbarkeit des Planes, eine codificirte Gesetzgebung zu schaffen, selbst den Freunden einer solchen wieder zweifelhaft zu machen und die Energie der Arbeit zu lähmen; die Arbeitsmethode, die eingehalten wurde, erschwerte die Uebersicht; die Aufgaben der Commission waren mehr und mehr erweitert worden; als sie zur Berathung

<sup>79)</sup> Vergleiche unten und Portalis S. 189 f.: „Bei Eröffnung unserer Verhandlungen herrschte fast allgemein noch die Meinung, daß bei der Abfassung eines bürgerlichen Gesetzbuches wenige bestimmt ausgesprochene Sätze für jede Materie hinreichend seien, und die große Kunst darin bestehe, Alles zu vereinfachen, indem man Alles berechnete. . . Ueberflüssige Gesetze dürfen nicht sein, denn sie entkräften die nothwendigen, sind der Gewisheit und Würde der Gesetzgebung hinderlich. . . In despotischen Staaten gibt es mehr Richter und Henker als Gesetze. . . Wir glaubten also die Gesetze nicht bis zu dem Grade vereinfachen zu dürfen, daß sie (die Bürger) über ihre wichtigsten Angelegenheiten darin weder Regel noch Sicherheit gefunden hätten.“

<sup>80)</sup> Wie von dieser Instruction eine neue Aera datiren sollte, so begann eine solche wirklich für die preussische Codification mit den am 27. Juli 1780 genehmigten Grundsätzen des Verfahrens bei Sammlung und Verbesserung der Gesetze. Auch im Einzelnen laufen diese Grundsätze (Stobbe S. 460) in manchen Punkten unserer Instruction parallel, nur sollte damals in Preußen der Anschluß an das römische Recht noch ein weit enger sein. Man begann ferner die Arbeit mit dem Proceßrecht (welches auch in Oesterreich bedeutend früher zum Abschluß gelangte), und in dem Civilgesetzbuch (dem allgemeinen Gesetzbuch für die preussischen Staaten) sollte dem Richter „das materielle Recht möglichst fertig entgegengebracht werden. . . in's feinste Detail ausgeführte Rechtsbestimmungen sollten dem Richter an die Hand gegeben werden, so daß er, was er fertig vorband, unmittelbar verwenden könne.“ Dernburg S. 10. Nach dieser letzteren Richtung markirt die österreichische Instruction (Punkt 2 und 5) einen Unterschied der beiden Codificationsarbeiten, der auch in ihren letzten Ergebnissen erhalten blieb.

<sup>81)</sup> Harrajsowshy S. 130. Zuerst war befohlen, die Ergebnisse der Berathungen der Kaiserin capitelweise vorzutragen, worüber jedesmal besondere Entschliesung erfolgte; alsbald suchte man durch eine Aenderung der Geschäftsordnung zu helfen, indem man vorschlug, Horten solle seine Bemerkungen über den zweiten und dritten Theil, ohne sie erst der Prüfung des Staatsrathes zu unterwerfen, an die Commission leiten und es solle das Hauptgewicht auf die zwischen Horten und den Commissionsmitgliedern auszutauschenden schriftlichen Bemerkungen gelegt werden. Die Kaiserin (Hautschreiben vom 31. März 1773) verwarf jedoch diesen Vorschlag, drang auf Vollendung der Arbeit in zwei Jahren und verlangte, daß sich die Commissionsglieder vor der Sitzung vorbereiten und daß nur jene Stellen des Textes zum Vortrag gebracht werden, welche zu Abänderungsanträgen Anlaß gäben. Harrajsowshy S. 135.

des zweiten Theiles schritt,<sup>82)</sup> war sie auch mit der Berathung der Gerichtsordnung beschäftigt und außerdem mit vielen einzelnen Gesetzgebungsfragen befaßt; am schwersten aber fällt in's Gewicht, — und nur so begreift sich, daß die Arbeit, ehe sie noch am Ende des zweiten Theiles angelangt war, im August 1776 abgebrochen wurde, — daß die Gegner einer einheitlichen und codificirten Gesetzgebung überwiegenden Einfluß gewannen, wofür in zwei der Kaiserin von dem Präsidenten der obersten Justizstelle und dieser Stelle selbst erstatteten Vorträgen, in welchen gegen die namentlich für Oesterreich schädliche Neigung des „Universalistrens“ geieifert wird, einige Proben vorliegen,<sup>83)</sup> die wohl kaum alle einschlägigen Vorgänge erschöpfen.

### 3. Das sogenannte Josephinische Gesetzbuch.

Erst nach dem Regierungsantritte Joseph II. wurde die unterbrochene Arbeit wieder aufgenommen. Der Vollendung und Publication der allgemeinen Gerichtsordnung,<sup>84)</sup> die dadurch ermöglicht wurde, daß der Kaiser der Commission eine freiere Stellung einräumte, folgte auf Antrag des Grafen Sincendorf der Beschluß, die Beendigung der Arbeiten am allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche nicht abzuwarten, sondern den ersten Theil desselben als selbständiges Gesetzbuch kundzumachen. Dieser Publication ging eine abermalige Revision voraus, deren Aufgabe es war, soweit es der Rahmen dieses ersten Theiles erlaubte, an der Verwirklichung jener Ideen zu arbeiten, welche zu Ende des vorigen Jahrhunderts die Geister beherrschten. „Es handelte sich dabei namentlich um die Durchführung der Gleichheit vor dem Gesetze mit Beseitigung des Einflusses, welcher ständischen Unterschieden bisher auf dem Gebiete des Privatrechtes eingeräumt war, und außerdem um die Erweiterung der dem Individuum zustehenden Freiheitsphäre gegenüber den Beschränkungen, welche die Bande der Familie, des Standes und der Gemeinde auferlegten.“<sup>85)</sup> Die hienach von Forten besorgte

<sup>82)</sup> Um diese Zeit trat Martini in die Commission ein. H arrasowsky S. 136. Biographisches über ihn bei Hock (=Bidermann) S. 107 f.; vgl. Wurzbach Biograph. Lexikon des Kaiserthums Oesterreich und Oesterreichische Nationalencyclopädie herabg. von Gräffer und Czifka. Art. Martini.

<sup>83)</sup> H arrasowsky S. 43, 140 ff. Donner a. a. O. vertraute auch jetzt (1778), daß die Codification zu Stande kommen werde.

<sup>84)</sup> Ueber die Gerichts- (und Concurs-) Ordnung vgl. Domin S. 48 ff., 116 ff., 137 f. Haimertl in seiner Vierteljahrsschrift X (1862) Nr. VI, bes. S. 143 ff. — ein Aufsatz, der übrigens vorwiegend die spätere legislative Thätigkeit auf dem Gebiete des Civilproceßrechts bespricht — Hock (=Bidermann) S. 225—240. U. Menger System des österr. Civilproceßrechts I (Wien 1876) S. 54 ff.); das Urtheil, welches noch lange nach ihrem Erscheinen über die Gerichtsordnung gefällt wurde, war das günstigste; in dem oben Note 47 angezogenen Entwurf erklärte Haan mit Beziehung auf die mehr als dreißigjährige Geltung der Gerichtsordnung, „ihre Wirkung bewähre sich damit, daß die Gerechtigkeit in keinem Lande schleuniger und zuverlässiger verwaltet wird.“ Vgl. Domin S. 118.

<sup>85)</sup> H arrasowsky S. 145. Unter den Gesetzen, die bei diesen Arbeiten für die Codification grundlegend waren, steht in erster Reihe das Ehepatent vom 16. Jänner 1783, welches das staatliche Eherecht wenigstens formell unabhängig von dem Kirchenrecht stellte; vgl. Domin S. 126 ff., und in umfassenderem Zusammenhang Hock-Bidermann S. 240—268. — Der im Text bezeichneten Richtung (worüber auch zu vgl. Hock-Bidermann S. 150 ff.) folgen auch die das Erbrecht betreffenden Gesetze, insbesondere das Patent vom 17. Mai 1786 über die Intestaterbfolge; doch konnten sie selbstverständlich weder nach dem Stoffe, den der erste Theil des Gesetzbuches behandelt, noch nach der Zeit ihres Erscheinens in denselben aufgenommen werden. Vgl. Domin S. 128 f., besonders aber Hock-Bidermann S. 268—291. Aus dieser Richtung der Josephinischen Gesetzgebung, die in einer längeren Reihe kundgemachter Verordnungen und nur für die Commission bestimmter Entschlüsse ihren Ausdruck fand, erklärt es sich auch, daß man von nun an bei den gesetzgeberischen Arbeiten vorwiegend die Anwendung des Gesetzes auf bürgerliche Kreise und mittlere Vermögensverhältnisse vor Augen hatte, während früher ebenso überwiegend die Verhältnisse der höheren Stände berücksichtigt wurden. H arrasowsky S. 150.

Umarbeitung wurde dem Kaiser im October 1785 vorgelegt und in ausführlichem Vortrage die zahlreichen und tiefgreifenden Abänderungen, die da vorgenommen worden waren, gerechtfertigt. Nachdem noch einige Aenderungen auf Befehl des Kaisers durch die Commission vollzogen worden waren und der Entwurf auch die letzte Revision im Staatsrath passirt hatte, erfolgte am 31. März 1786 die Sanction. Die Publication des Entwurfes wurde dadurch verzögert, daß der Kaiser den Hofrath von Sonnenfels beauftragte, den Styl des Entwurfes zu rectificiren. Diese Verzögerung benützte die böhmisch-österreichische Hofkanzlei, um meritorische Aenderungen im Texte, als dessen Druck bereits begonnen hatte, zu veranlassen. Doch wies der Kaiser diese Versuche zurück, scharf betonend, daß Sonnenfels lediglich den Styl zu verbessern, nicht aber den Sinn des Gesetzes nach seiner Anschauung zu modificiren habe.<sup>86)</sup> So erfolgte denn die Kundmachung am 1. November 1786 und trat das Gesetzbuch am 1. Jänner 1787 (in Galizien am 1. Mai 1787) in Wirksamkeit. Es wird gewöhnlich schlechtweg als das Josephinische Gesetzbuch bezeichnet.<sup>87)</sup> Da Horten bald nach der Sanction gestorben war, war das Kundmachungspatent bereits von seinem Nachfolger in dem Referat über die das Civilrecht betreffenden Codificationsarbeiten, dem Hofrath von Rees, verfaßt.<sup>88)</sup>

Rees benützte als Grundlage der weiteren Arbeiten den von Horten ausgearbeiteten Entwurf des zweiten und dritten Theiles und die Ergebnisse der über den zweiten Theil beinahe schon zu Ende geführten Berathungen. Zunächst sollte als zweiter Theil das Erbrecht publicirt werden.<sup>89)</sup> Auch dieser Plan aber blieb unausgeführt, und führten überhaupt<sup>90)</sup> die civilrechtlichen

---

Damit soll übrigens nicht behauptet werden, es beginne diese Tendenz der Arbeit überhaupt erst unter Joseph II.; sie war auch früher vorhanden, aber sie wurde erst jetzt die überwiegende.

<sup>86)</sup> Harrasowsky S. 151. Hoch-Widemann S. 304 f. (und überhaupt über die Stellung von Sonnenfels als Staatsstylist) S. 124 ff. Ueber den Inhalt dieses Gesetzbuches vgl. vorläufig Domin S. 131 ff. Die stilistischen Schwächen des Werkes veranlaßten in jener Zeit der jungen Pressfreiheit scharfe publicistische Angriffe gegen das Gesetzbuch. Ein selten gewordenes Büchlein (Stubenrauch Bibl. jur. austr. führt es nicht an) dieser Art führt den Titel: „Sonnenklarer Commentar des sonnenklarsten Buchstabens der neuen Gesetze von Herrn Schöndrian, Obersten Richter zu Tropos.“ Wien, 1788.

<sup>87)</sup> In der Justizgesetzsammlung wird es (Kundmachungspatent von 1786 Nr. 591) als „erster Theil dieses allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches“, in seiner Aufschrift als „das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch“, im Kundmachungspatent von 1811 N. 4 als „der am 1. November 1786 kundgemachte erste Theil des bürgerlichen Gesetzbuches“ bezeichnet.

<sup>88)</sup> Biographische Daten über ihn vgl. in der Oesterreichischen Nationalencyclopädie hersg. von Gräffer und Czikán 1835–37. 6 Bde. und Suppl. und in Wurzbach Biogr. Lexikon des Kaiserthums Oesterreich.

<sup>89)</sup> Dieser Gedanke lag um so näher, als das Patent vom 3. Mai 1786 bereits für alle Stände und Länder in Ansehung des freivererblichen Vermögens eine gleiche Intestaterbfolgeordnung eingeführt hatte, und damit der Herstellung völliger Rechtseinheit auf diesem Gebiete, wo früher die Differenzen der verschiedenen Landesrechte sehr bedeutend gewesen waren, schon wirksam vorgearbeitet war. Harrasowsky S. 144.

<sup>90)</sup> Harrasowsky S. 152, findet den Grund hiesfür mit Recht in der sehr erweiterten Aufgabe der Commission, der in der ihr obliegenden Beantwortung der zahlreichen richterlichen Anfragen um Erläuterung der erlassenen Gesetze eine schwer zu bewältigende Arbeitslast aufgelegt war. (Vgl. S. 437 allgemeine Gerichtsordnung: „... sollte aber über den Bestand des Gesetzes ein gegründeter Zweifel vorfallen, so wird solcher nach Hof anzuzeigen und die Entschließung darüber einzuholen sein.“ Kundmachungspatent zum Josephinischen Gesetzbuch a. E.: „Nur wenn dem Richter ein Fall, der in dem Gesetze nicht bestimmt wäre, oder ein gegründeter Zweifel über den Bestand des Gesetzes auffiel, soll die höchste Entschließung durch die vorgesezte Behörde eingeholt werden.“) Die herrschende Auffassung (vgl. oben Note 67) ging damals eben dahin, es sei nothwendig, die wissenschaftliche Gesetzesinterpretation überflüssig zu machen. Bald genug fand man freilich, daß die Geister, die man gerufen hatte, überlästigt waren. Haan äußert sich darüber (in dem Note 47 erwähnten Entwurfe): die Commission sei nicht da, um Zweifel und Anfragen

Codificationsarbeiten unter der Regierung Joseph II. zu keinem weiteren Ergebnisse.<sup>91)</sup>

#### 4. Das westgalizische Gesetzbuch.

Die Zeit unmittelbar nach dem Tode Joseph's II. stellte nicht nur die Fortsetzung der Codification, sondern sogar den Bestand der bereits publicirten Gesetzbücher geradezu in Frage.<sup>92)</sup> Wie sie das von Kaiser Joseph erlassene Restitutionsedict<sup>93)</sup> durchführte und jenseits der Leitha in der Eintheilung und Competenz der Gerichte wie in den Gesetzen, nach denen Recht gesprochen werden sollte, Alles wieder auf jenen Fuß zurücksetzte, wie es vor Kaiser Joseph's Reformen bestanden hatte, so machte sich auch diesseits eine starke Reaction gegen die seit vierzig Jahren herrschend gewesenen Tendenzen fühlbar. Die Bande der Centralisation wurden wieder gelockert, die Autonomie der Provinzen erweitert<sup>94)</sup> — da begreift es sich leicht, daß man nicht wohl die Absicht haben konnte, an den Gesetzgebungsarbeiten, die von Haus aus das Ziel der Rechtseinheit erstrebten, auf dem bisherigen Wege fortschaffen zu lassen — Glück genug, daß sie doch näherer Prüfung gewürdigt wurden.

Leopold II. löste 1790 die Compilationscommission auf und setzte unter Martini's Präsidium eine Commission aus Mitgliedern zusammen, die der früheren Commission nicht angehört hatten. Ihre Aufgabe war die „Untersuchung der bis nun ergangenen Civil-, Criminal-, sowie auch der einschlagenden politischen Gesetze und der bis jetzt bestehenden Gerichtsordnung.“<sup>95)</sup> Es ist kein geringer Beweis der Macht, welche die Idee eines codificirten einheitlichen Rechtes bereits über die Gemüther gewonnen hatte, daß die Commission trotz dieser Begrenzung ihrer Aufgabe sich berufen erachtete, die Fortsetzung der früheren Arbeiten vorzubereiten — freilich wohl mit der ausgesprochenen Tendenz, den provinziellen Eigenthümlichkeiten im bürgerlichen Rechte einen breiteren Raum als bisher zu gewähren.<sup>96)</sup> Darum sollte der von Horten verfaßte dreitheilige Entwurf nach vorausgegangener Revision der Begutachtung von Commissionen

über den Sinn der Gesetzbücher aufzulösen; denn „diese Zweifel und Anfragen rühren, wie es die Erfahrung zeigt, nur daher, weil die Gerichte nach dem ihnen einmal eingepägten Schlenbrian des dürren Buchstabens sich noch nicht genug angewöhnen wollen, nach den im Gesetzbuche selbst vorgeschriebenen Grundregeln in den Zusammenhang der Gesetze einzubringen und den natürlichen Sinn und Verstand der Worte anzunehmen.“ — Ueber eine fernere Erweiterung der Commissionsthätigkeit seit 1788, wonach „um die wünschenswerthe Uebereinstimmung zwischen den ungarischen und den erbländischen Gesetzen zu erzielen, in Zukunft zwei Räte der ungarischen Hofkanzlei den Sitzungen der Compilationscommission beizuwohnen haben“, vgl. Hof-Bidermann S. 195 f. (Plan der Einführung einer der allgemeinen Gerichtsordnung nachgebildeten Proceßordnung und des Josephinischen Gesetzbuches in Ungarn, Hof-Bidermann S. 175, 181 f., 195 f.) Zeiller erklärt in seinem einleitenden Vortrag (Prot. 21. Dec. 1801) das Stöcken der civilrechtlichen Codificationsarbeiten während der letzten Lebensjahre Joseph's II. eben aus diesen anderweitigen Aufgaben der Commission und veräumt nicht, darunter auch den Umstand zu nennen, daß man „mit der Ausfüßung der großen, mit so warmem Eifer für die Justiz genährten, dennoch aber vereitelten Absicht des Monarchen beschäftigt (war), die für die deutschen Erbstaaten kundgemachte Gesetzgebung auf das Königreich Ungarn anzuwenden.“ cf. Domin S. 184 f., 191 f. Sachsenheim Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch. Wien, 1856 S. XXXIV.

<sup>91)</sup> Ueber die das Strafrecht und den Strafproceß betreffenden Arbeiten vgl. Hof-Bidermann S. 305 ff.

<sup>92)</sup> Harrasowsky S. 152.

<sup>93)</sup> Hof-Bidermann S. 217.

<sup>94)</sup> Domin S. 198 ff.

<sup>95)</sup> Harrasowsky S. 153.

<sup>96)</sup> Bis zum Abschluß der Codificationsarbeiten verschwand diese Tendenz nie vollständig, sie wurde jedoch im Verlauf derselben immer kräftiger zurückgebrängt und kurz nach der Publication des Gesetzbuches von 1811 völlig überwunden (vgl. unten zu §. 11).

unterzogen werden, welche unter Zuziehung von Abgeordneten der Stände bei allen Appellationsgerichten eingesetzt werden sollten. Der Kaiser genehmigte zwar diesen Vorschlag, fügte aber hinzu, es habe als Grundsatz zu gelten, „daß in der Regel in allen deutschen und böhmischen Erbländern nur einerlei Gesetz sein solle und daß nur insoweit, als die Umstände des einen oder des anderen Landes ein anderes erheischen, eine Ausnahme von der Regel Platz zu greifen habe.“<sup>97)</sup>

Die Commission, in der nun Hofrath von Haan das Referat führte, vollzog unter Berücksichtigung des wichtigen Patentens vom 22. Februar 1791<sup>98)</sup> die Umarbeitung des Josephinischen Gesetzbuches. Nachdem dieses Werk unter der Regierung Franz I. 1792 genehmigt worden war, wurde ein nur die vom Josephinischen Gesetzbuche abweichenden Stellen enthaltender Auszug desselben in Vollziehung des Auftrages des Kaisers Leopold an die Appellationsgerichte geschickt, um zu beurtheilen, ob der Entwurf „den besonderen wesentlichen Landesgesetzen zuwider, nicht deutlich genug bestimmt, in einem oder anderen Absätze ganz überflüssig oder nicht erschöpfend sei.“ Doch sollten nur solche Erinnerungen gestattet sein, die von dem Entwurfe einer Textverbesserung begleitet seien. Ähnliche Aufforderungen ergingen auch an Professoren der Universitäten Wien, Prag, Lemberg, Innsbruck und Freiburg.<sup>99)</sup>

Rees<sup>100)</sup> verarbeitete die Ergebnisse dieser Begutachtungen; die Redaction des neuen Entwurfes übernahm Martini unter Mittheilung von Rees.<sup>101)</sup> Der erste Theil wurde dem Kaiser am 3. Mai 1794 unterbreitet,<sup>102)</sup> der zweite und dritte in den Jahren 1795 und 1796 vollendet.<sup>103)</sup> Uebrigens wurde auf die eingegangenen Erinnerungen nicht viel Gewicht gelegt; da sie wenig Uebereinstimmendes enthielten, ging man davon aus, daß der Entwurf von den vernommenen Commissionen mit Stimmenmehrheit unverändert angenommen worden sei. Dagegen veranlaßte die oberste Verwaltungsbehörde (das Directorium) den Kaiser, um die Mitte des Jahres 1794 bei dem Directorium eine aus Verwaltungsbeamten bestehende Commission (die „Revisionscommission“) zur Prüfung des von der Gesetzgebungscommission vorgelegten Entwurfes einzusetzen, und anzuordnen, daß die Ergebnisse dieser Prüfung der Gesetzgebungscommission mitgetheilt und sammt deren Erörterungen dem Kaiser vorgelegt werden sollten.<sup>104)</sup>

Damit schien die Vollendung des Werkes neuerdings in's Unabsehbare hinausgeschoben, und es verstrich auch in der That mehr als ein Jahr, ehe die Revisionscommission zu ihrer ersten Sitzung zusammentrat, wie denn auch die begonnenen

<sup>97)</sup> Harrasowsky S. 154.

<sup>98)</sup> Den Inhalt dieses Patentens bei Domin S. 204. Das Wichtigste aus seinem Inhalt ist die Beseitigung des Gebotes, im Falle von Zweifeln Gesetzeserläuterungen vom Landesfürsten zu erbitten und die (dem Josephinischen Gesetzbuche gegenüber) sehr weitgehenden Beschränkungen der Ansprüche unehelicher Kinder gegen ihre Eltern.

<sup>99)</sup> Harrasowsky S. 156.

<sup>100)</sup> Der unter der neuen Regierung wieder in die Commission aufgenommen worden war.

<sup>101)</sup> Harrasowsky S. 156, 163.

<sup>102)</sup> Harrasowsky S. 156.

<sup>103)</sup> Domin S. 252; doch ist es unrichtig, wenn Domin als Inhalt des dritten Theils die dem Personen- und Sachenrecht gemeinschaftlichen Bestimmungen nennt. Diese Begrenzung des dritten Theiles gehört einer weit späteren Zeit an.

<sup>104)</sup> Das Directorium scheint Bedenken gegen den Entwurf gehegt zu haben, weil in denselben Definitionen von Staat, Staatszweck, Recht, Gesetzgebungsrecht und Erklärungen der angeborenen Rechte und des Maßes von Freiheit und Gleichheit, das Jedem im Staate zukomme, aufgenommen worden waren. Harrasowsky S. 157 f. Dieselben Gründe veranlaßten ja auch die Cabinetsordre vom 18. April 1792, durch welche das schon publicirte allgemeine Gesetzbuch für die preussischen Staaten unter dem Vorwande, daß das Publicum noch nicht Zeit gehabt habe, sich mit dem Gesetzbuch bekannt zu machen, (fast zwei Jahre lang) suspendirt und eine abermalige Umarbeitung einzelner Materien angeordnet wurde. Förster I S. 9.

Verathungen äußerst langsam fortschritten.<sup>105)</sup> Die Gesetzgebungscommission, die inzwischen den Entwurf des zweiten und dritten Theiles durchberathen hatte, stellte, besorgt um die Zukunft der Codificationsarbeiten, dem Kaiser einbringlich vor, daß bei dieser Prüfung der Arbeiten der einen Commission durch die andere ein Ende nicht abzusehen sei, und zeigte an einer Reihe von Beispielen, von welcher geringfügiger Bedeutung die Aenderungen seien, welche die Revisionscommission, trotzdem sie den Entwurf vollständig umarbeitete, vornahm. Sie bezeichnete es als unerlässlich, daß nicht zwei, sondern nur Eine Commission mit der Prüfung des Entwurfes betraut werde. Diese gut begründete Vorstellung hatte den Erfolg, daß der Kaiser mit dem a. h. Handbillet vom 20. November 1796<sup>106)</sup> verfügte, es solle das Werk den zur Begutachtung des ersten Theiles eingesetzten Ländercommissionen<sup>107)</sup> zur Begutachtung binnen zwei Jahren mitgetheilt und zugleich als eine Privatarbeit der durch Aussetzung von Preisen anzuregenden literarischen Kritik des In- und Auslandes unterzogen werden.<sup>108)</sup> Das so erzielte Material sollte einer aus beiden Commissionen zusammenzusetzenden neuen übergeben werden, und diese das Ergebnis ihrer Verathungen capitelweise dem Kaiser vorlegen. Derselben Commission sollte auch die Ueberwachung der Gesetzesanwendung und die Erledigung aller Anfragen über die Auslegung des Gesetzes<sup>109)</sup> übertragen werden.<sup>110)</sup>

Fast gleichzeitig mit diesen a. h. Entschlüssen wurde der Entwurf des Gesetzbuches in Westgalizien<sup>111)</sup> durch das Patent vom 13. Februar 1797 (J. G. S. Nr. 337) mit Gesetzeskraft vom 1. Jänner 1798 unter Aufhebung der bis dahin daselbst bestehenden Privatrechtsgesetze und Gewohnheitsrechte<sup>112)</sup> eingeführt. Diesen

<sup>105)</sup> Sie gebiehn überhaupt nur bis zum Ende des dritten Hauptstückes des Entwurfs, wurden jedoch bei den späteren Arbeiten gewissenhaft benutzt.

<sup>106)</sup> Gerichtet an den Grafen Rottenhann, abgedruckt in den Excursen zur Einleitung.

<sup>107)</sup> Aus dieser Zeit ist bekannt, daß die Commissionen unter dem Vorsteh der Appellations- oder Landrechtspräsidenten aus Gubernial-, Appellations-, Land- und Magistratsräthen, sowie aus Mitgliedern der Landstände bestanden. Besondere Commissionen bildeten die Universitäten, „die juribischen Lehrerversammlungen“. Ebenso wurde in Preußen — und das Handbillet vom 20. November 1796 beruft sich ausdrücklich auf diesen Vorgang und den im Text zur nächstfolgenden Note bezeichneten — das Gutachten von Behörden und Ständen über den „Entwurf des allgemeinen Gesetzbuchs“ eingefordert. Dernburg S. 10.

<sup>108)</sup> Davon ging man freilich später wieder ab (s. bei Note 117). In Preußen wurde auch dies ausgeführt. „Es war gewissermaßen der Gemeinverstand des achtzehnten Jahrhunderts mitarbeitend thätig.“ Dernburg S. 10. Umso mehr verdient es Billigung, daß die letzten österreichischen Redactoren dem allgemeinen Landrechte großen Einfluß auf ihre Arbeiten gewährten.

<sup>109)</sup> Das Patent vom 22. Februar 1791 (Note 98) hatte mit dem System der richterlichen Anfragen keineswegs vollständig gebrochen.

<sup>110)</sup> Harrasowsky S. 159 ff.

<sup>111)</sup> Darum ist dieser Entwurf unter dem Namen des westgalizischen Gesetzbuches bekannt. Als Entwurf existirt er (außerhalb der Justiz-Gesetzsammlung) in selbständiger Ausgabe gedruckt unter dem Titel: „Entwurf eines allgemein bürgerlichen Gesetzbuches. Wien, gedruckt bei Joseph Grafhansky k. k. deutsch und hebräischen Hofbuchdrucker und Buchhändler. 1797.“ 8. Eine Differenz zwischen dem westgalizischen Gesetzbuche und dem Entwurf besteht nur in I §. 9 a. E. §§. 14—16 und §. 56, wo in dem ersteren auf Westgalizien Beziehung genommen ist, die in dem Entwurf selbstverständlich fehlt.

<sup>112)</sup> Das römische Recht war in Galizien als einem Bestandtheile des ehemaligen Königsreiches Polen nie zur vollen Geltung eines gemeinen Rechtes gelangt — namentlich nicht für den Adel. In den Municipalstädten, in denen sich Einwanderer aus Deutschland in größerer Zahl ansiedelten, hielt man sich an das mitgebrachte Magdeburger Recht und den Sachsenpiegel und subsidiär auch an das römische Recht. Es kam also zur Anwendung bei den Municipal- und den Assessorialgerichten der königlichen Curie, nicht aber bei den Adelsgerichten, die sich vielmehr an Rechtsgewohnheiten, Reichstagsbeschlüsse und einige von Casimir dem Großen herrührende Gesetze hielten. Vgl. Haimberger Meines römischen Privatrecht I Wien 1835 §. 31.

Schritt, veranlaßte nicht nur das Bedürfniß, dem „durch die vorhergegangenen inneren Unruhen ganz zerrütteten Westgalizien eine mehr geordnete Verfassung zu geben,<sup>113)</sup> sondern auch die schon auf den ersten Anblick in Vergleichung mit anderen Gesetzbüchern sich darstellende Vollkommenheit und innere Güte dieses Entwurfes“ . . .<sup>114)</sup> „Raum aber war diese Verfügung getroffen, und das Gesetz mehr bekannt gemacht worden, so sei auch in Ostgalizien der Wunsch nach demselben entstanden und solches auf Einschreiten der Behörden durch Patent vom 18. September 1797<sup>115)</sup> in Ostgalizien ebenfalls eingeführt worden.“<sup>116)</sup> Die Einführung des Entwurfes in Galizien war zugleich bestimmend dafür, daß man den Plan, Preise auf die beste Beurtheilung des Entwurfes auszusprechen, fallen ließ; man erwartete von vornherein keinen bedeutenden Erfolg von dieser Maßregel, und hielt es nicht für passend, zur Kritik eines Werkes aufzumuntern, das bereits als Gesetz in Geltung stand.<sup>117)</sup>

## B. Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch vom Jahre 1811.

### 1. Seine Bearbeitung.

Die neue Commission wurde alsbald zusammengesetzt, einerseits damit ihre Mitglieder in der Lage seien, sich bei Zeiten wohl vorzubereiten, andererseits um ein Organ zu gewinnen, das berufen erscheine, die zahlreich aus Galizien einlangenden, die Auslegung des westgalizischen Gesetzbuches betreffenden Fragen zu erledigen, und die sonstigen legislatorischen Arbeiten zu fördern. In der Commission sollte die oberste Justizstelle und die oberste Verwaltungsbehörde durch eine gleiche Zahl von Mitgliedern vertreten sein. Die letztere legte bei der Auswahl der auf sie entfallenden Mitglieder das Hauptgewicht auf möglichst gleichmäßige Vertretung der einzelnen Ländergruppen, die Justizstelle dagegen auf die juristische Ausbildung der zu designirenden Mitglieder. Dieser letzteren Rücksicht verdankte der Professor und Appellationsrath Franz von Zeiller, der bei den folgenden Berathungen das Referat führte, seine Aufnahme in die Commission;<sup>118)</sup> er arbeitete sofort aus den im Laufe von vier Jahren eingehenden Gutachten der siebenzehn Ländercommissionen<sup>119)</sup> einen nach der Paragraphenfolge

<sup>113)</sup> Das Bedürfniß nach einer gesetzlichen Ordnung, das sich bei der Uebernahme der Verwaltung in Galizien allenthalben zeigte, scheint durch mehrere Decennien einen nicht geringen Einfluß auf die Erhaltung der Codificationsthätigkeit geübt zu haben. *Harrasowsky* S. 146.

<sup>114)</sup> Zeiller im Vortrag vom 21. December 1801. Vielleicht wirkte auch der Wunsch mit, das Gesetzbuch zuerst auf einem kleineren räumlichen Gebiet die Probe seiner Anwendbarkeit bestehen zu lassen.

<sup>115)</sup> Justiz-Gesetzsammlung Nr. 373.

<sup>116)</sup> Zeiller a. a. O. (Alle Aeußerungen der Botanten in den Protokollen sind in indirecter Rede abgefaßt).

<sup>117)</sup> Zeiller Beiträge I S. 27 f. Note \*\*, *Harrasowsky* S. 161. Vgl. oben Note 86 a. E.

<sup>118)</sup> *Harrasowsky* S. 162 f. Martini schied nach Vollendung des westgalizischen Gesetzbuches aus der Commission, angeblich wegen hohen Alters und seiner durch anstrengende Arbeit zerrütteten Gesundheit (Zeiller's Vortrag im Protokoll vom 21. December 1801), thatsächlich (*Harrasowsky* S. 163) verstimmt durch die Erfolglosigkeit aller Arbeiten. Ueber die spätere Organisation der Commission (Theilung in eine Justiz- und eine politische Gesetzgebungscommission seit 1808) *Domiu* S. 251, vgl. *Erel*, die Codification des öffentlichen Rechts, Wien 1875 S. 6 ff.

<sup>119)</sup> Der Entwurf war beurtheilt worden (Pfaff S. 278 f. Note 39 nach dem citirten Vortrag vom 21. December 1801) bei sechs Appellationsgerichten, nämlich: dem niederösterreichischen (Niederösterreich umfaßte in der damaligen Kanzleisprache auch das heutige Oberösterreich, *Domiu* S. 13), innerösterreichischen (Innerösterreich umfaßte Steiermark,

des Entwurfes gereihten Auszug aus, in welchem er die Anträge mit seinem eigenen Votum begleitete und damit seine eigenen Anträge für die Commissionsarbeiten vorbereitete.<sup>120)</sup>

Die Commission, welche ihre Thätigkeit am 21. December 1801 begann und bis zum 22. December 1806 in hundertzweiunddreißig Sitzungen fortsetzte,<sup>121)</sup> bestand unter dem Vorsitze des Staatsministers Grafen Rottenhann aus dem als Vicepräsidenten fungirenden niederösterreichischen Oberstlandrichter Mathias Wilhelm von Haan, aus den „politischen“ Hofräthen Freiherrn von Haan und von Sonnenfels und den Justizhofräthen von Schmidfeld, von Nischen, von Ehrenberg, von Pyro, endlich dem Referenten Appellationsrath von Zeiller.<sup>122)</sup> Sämmtliche bisher Genannte nahmen während der ganzen Dauer dieser ersten Lesung Theil an den Arbeiten; außer ihnen waren in der Commission kürzere Zeit thätig: Bis Mitte August 1802 Hofrath von Strobl; während der Berathungen über das Eherecht Hofrath von Zippe; seit März 1802 Hofrath von Orlandini; seit März 1803 Hofrath von Pitreich und seit August 1805 Hofrath von Schempl.<sup>123)</sup>

Die Aufgabe der Commission bestand in einer Revision des westgalizischen Gesetzbuches, an welchem übrigens nur aus den triftigsten Gründen Veränderungen vorgenommen werden sollten. Das kaiserliche Handbillet vom 20. November 1796

Kärnthen und Krain mit Triest und Görz, Domin a. a. D.), oberösterreichischen (b. h. tirolischen, Domin a. a. D.), böhmischen, mährisch-schlesischen und osgalizischen („das vorerösterreichische ward der Kriegsunruhen wegen entzogen“); bei sieben Landrechten: in Oesterreich ob der Enns, Steiermark, Krain, Görz, Triest, Stanislaw und Larnow; endlich bei den vier „juridischen Studienconessen“ in Wien, Prag, Innsbruck und Freiburg. — Ob von dem westgalizischen Appellationsgerichte (Kraak) und den Landrechten zu Kraak und Lublin, in deren Sprengeln der Entwurf bereits in Geltung stand, etwa darum Gutachten nicht begehrt wurden, weiß sie erst kurz vor der Versendung des Entwurfs errichtet worden waren (Domin S. 240) erhellt nicht. (Zahlreiche Daten über die genannten Gerichtshöfe, deren Errichtung, Organisation, Trennung und Vereinigung bei Domin S. 97 f., 102, 104 f., 193 ff., 201.) — Zeiller klagt übrigens nicht ohne Grund, es hätten sich die meisten Commissionen die Arbeit „ziemlich leicht“ gemacht, ja die Commission von Görz hätte nicht eine einzige Erinnerung beigebracht. „Nur von den Appellationsgerichten, vorzüglich von dem niederösterreichischen und innerösterreichischen, wie auch von den Studienconessen seien mehrere wichtige Betrachtungen vorgelegt worden.“

<sup>120)</sup> Dieser (erhalten gebliebene) Auszug, von Zeiller's Hand geschrieben, füllt drei Foliobände. Ueber seine Bedeutung innerhalb des übrigen Materials vgl. Pfaff S. 268. — Ueber die hiemit in Parallele zu bringenden revisiones monitorum, die der Redaction des preuß. Landrechts vorausgingen, vgl. Bornemann S. 108, 110. Stobbe II S. 463 f.

<sup>121)</sup> Nach dem a. h. Handbillet vom 20. November 1796 Punkt 5 hätte jede Woche eine Sitzung ausschließlich der Redactionsarbeit gewidmet sein sollen. (Ähnliche Anordnungen finden sich auch früher mehrfach, z. B. Harrajsowsky S. 18, 34.) Doch traten öfters bedeutend längere Pausen ein.

<sup>122)</sup> Zur Förderung des Werkes wurde Zeiller durch a. h. Entschließung de recepto 27. September 1802 „von seinen ordentlichen Amtsverrichtungen als Appellationsrath und öffentlicher Lehrer“ dispensirt. Eine Wiederholung dieser Dispensation „von Subdialgeschäften zur Vollendung des bürgerlichen Gesetzbuches“ erfolgte am 12. Februar 1806.

<sup>123)</sup> Pfaff S. 171. Die beiden bedeutendsten Mitglieder dieser Commission sind Zeiller und der Oberstlandrichter v. Haan. Vgl. über den letzteren, dessen großer Einfluß auf alle folgenden Arbeiten bisher nur sehr ungenügend bekannt war, Pfaff S. 273 ff. (Doch läßt Gengler Lehrbuch des deutschen Privatrechts S. 26 Note 134 die Ueberarbeitung des westgalizischen Gesetzbuches lediglich durch Zeiller und Haan vor sich gehen). — Biographische Daten über Rottenhann, den Oberstlandrichter v. Haan, den Freiherrn von Haan, Sonnenfels, Nischen, Strobl, Schempl und Zeiller in der Oesterreichischen Nationalencyclopaedie; über die beiden Haan, Nischen und Rottenhann auch in Wurzbach's Lexikon; Nekrologe über Rottenhann in Zeiller's Jahrb. Beitrag IV S. 246 ff.; über den Oberstlandrichter Haan in Pratobervera's Materialien III S. 312 ff., über Sonnenfels und Nischen ebenda IV S. 405 ff., 411 ff.; über Zeiller in der Zeitschrift für österreichische Rechtsgelehrsamkeit 1828 Notiz, Blatt S. 443 ff.

(Punkt 3) bestimmte: „Wo die einhelligen Stimmen oder die überwiegende Pluralität (der Ländercommissionen) an den Entwürfen kein Bedenken gefunden haben, da soll es bei denselben platterdings verbleiben, wenn anderst nicht auch in einzelnen Meinungen einleuchtende, wichtige, schädliche Folgen dargestellt werden könnten.“ Die Redactoren mußten daher vor Allem die eingegangenen Erinnerungen der Ländercommission, die durch Zeiller's Zusammenstellung (Note 120) leicht übersehbar geworden waren, würdigen. Die Kürzlichkeit dieser Moniten bestimmte jedoch die Commission schon in ihrer ersten Sitzung, in freier Interpretation des oben angeführten Satzes aus dem a. h. Handbillet von 1796 die ihr gestellte Aufgabe zu erweitern; es wurden daher — da sonst der Entwurf fast unverändert hätte beibehalten werden müssen — die Stimmen der Ländercommissionen nicht gezählt, sondern nach ihren Gründen gewogen, und den Commissionsgliedern selbst das Recht, Abänderungsanträge auch da einzubringen, wo solche von den Ländercommissionen gar nicht gestellt waren, eingeräumt, und von diesem Rechte reichlich Gebrauch gemacht.<sup>124)</sup> Der Vorgang bei der ersten Lesung war im Wesentlichen folgender:

In der Sitzung vom 21. December 1801 verbreitete sich Zeiller in ausführlichem Vortrag<sup>125)</sup> über die Nothwendigkeit und Bedeutung einer positiven Gesetzgebung für die praktische Durchführung der (naturrechtlich aufgefaßten) Rechtsidee, über die verschiedenen Zweige und Aufgaben der Gesetzgebung, namentlich über die Nothwendigkeit einer zeitgemäßen, vom römischen Recht abweichenden Neugestaltung des Rechtszustandes; nach einem Rückblick auf dasjenige, was diesfalls in Oesterreich bereits geschehen sei, beschäftigte er sich sehr eingehend mit den Eigenschaften, die ein gutes bürgerliches Gesetzbuch haben müsse und den Grundfäden, von denen man bei der Bearbeitung eines solchen auszugehen habe. Da sämmtliche Mitglieder der Commission hiemit, sowie mit Zeiller's Vorschlag, die Erinnerungen der Ländercommissionen bloß als (nicht bindende) Vorschläge zu betrachten, „vollkommen einverstanden“ waren, wurde die Lesung des Entwurfes selbst begonnen. Zeiller ließ jedem Hauptstück eine über den Inhalt desselben orientirende Uebersicht, besonders wichtigen Hauptstücken aber und den großen Hauptabschnitten des Entwurfes sehr eingehende einleitende Erörterungen<sup>126)</sup> über die rechtliche Natur der darin behandelten Institute und die für die Gruppierung des Stoffes maßgebenden Gesichtspunkte<sup>127)</sup> vorausgehen. Diese Erörterungen sind von der größten Wichtigkeit; sie geben oft die interessantesten Aufschlüsse sowohl über Einzelheiten, als auch über die Ausgangspunkte, von denen man die Hauptmassen des Privatrechtes auffassen zu müssen glaubte;<sup>128)</sup> und sie sind zu-

<sup>124)</sup> Pfaff S. 279.

<sup>125)</sup> Wir theilen Ihnen schon im bisherigen wiederholt allegirten Vortrag in den Excursen etwas gekürzt mit.

<sup>126)</sup> Abgesehen von den Vorträgen vom 21. December 1801 und 19. Jänner 1808 finden sich solche Erörterungen namentlich in den Protokollen vom 11. Jänner 1802 (betreffend die Gruppierung des Stoffes in Personen- und Sachenrecht), 23. August 1802 und 8. Juli 1805 (Begrenzung des Personenrechtes), 15. Februar 1802 (Eherecht), 21. März 1803 (Sachenrecht), 21. Jänner 1805 (Einleitung zum III. Theil des westgalizischen Gesetzbuches = Obligationenrecht), 28. April 1806 (Vermuthete Verträge), 12. Mai 1806 (Verschulden), 30. Juni 1806 (Neue Abgrenzung des III. Theils) u. s. w.

<sup>127)</sup> Welch' bedeutendes Gewicht auf gute Ordnung des Stoffes gelegt wurde, ergibt sich nicht nur aus generellen Aussprüchen Zeiller's (Vorträge vom 21. December 1801 und 19. Jänner 1808), sondern aus dem ganzen Verlaufe der Debatten. Pfaff S. 281 ff. Dieselbe Tendenz war bei der Abfassung des preussischen Landrechtes maßgebend. Dernburg S. 13.

<sup>128)</sup> Sie geben also authentische Auskünfte über so manche Fragen, auf welche bisher nur vermuthungsweise mit Schläffen aus der Doctrin der damaligen Zeit geantwortet werden konnte (vgl. Unger in Schletter's Jahrb. I S. 358); und diese Auskünfte stimmen durchaus nicht immer überein mit den bisher möglich gewesenem Antworten.

gleich ein schlagender Beweis für die Homogenität der Grundanschauungen der sämmtlichen Commissionsglieder; denn so oft auch bei Detailfragen die Debatte gewaltig anschwellt und die Ansichten diametral aus einander gingen, — die von Zeiller entwickelten leitenden Gedanken fanden ganz regelmäßig die Zustimmung Aller — und diese Erscheinung kann nur aus der Identität ihrer Grundanschauungen erklärt werden.

Nach Vorlesung jedes einzelnen Paragraphen des Entwurfes führte Zeiller die zu demselben eingegangenen Erinnerungen der Ländercommissionen regelmäßig vollständig an, meist unter Angabe der Commission, von der sie ausgegangen waren,<sup>129)</sup> und stellte sodann seinen Antrag, ob und inwieferne die Erinnerungen zu benützen seien. Dieses eigene Votum Zeiller's gestaltete sich nicht selten zu einer „ausführlicheren Bearbeitung;“<sup>130)</sup> zuweilen<sup>131)</sup> theilte er seine Anträge schon vor der Sitzung den Botanten behufs gründlicherer Vorbereitung schriftlich<sup>132)</sup> mit, während er in anderen Fällen sein eigenes Votum durch Einholung von Gutachten von Sachverständigen vorbereitete.<sup>133)</sup> Den in der Sitzung gestellten Anträgen des Referenten folgte, meist nach mehr oder weniger eingehender Debatte, Beschlußfassung, und beides ist in den Protokollen meist vollinhaltlich mitgetheilt. Die Beschlußfassung sollte nach dem citirten kaiserlichen Handbillet von 1796 (Punkt 5) durch absolute Majorität erfolgen. Wo diese nicht erzielt werden konnte, finden wir entweder ein künstliches Zusammenzählen verwandter Voten,<sup>134)</sup> oder es wird (bei Stimmengleichheit) die Frage als eine offene der Entscheidung des Kaisers vorbehalten<sup>135)</sup> — doch ist beides immerhin sehr selten. Häufiger sind die Fälle, in denen Paragraphen des Entwurfes, weil von keiner Seite Abänderungsanträge gestellt waren, ohne Debatte angenommen wurden. Es

<sup>129)</sup> Nur ganz Unbedeutendes überging er; Amendements bloß stylistischer Natur berücksichtigte er zuweilen, ohne die Antragsteller zu nennen, in seinen eigenen Textirungsanträgen.

<sup>130)</sup> Z. B. bei §. 934 f., 950 ff., 971, 1048 ff.

<sup>131)</sup> So z. B. in Betreff der §§. 1263 ff. Dieser Vorgang wurde namentlich eingehalten, wenn nach vorausgegangener Berathung dem Referenten eine neue Formulirung eines Abschnittes aufgetragen worden war; Beispiele bieten die Einleitung (Prot. 8. Februar 1802), das Eherecht (Prot. 29. März 1802) u. s. w.

<sup>132)</sup> Die Botanten scheinen überhaupt sehr häufig ihre Voten vor der Sitzung niedergeschrieben und diese Arbeiten in der Sitzung nur vorgelesen zu haben. Ohne Zweifel haben sie diese Aufzeichnungen den Aktuaren behufs Abfassung der Protokolle zur Verfügung gestellt, und es kann daher aus dem Umstande, daß die Protokolle in der Gestalt, in welcher sie vorliegen, sicher erst nach und nicht in den einzelnen Sitzungen abgefaßt wurden (Pfaff S. 267 und Note 19), gewiß kein Argument gegen ihre Zuverlässigkeit hergeleitet werden. So nämlich, wie Zeiller's Anträge aus seinen (Note 120 erwähnten) Aufzeichnungen wörtlich in die Protokolle übergingen, so ist das Gleiche der Fall bei einer langen Reihe von Anträgen und Reben des Oberstaatsrichters v. Haan, die in dessen eigener Handschrift unter seinen Privatpapieren noch vorhanden sind, und in welche den Verf. Seitens seines Urenkels des Herrn Wilhelm Frhrn. v. Haan mit dankenswerther Bereitwilligkeit die Einsicht gestattet wurde. Allerdings beziehen sich diese Papiere auf die erste Lesung nicht; sie weisen aber deutlich auf die Art hin, in welcher die Sitzungen vorbereitet wurden und die Redactoren mit einander verkehrten. Auf den Rändern vieler dieser Blätter stehen zustimmende oder ablehnende Bemerkungen von Zeiller's Hand. Namentlich wirft der Inhalt dieser Papiere etwas Licht auf die Arbeiten unmittelbar vor der Publication des Gesetzbuches, über welche noch Pfaff a. a. O. S. 285 nur Vermuthungen aussprechen konnte.

<sup>133)</sup> So z. B. in Betreff der §§. 63, 127, 924 ff., des Hauptstückes vom Bestandvertrage (Protokoll vom 8. Juli 1805) u. s. f.

<sup>134)</sup> So wurde im §. 1289 die Erwähnung der Lebensversicherung gestrichen; auf gleichem Wege wurde die Aufnahme des §. 1381, den mehrere Redactoren überflüssig fanden, beschloffen.

<sup>135)</sup> So z. B. bei Berathung des §. 59 die Frage, ob ein vor Eingehung der Ehe begangenes und dem anderen Nupturienten verheimlichtes Verbrechen die Ehe ungiltig mache.

kommt aber auch vor, daß in Ansehung ganzer Hauptstücke von dem Entwurfe abgesehen und ein aus der Mitte der Commission hervorgegangener Entwurf zu Grunde gelegt wird.<sup>136)</sup> Zuweilen fehlt in den Protokollen die Beschlußfassung; meistens läßt sie sich zwar mit Sicherheit aus den protokollierten Nebenerrathen; selbst wo das aber nicht der Fall ist, weil nur wenige Botanten gesprochen haben, behebt sich die verbleibende Ungewißheit durch eine spätere Wiederberathung über denselben Gegenstand; und solche neuerliche Berathungen finden nicht nur bei den folgenden Lesungen statt, sondern es kommt selbst innerhalb derselben Lesung vor, daß bereits berathene Paragraphen nochmals zur Berathung gezogen und abgeändert werden.<sup>137)</sup> Da der Gliederung und übersichtlichen Aneinanderreihung des Stoffes im Ganzen wie im Einzelnen viel Aufmerksamkeit gewidmet wurde, so wird namentlich die Fixirung der Stelle, an welcher ein einzelner Paragraph eingereiht werden soll oder auch die Gruppierung aller (ihrem Inhalt nach bereits feststehenden) Paragraphen eines ganzen Hauptstückes nicht selten späterer Beschlußfassung vorbehalten. Im Ganzen folgt wohl die Berathung der Ordnung des westgalizischen Gesetzbuches; zuweilen wird aber die Berathung eines Hauptstückes zurückgestellt, weil sie die vorausgegangene Erlebigung einer anderen Materie voraussetze oder weil die Redactoren meinen, es in anderem Zusammenhange erfolgreicher berathen zu können.

Hienach ist es leicht begreiflich, daß die Commission sich nicht streng binden konnte an Punkt 5 des kaiserlichen Handbilletes vom 20. November 1796, wonach „sowie ein Capitel berichtigt ist“ dieses sammt dem Berathungsprotokoll sogleich der Entscheidung und Sanction des Kaisers vorgelegt werden sollte. Schon der Beginn der Arbeit bewies die Unthunlichkeit einer buchstäblichen Durchführung dieser Verfügung; denn bereits bei Berathung der beiden einleitenden Capitel des Entwurfes sahen sich die Redactoren durch eingegangene Erinnerungen zu dem Beschlusse veranlaßt, sich erst darüber zu einigen, was wegzulassen, was beizubehalten und zu berichtigen sei, und erst am Schlusse beider Capitel die Ordnung der beibehaltenen Paragraphen und die Capitellüberschrift festzustellen.<sup>138)</sup> In der That wurde auch die Arbeit erst, als sie am Ende des zweiten Hauptstückes angelangt war (28. Mai 1802) dem Kaiser vorgelegt. Die, wie es scheint,<sup>139)</sup> erwartete a. h. Sanction blieb jedoch aus; Zeiller theilt gelegentlich<sup>140)</sup> mit, daß der erste Theil des Gesetzbuches, „als er vor längerer Zeit Sr. Majestät vorgelegt wurde, einstweilen blos zur Nachricht genommen worden ist.“ Doch sprach der Kaiser schon nach der Vorlage der beiden ersten Hauptstücke „wegen ihrer Deutlichkeit, Bestimmtheit und der jeder Materie beigefügten kurzen Analyse“ seinen „ganzen Beifall“ und der Commission und dem Referenten sein „Wohlgefallen“ aus. Sowie jedoch als feststehend angenommen werden konnte, daß die Sanction vor der Vollendung des Werkes nicht erfolgen

<sup>136)</sup> So insbesondere ein von Zeiller bearbeiteter für das Hauptstück vom Schadenersatz, und ein vom Oberstlandrichter Haan entworfener für das Hauptstück von Besitznehmung der Erbschaft.

<sup>137)</sup> In den meisten Fällen ist freilich solch' wiederholte Berathung in den Protokollen ausdrücklich vorbehalten.

<sup>138)</sup> Protokoll vom 21. December 1801 und 8. Februar 1802. Ebenso ergab sich sehr bald die Nothwendigkeit, die Einreihung der das Eherecht betreffenden Paragraphen dem Ende des ganzen Hauptstückes vorzubehalten (Protokoll vom 15. Februar 1802); und nachdem die Berathung über dieses Hauptstück beendet war, wurde (19. März 1802) beschlossen, dasselbe, wie die beiden ersten, vom Referenten gänzlich berichtigen, bei sämtlichen Mitgliedern circuliren und dann nochmals zum Vortrag gelangen zu lassen (welches letztere jedoch erst in der zweiten Lesung des ganzen Werkes geschah).

<sup>139)</sup> Harrasowsky S. 164.

<sup>140)</sup> In einem Protokolle vom 8. October 1807, dessen Gegenstand die Regelung des Eherechtes für Salzburg und Berchtesgaden ist.

werde, wurde umsomehr auch fernerhin abgesehen von der capitulweisen Vorlegung, die spätere Anträge auf Abänderung einzelner Punkte entschieden erschwert haben würde.<sup>141)</sup>

Die erste Lesung wurde am 22. December 1806 beendet.<sup>142)</sup> Ihr Ergebniß war ein vom westgalizischen Gesetzbuch (dem „Urentwurf“) vielfach abweichender neuer Entwurf. Noch vor dem Ende der ersten Lesung aber waren sich die Redactoren über die Nothwendigkeit einer abermaligen Prüfung des neuen Entwurfes klar geworden, und sprachen das während der ersten Lesung zu wiederholten Malen aus.<sup>143)</sup> Der formelle Vorschlag, eine zweite Lesung<sup>144)</sup> vorzunehmen, datirt jedoch allerdings erst vom 7. December 1806.<sup>145)</sup> Es sollte durch sie — wie die Redactoren selbst erklären<sup>146)</sup> — erreicht werden, daß „die etwa bei der Bearbeitung der einzelnen Theile eingeschlichenen wirklichen oder scheinbaren Widersprüche und Disharmonien erhoben, die auffallenden Lücken ergänzt, die dunkeln oder unbestimmten Stellen deutlicher und bestimmter abgefaßt, und überhaupt die erst aus der Uebersicht des Ganzen sich darstellenden Verbesserungen sowohl in Rücksicht des Inhaltes als der Form vorgenommen werden.“ Man meinte, mit dieser Revision in drei Monaten fertig werden zu können, wenn „nur nach vorbereiteten und textirten Erinnerungen“ debattirt und

<sup>141)</sup> Der Vortrag vom 19. Jänner 1808 stellt sogar die Behauptung auf, es sei nach Vorlegung des ersten Theiles bis zur Vollendung der zweiten Lesung des ganzen Werkes nichts mehr vorgelegt worden. Diese Angabe kann nicht richtig sein; denn ein Vortragconcept vom 15. Mai 1804 stellt bei Gelegenheit der Vorlage des zweiten Theiles (exclusiv Erbrecht) Anträge an den Kaiser, und da die kaiserliche Erledigung dieser Anträge vorhanden ist, so muß dieser Vortrag dem Kaiser wirklich unterbreitet worden sein.

<sup>142)</sup> Wie das preussische Landrecht nicht bestimmt war, ein schlechthin uniformes Recht innerhalb seines Geltungsgebietes herzustellen, sondern die (zu codificirenden) Provinzialrechte in Geltung belassen wollte (Publicationspatent von 1794, Art. I—VII), um selbst nur an die Stelle des römischen und anderer subsidiären Rechte zu treten, so bestand auch in Oesterreich während der ganzen Dauer der ersten Lesung der Plan, daß die Statuten der einzelnen Landesheile codificirt und aufrecht erhalten werden sollten, daher so mancher von Ländercommissionen oder einzelnen Redactoren gestellte Antrag bei den Beratungen a limine, als zum Provinzialrecht gehörig, abgelehnt wurde. Aber wie in Preußen der erwähnte Plan nur zum kleinsten Theile zur Ausführung gelangte, und selbst soweit dies der Fall war, die Geltung der Provinzialrechte durch die Praxis mehr und mehr beschränkt wurde (Bornemann S. 99 f., Förster I S. 13, Dernburg I S. 19, Koch Allgemeines Landrecht [sechste Auflage] I, S. 4 Note 12), so wurde auch in Oesterreich, wenn auch nicht ohne vielfaches Schwanken, schon während der beiden letzten Lesungen des Gesetzbuches der Gedanke, die privatrechtlichen Provinzialgesetze gänzlich zu beseitigen, immer mächtiger, und drang nach erfolgter Publication des Gesetzbuches alsbald durch. Vgl. unten zu §. 11. In Frankreich dagegen, wo grundsätzlich die Rechtsverschiedenheiten zwischen Norden und Süden ausgeglichen werden sollten, kam die Aufrechthaltung von Statutarrechten gar nicht in Frage. Stobbe II S. 482. Zachariä I S. 18. Portalis, S. 184.

<sup>143)</sup> Daß bei Beginn der ersten Lesung eine zweite noch nicht in Aussicht genommen war, wird sich schon auf Grund des oben (Note 138) Mitgetheilten behaupten lassen. Gewiß aber war man über die Nothwendigkeit einer zweiten Lesung im Jahre 1805 bereits eing. Nach dem Protokoll vom 5. August 1805 antwortete Zeiller auf Kottenhanu's Bemerkung, ob es nicht richtiger wäre, den Inhalt des §. 851 (des Gesetzbuches von 1811) in das Hauptstück vom Besitz einzustellen, er werde hierauf „bei der allgemeinen Revidirung vorzüglich Bedacht nehmen“. Ebenso bemerkte in der Sitzung vom 30. Juni 1806 der Oberstaatsdrucker Haan, als er die Frage aufwarf, ob der von den Redactoren in das Hauptstück vom Schabenersatz eingereichte §. 487 III. Theil des westgalizischen Gesetzbuches, nicht vielmehr in das Hauptstück vom Darlehen einzustellen sei, daß das eine Frage sei, die erst bei einer „allgemeinen Revision des Gesetzbuches“ untersucht werden könne.

<sup>144)</sup> Eine kurze Notiz über dieselbe siehe in Zeiller's Jährlichen Beiträgen II S. 230 f.

<sup>145)</sup> Ihrem Beginne ging voraus eine genaue Durchsicht des in erster Lesung beschlossenen Entwurfes durch den Referenten.

<sup>146)</sup> Eröffnungsitzung vom 4. Mai 1807.

die Zahl der beratenden Mitglieder beschränkt werde. Teilnehmer dieser Berathung sollten nach dem ersten Plane nur sein: Kottenhann,<sup>147)</sup> der Oberstlandrichter Haan, Sonnenfels, Aichen, Pitreich und Zeiller; thatsächlich aber nahmen daran auch noch Theil die Hofräthe von Pratohevera,<sup>148)</sup> von Däl<sup>149)</sup> und Scheppl.<sup>150)</sup> Um gründliche Vorbereitung zu erleichtern, wurde das Protokoll der ersten Lesung in zwei Exemplaren (bei Haan und Aichen) zur Einsichtnahme aller Mitglieder aufgelegt, und erhielt jeder der designirten Teilnehmer eine Abschrift des neuen Entwurfes,<sup>151)</sup> in welche die vom Referenten neuerdings beantragten Stylverbesserungen bereits aufgenommen waren, sammt den von diesem gestellten meritorischen Abänderungsanträgen. Eine vollständige Lesung des Entwurfes war übrigens nicht beabsichtigt und fand auch nicht statt; es wurden vielmehr nur jene Paragraphen debattirt, in Rücksicht deren der Referent oder ein anderer Botant ein Amendement einbrachte; der Vorgang bei der Berathung war also gleichartig dem der ersten Lesung; wie dort die Erinnerungen der Ländercommissionen, so bildeten nun die Erinnerungen der Commissionsmitglieder den nächsten Gegenstand der Discussion. Auch über diese Berathungen wurde ein Protokoll aufgenommen, und auf dieses nachträglich (doch freilich keineswegs überall, wo dazu Anlaß geboten war) bei den betreffenden Abschnitten der Protokolle erster Lesung (der „Hauptprotokolle“) durch Randbemerkungen verwiesen. Das Endergebniß dieser in achtundzwanzig Sitzungen zwischen dem 4. Mai 1807 und 14. Jänner 1808 vollendeten zweiten Lesung (der „Revision“) war abermals ein neuer Entwurf. In dem dem Kaiser vorgelegten Exemplare desselben waren seinen Paragraphen die entsprechenden Paragraphen des Urentwurfes links beigelegt, „damit in den Protokollen aufgefunden werden könne, ob und welche Veränderungen und aus welchen Gründen sie in dem Urentwurf vorgekehrt worden seien.“<sup>152)</sup>

Die Sitzung vom 28. December 1807 zeigt, daß die Redactoren im Wesentlichen am Ende der Codificationsarbeit angelangt zu sein meinten. Der Referent machte nämlich auf folgende Punkte aufmerksam:

- 1) Die Frage, inwieferne neben dem allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche besondere Landesstatute beizubehalten seien, sei noch unerledigt.<sup>153)</sup>
- 2) Um Verzögerungen zu vermeiden, habe Referent jene eherechtlichen Vorschriften, die ursprünglich der bürgerlichen Gerichtsordnung vorbehalten worden waren,<sup>154)</sup> in das bürgerliche Gesetzbuch aufgenommen, um diesem seine Unabhängigkeit von der künftigen Gerichtsordnung zu sichern.
- 3) Das Politicum werde benachrichtigt werden müssen, daß man beschloffen habe, die Regelung der Rechte aus dem Dienstvertrag einer besonderen politischen Gesindeordnung, und die Streitigkeiten über Injurien der Entscheidung der politischen Behörden vorzubehalten, sowie auch von den im Gesetzbuch über den Verlagsvertrag beschloffenen Bestimmungen.<sup>155)</sup>

<sup>147)</sup> Da seine Gesundheit schwer gestört war, mußte er viele Sitzungen versäumen. In solchen Fällen führte Haan den Vorsitz.

<sup>148)</sup> Biographisches in der Nationalencyclopädie und bei Wurzbach.

<sup>149)</sup> Er nahm nur an fünf Sitzungen Theil. Es heißt einmal von ihm, er sei anstatt des ausgetretenen „hofkriegsräthlichen Besitzers“ Orlandini eingetreten.

<sup>150)</sup> Er war nur in der vorletzten Sitzung (28. December 1807) anwesend.

<sup>151)</sup> Die Herstellung dieser größeren Zahl von Abschriften scheint den Beginn der Berathungen verzögert zu haben.

<sup>152)</sup> Vortrag vom 19. Jänner 1808.

<sup>153)</sup> In der Schlussitzung fügte Referent hinzu, es seien einige Paragraphen (933, 936, 986—989 und 1468 des Gesetzbuches von 1811) der Revision entweder noch nicht unterzogen, oder sie müßten neuerdings in Berathung genommen werden.

<sup>154)</sup> Nämlich, als man noch annahm, es werde zugleich mit dem bürgerlichen Gesetzbuch auch eine neue Gerichtsordnung erscheinen können.

<sup>155)</sup> Die Commission genehmigte die Mittheilungen und Anträge ad 2 und 3 einstimmig.

4) Referent fragte, ob die Paragrafen des Gesetzbuches in fortlaufender Zahl wie im französischen Gesetzbuche gezählt werden oder ob die Zählung in jedem der drei Theile neu anfangen solle.<sup>156)</sup> „Jenes dient zur Verkürzung in der Citation, dieses aber um einen Verstoß in der Citation leichter zu berichtigen.“ Referent und Pratoberera stimmten für das Letztere, die Majorität „nach dem Beispiel des Strafgesetzbuches“ für das Erstere.

5) Referent legte einen Entwurf des Kundmachungspatentes vor; derselbe ist fast wörtlich gleichlautend mit dem Patent vom 1. Juni 1811, nur fehlen in demselben noch die zwei letzten Absätze des Patentes. Die Commission nahm den Entwurf an und legte ihn dem Kaiser zur Sanction vor. Rottenhann empfahl dem gegenüber<sup>157)</sup> einen von ihm selbst ausgearbeiteten Entwurf eines Kundmachungspatentes zur Sanction, weil er fand, es fehle dem Eingang des Zeiller'schen Entwurfes an Würde und Erhabenheit, derselbe spreche zu unständlich von den Arbeiten der Gesetzesredaction zu dem Publicum, und es könne die Aufrechthaltung der nicht genau angegebenen Provinzialstatuten<sup>158)</sup> zu Verwirrungen Anlaß geben, da doch diesfalls von den Provinzen selbst so wenig verlangt werde, daß es noch vor Kundmachung des Gesetzbuches zu Stande gebracht werden könne. Nach seinem Entwürfe hätte die Sammlung der Provinzialstatuten „zugleich mit dem gemeinen Recht an's Licht zu treten,“ und er wollte die Anwendbarkeit des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches auf die in den Provinzialrechten nicht entschiedenen Fälle eingeschränkt wissen. Im Uebrigen ist Rottenhann's Entwurf zwar weitläufiger, aber entschieden von dürftigerem Inhalte als der Zeiller'sche; seine Zurückweisung durch die Resolution vom 7. Juli 1810 war daher nicht unverdient.<sup>159)</sup>

6) Endlich<sup>160)</sup> erwähnte Referent eines ausführlichen von ihm verfaßten Vortrages, mit welchem das Gesetzbuch zur allerhöchsten Schlußfassung vorgelegt werden sollte. Dieser Vortrag enthalte eine kurze Geschichte der österreichischen Civilgesetzgebung, gebe Rechenschaft über die Grundsätze, von denen man bei der Abfassung des Gesetzbuches ausgegangen sei und wie man dieselben angewendet habe, und führe eine Vergleichung des Gesetzbuches mit dem römischen Rechte, dem Josephinischen, westgalizischen, preussischen und französischen Gesetzbuche, sowie

<sup>156)</sup> Das Josephinische Gesetzbuch zählte die Paragrafen in jedem Hauptstück, das westgalizische Gesetzbuch und die beiden folgenden Entwürfe (auch der während der zweiten Lesung entstandene) in jedem der drei Haupttheile selbständig. Aber schon in den allgemeinen Erinnerungen der Prager Juristenfacultät war als wünschenswerth bezeichnet worden, daß (nebst Anderem, was zur Uebersichtlichkeit des Gesetzbuches beitragen sollte) die Paragrafen in ununterbrochener Reihe gezählt würden. Den gleichen Antrag stellte Scheppl (wie es scheint, unabhängig von dem nie zur Berathung gebrachten Prager Antrag), nachdem (Sitzung vom 30. Juni 1806) beschlossen worden war, die Grenzlinie zwischen dem II. und III. Theil da zu ziehen, wo sie sich im Gesetzbuche von 1811 befindet, und sein Antrag wurde angenommen, „weil dieses das Nachsuchen und die Beziehungen der Paragrafen aufeinander vorzüglich erleichtere.“ Offenbar ist Zeiller — das beweist seine Bemerkung (Sitzung vom 7. December 1807), der §. 1342 des Gesetzbuches von 1811 sei als §. 1 (des III. Theiles) zu bezeichnen, und seine hier (Sitzung vom 28. December 1807) in Rede stehende Frage — dieses Beschlusses nicht mehr eingedenk gewesen. Erst der nun gefaßte Beschluß bewirkte, daß die Paragrafen des aus der Revision hervorgegangenen Entwurfes mit fortlaufenden Zahlen bezeichnet wurden.

<sup>157)</sup> Präsidialvortrag vom 29. Februar 1808.

<sup>158)</sup> Deren Sammlung am 20. September 1804 angeordnet worden war — vgl. unten bei §. 11.

<sup>159)</sup> Damit war denn auch die Tendenz, die verschiedenen privatrechtlichen Landesgesetze durch Ein Reichsgesetz zu ersetzen, deren wärmster Vertreter der Oberlandrichter Haan war, in entscheidender Weise die überwiegende geworden. *Parasowski* S. 164 f.

<sup>160)</sup> Außerdem bemerkte der Referent, es könne sogleich eine böhmische und eine polnische Uebersetzung des Gesetzbuches veranlaßt werden.

dem Entwurf des russischen sowohl im Allgemeinen als in Beziehung auf die Haupttheile durch.<sup>161)</sup>

Hienach war die Commission, als sie am Ende der zweiten Lesung angelangt war, sich darüber allerdings klar, daß einzelne Aenderungen an dem Entwurf noch vorgenommen werden mußten, ehe er als Gesetz in Geltung treten konnte.<sup>162)</sup> Daß man aber an die Nothwendigkeit einer abermaligen Umarbeitung des ganzen Entwurfes nicht entfernt dachte, beweist die Thatsache, daß am 1. Februar 1808 Beschlüsse über die durch die Vollendung des Gesetzbuches nothwendig gewordenen Aenderungen im juristischen Lehrplan gefaßt, und mit Vortrag vom 19. Jänner 1808 die Vorlage des Gesetzentwurfes, des Kundmachungspatentes, der Berathungsprotokolle und der (sub 6) erwähnten ausführlichen Beilage an den Kaiser mit dem Antrage erfolgte, dem Entwurfe des Gesetzbuches und Kundmachungspatentes Gesetzeskraft zu ertheilen. Der weitere Verlauf zeigte jedoch, daß die Arbeit noch weit von diesem Ziele entfernt war.

Die Verfügung, welche der Kaiser auf diesen Antrag erließ, läßt errathen, daß der Entwurf dem Staatsrath mitgetheilt worden war. Wenn aber allgemein behauptet wird,<sup>163)</sup> der Entwurf sei im Staatsrath geprüft worden und es habe die sodann angeordnete dritte Lesung des Entwurfes die Aufgabe gehabt, „einige aus dem Staatsrathe herrührende Bemerkungen in Erwägung zu ziehen,“ — wenn ferner die dritte Lesung als eine bloße „Rücksprache“ charakterisirt wird, welche der Staatsrath Pfleger von Wertenu<sup>164)</sup> mit einigen Mitgliedern der Redactionscommission gepflogen habe, so ist diese Darstellung in wesentlichen Punkten ungenau;<sup>165)</sup> sie will entweder besagen, es habe der Staatsrath in corporativer Thätigkeit irgendwelche Aenderungen an dem Entwurfe vorgenommen,<sup>166)</sup> oder es sei dies wenigstens durch Pfleger als Organ des Staatsrathes (jedenfalls aber unter einer höchstens berathenden Einflußnahme der bisherigen Redactoren) geschehen;<sup>167)</sup> beide Meinungen stehen aber im Widerspruch mit den aus den Berathungsprotokollen erweislichen Thatsachen; nicht nur enthalten die Protokolle gar nichts von einem corporativen Einfluß des Staatsrathes, sondern sie lassen auch Pfleger's Thätigkeit lediglich als die eines nur gleichberechtigten Mitgliedes der Redactionscommission erscheinen.

Die dritte Lesung wurde nämlich angeordnet durch ein an den nunmehrigen Präsidenten der Justizgesetzgebungs-Hofcommission, den Oberstlandrichter v. Haan<sup>168)</sup>

<sup>161)</sup> Dieses wichtige Aktenstück ist eine 105 geschriebene Folienseiten starke Beilage zu dem Vortrag vom 19. Jänner 1808. Es wird im ganzen Verlaufe dieses Werkes benützt werden. Umfassende, zusammenhängende Mittheilungen aus demselben in den Excursen.

<sup>162)</sup> S. oben Note 153. Das betreffende Protokoll (vom 14. Jänner 1808) markirt ausdrücklich den „Beschluss der Revision“. Ueber die ebenfalls in diese Zeit fallende Prüfung der eingegangenen die Provinzialstatuten betreffenden Anträge durch den Referenten vgl. Zeiller's Jährl. Beiträge III S. 263 und unten bei §§. 10, 11.

<sup>163)</sup> Vgl. statt Aller Zeiller Comm. I S. 11, Stubenrauch (zweite Auflage) I S. 3, Harrasowsky S. 165, Domin S. 253.

<sup>164)</sup> Biographisches: Oesterreichische Nationalencyklopädie und Wurzbach's Lexikon. Nekrolog: Pratohevera's Mat. V S. 438 ff.

<sup>165)</sup> Pfaff S. 265 f.

<sup>166)</sup> So denkt z. B. Sachsenheim das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch . . . giltig für Siebenbürgen, Wien 1856 S. XXXVI ganz offenbar die dritte Lesung als im Staatsrath vor sich gehend. Auch Unger System I S. 9 kann wohl nicht anders verstanden werden.

<sup>167)</sup> Dies ist die Meinung z. B. von Domin a. a. D.: „Der revidirte Entwurf wurde nunmehr an den Staatsrath geleitet, dort dem Staats- und Conferenzrath Pfleger von Wertenu zugetheilt, von diesem nach Rücksprache mit Mitgliedern der nunmehr getrennten Justizhofcommission abermals in einzelnen Punkten abgeändert und sofort dem Kaiser neuerdings vorgelegt.“

<sup>168)</sup> Er war seit März 1809 an die Stelle des verstorbenen Grafen Rottenhamm getreten.

gerichtetes Cabinetsschreiben des Kaisers vom 5. November 1809. folgenden Inhalts: „Mein Staatsrath Pflieger hat mir zur Kenntniß gebracht, daß er über den Entwurf des neuen bürgerlichen Gesetzbuches mehrere Erinnerungen, nach welchen derselbe abzuändern wäre, zu machen habe, und daß auch Sie und der Hofrath Zeiller bei wiederholter Durchlesung dieses Entwurfes mehrere Abänderungen und Verbesserungen desselben in Vorschlag zu bringen Willens sind. Da ich kein Mittel unbenützt lassen will, dieses Gesetzbuch zur möglichsten Vollkommenheit zu bringen und diese Absicht auf dem kürzesten Wege zu erreichen, so will ich, daß die Hofcommission in Gesetzsachen die Erinnerungen und Anträge obgedachter Individuen in reife Ueberlegung nehmen, den deswegen abzuhaltenden Sitzungen auch den Staatsrath Pflieger beiziehen, und das Resultat der Verathschlagungen nebst den darüber aufgenommenen Protokollen zu meiner Schlußfassung sobald als möglich vorlegen soll.“<sup>169)</sup>

Um nicht gegen den Willen des Kaisers weitläufig zu werden, wurde beschlossen, die dritte Lesung (die „Superrevision“) nicht im Plenum der Commission, sondern in einem engeren Comité vorzunehmen. Es wirkten dabei unter dem Vorsitz Haan's nur mit: Pflieger, Nischen, Zeiller und Pratobevera.<sup>170)</sup> Das Material ihrer Verathungen bildeten<sup>171)</sup> die schon in dem allerhöchsten Cabinetsschreiben erwähnten Erinnerungen Pflieger's, Haan's und Zeiller's zu dem neuesten Entwurf, sodann (vom zweiten Theile des Entwurfes an) Erinnerungen, welche auf Aufforderung Kottenham's von Pratobevera und den Justizhofräthen Stojowsky und Kottmann überreicht worden waren. Zeiller hatte alle diese Bemerkungen und Anträge nach der Ordnung der Paragraphen gereiht, und trug sie bei den Verathungen in dieser Ordnung vor, ohne jedoch hiebei hervorzuheben, von wem der einzelne Antrag angeregt sei. Endlich aber blieb auch hier der Initiative jedes einzelnen Commissionsmitgliedes der erforderliche Spielraum offen. Um aber recht kurz zu sein, wurde beschlossen, in die Sitzungsprotokolle nur jene Anträge aufzunehmen, welche durch Mehrheit der Stimmen als Verbesserungen erkannt würden oder deren Aufnahme der Antragsteller ausdrücklich verlange.<sup>172)</sup> Im Uebrigen ist die dritte Lesung ganz in demselben Sinne eine vollständige Revision des in der zweiten Lesung zu Stande gekommenen Entwurfes, wie die zweite Lesung eine solche des in der ersten Lesung beschlossenen Entwurfes enthielt; nur bewegte sich die Superrevision in rascherem Tempo: sie nahm nur die Zeit vom 13. November 1809 bis 22. Jänner 1810 in Anspruch, in dieser Zeit wurden aber vierzehn Sitzungen gehalten.<sup>173)</sup> Mit dem Präsidialvortrag vom 22. Jänner 1810 wurden dem Kaiser die Protokolle der dritten Lesung vorgelegt, und dabei bemerkt:

1) Es seien die früher (vgl. Text zu Note 155) in Aussicht genommenen Verhandlungen mit der politischen Hofstelle über den Dienstvertrag, über Injurienstreitigkeiten und Verlagsvertrag wohl nicht nöthig; eine neue politische Dienstordnung sei bereits beschlossen und deren Ausführung den politischen Behörden überlassen; Injurienstreitigkeiten seien, soweit es sich nicht um die Frage der Entschädigung handle, schon unter dem 1. November 1791 für einen Polizeigegegenstand erklärt und auch im Gesetzbuche in diesem Sinne behandelt worden, und über den Bücherverlag bestehe, soweit er nicht den privatrechtlichen Vertrag angeht, eine politische Verordnung vom 18. März 1806.

<sup>169)</sup> Sitzungsprotokoll vom 13. November 1809.

<sup>170)</sup> Präsidialvortrag vom 22. Jänner 1810.

<sup>171)</sup> Protokoll vom 13. November 1809.

<sup>172)</sup> Auf diesen Beschluß mag es zurückzuführen sein, daß das Superrevisionsprotokoll nur etwa 300 Folienseiten füllt.

<sup>173)</sup> Leider scheint das Protokoll der letzten Sitzung und mit ihm die Superrevisionsberathungen über das letzte Hauptstück des Gesetzbuches verloren gegangen zu sein.

2) Unausgetragen seien noch einige den Darlehensvertrag angehende Fragen (oben, Note 153), über welche schon seit dem 5. April 1808 mit der Finanzhofsstelle Verhandlungen schwelkten. Das Gutachten werde erfolgen, sobald die Antwort der Finanzhofsstelle eingelaufen sein werde.<sup>174)</sup>

3) Die polnische Uebersetzung des Gesetzbuches sei vollendet, die böhmische soweit vorgeschritten, daß sie zugleich mit dem deutschen Text werde erscheinen können. Auch habe Zeiller ein ausführliches Register zum Gesetzbuche vorbereitet, welches jedoch erst nach erfolgter Sanction ganz berichtigt werden könne.

Die hierüber erlassene a. h. Resolution vom 7. Juli 1810 ist mit Punkt 1 einverstanden, befehlt der Finanzhofsstelle, sich längstens binnen acht Tagen über das Hauptstück vom Darlehen zu äußern, und fährt dann fort: „Mit alleiniger Ausnahme also des Hauptstückes vom Darlehensvertrag, oder vielmehr der §§. 981, 982, 983 und 984<sup>175)</sup> ertheile ich dem Entwurfe des neuen bürgerlichen Gesetzbuches nach den von der Stimmenmehrheit der letzten vierzehn Berathschlagungen angetragenen Abänderungen<sup>176)</sup> mit voller Beruhigung und wahren Vergnügen meine Sanction, indem mir die von der Hofcommission in Gesetzsachen bei Bearbeitung dieses wichtigen Werkes neuerdings am Tag gelegte Umsicht, Gründlichkeit und erschöpfende Sachkenntniß zur ganz besondern Zufriedenheit gereicht.“ Der Titel des Werkes sollte nach dieser Resolution lauten: „Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie mit Einschluß Galiziens;“<sup>177)</sup> der Kaiser verfügte sodann die unverweilte Drucklegung des Gesetzbuches bis zum

<sup>174)</sup> Man darf übrigens (auch ganz abgesehen von den vier das Gelddarlehen betreffenden Paragraphen — Note 153) ja nicht annehmen, das Gesetzbuch habe nach beendigter dritter Lesung schon durchaus seine gegenwärtige Gestalt gehabt. Die stilistisch und meritorisch bessernde Arbeit der Redactoren fand vielmehr ihr Ende erst nach vollendeter Correctur der gedruckten Bogen. Eine durch den Präsidialvortrag vom 24. Juni 1811 veranlaßte a. h. Entschließung (P. fass S. 285 f.) läßt darüber keinen Zweifel, daß Zeiller, Pratoberera und die Professoren Dolliner (vgl. dessen Nekrolog in der Zeitschrift für österreichische Rechtsgelehrsamkeit 1839 Notiz. Bl. S. 275 ff.) und Egger — kaum aber collegial arbeitend — diese letzten Verbesserungen vornahmen; und früher noch haben Haan und Zeiller schriftliche Bemerkungen in gleicher Richtung ausgetauscht. In Haan's Papiere findet sich ein Blatt, von seiner eigenen Hand beschrieben, mit „Anmerkungen zu den Abänderungen des superrevidirten bürgerlichen Gesetzbuches“, und auf dem Rande desselben Blattes stehen zwei Notizen von Zeiller's Hand; ein weiteres Blatt trägt die Aufschrift: „Notanda zur Finalabänderung.“ Sind diese Papiere auch nicht von amtlichem Charakter, so unterliegt ihre Echtheit und Wichtigkeit dennoch ebensowenig einem Zweifel, als die der oben (Note 132) erwähnten Documente, deren Wichtigkeit durch die Uebereinstimmung ihres Inhaltes mit dem der Protokolle feststeht. Nur muß allerdings betont werden, daß diese letzten Aenderungen des Gesetztextes nach keiner Richtung weitgehend sind. P. fass a. a. D.

<sup>175)</sup> Diese Paragraphen regeln die in den §§. 986—989 der gegenwärtigen Zählung behandelten Materien.

<sup>176)</sup> Hiernach kann wohl kein Zweifel sein, daß eine directe Einflußnahme des Staatsrathes auf die letzte Gestaltung des Gesetzbuches ausgeschlossen ist.

<sup>177)</sup> Dieser Anordnung gegenüber stellte der Vortrag der Commission vom 26. Juli 1810 vor, die Hervorhebung Galiziens sei überflüssig; man könnte — besorgte die Commission — aus der speciellen Nennung des Landes schließen, daß allgemeine Gesetze, in denen Galizien nicht genannt sei, für dieses Land keine Geltung hätten, und doch sei Galizien auch im Strafgesetzbuch von 1803 in dem Ausdrücke „gesammte deutsche Erbländer“ eingesezt und das Strafgesetzbuch daselbst „wie in allen deutschen, den ungarischen entgegesezten Erbländern kundgemacht und angewendet worden.“ Auch der dritte Absatz des vom Kaiser bereits genehmigten Kundmachungspatentes spreche nur von den gesammten deutschen Erbländern, und das nämliche Patent setze das für Galizien gegebene bürgerliche Gesetzbuch außer Wirksamkeit. — Dieser Vorstellung stattgebend genehmigte die Resolution vom 18. August 1810 den Titel: „Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie.“ Ueber ähnliche bei Publication des Josephinischen Gesetzbuches aufgetauchte Bedenken vgl. Harasowsky S. 146.

Hauptstück vom Darlehensvertrag, über welches die Schlussfassung gewiß noch rechtzeitig erfolgen werde, genehmigte das vorgeschlagene Kundmachungspatent mit einer stylisirten Verbesserung im letzten Absatze, bestimmte, daß der Tag des Insebtretens des Gesetzbuches so fixirt werden solle, daß von dem Tage der Kundmachung mindestens noch eine vacatio legis von sechs Monaten eintrete, und sprach endlich die Erwartung aus, daß Vortrag erstattet werde „über das Resultat der Berathschlagung wegen Anwendung des böhmischen und mährischen Landtafelpatentes auf alle Landtafeln und Grundbücher in Bezug auf die bei Einverleibung der dinglichen Rechte zu beobachtenden Vorsichten.“

Wie vor der Publication des westgalizischen Gesetzbuches die Verhandlungen mit dem Directorium,<sup>178)</sup> so zogen sich nun die mit der Hofkammer<sup>179)</sup> über die vier suspendirten Paragraphen schwebenden Verhandlungen in die Länge. Die Hofkammer erklärte nämlich (22. August 1810), sich erst dann äußern zu können, wenn der Kaiser entschieden haben werde, in welcher Valuta Zahlungen alter Forderungen<sup>180)</sup> zu leisten seien, dann ob, von wannen und wie weit auf den Coursverlust Rücksicht zu nehmen sei. Da nun aber inzwischen der „reine Abdruck“ des Gesetzbuches bis zum Hauptstück vom Darlehen fortgeschritten war, auch an den Universitäten Vorträge über das Gesetzbuch bereits begonnen hatten, diese aber hätten abgebrochen werden müssen, wenn bis Ende Februar die Fortsetzung des Druckes nicht erschienen wäre, endlich auch die unmittelbar bevorstehende Kundmachung des Gesetzbuches schon einige Monate vorher von in- und ausländischen Zeitschriften angekündigt worden war, — so trat die Hofcommission<sup>181)</sup> zusammen, um zu berathen, ob nicht die Ursache der Verzögerung dem Kaiser anzuzeigen sei, und ob nicht die controversen Paragraphen in einer Weise textirt werden könnten, die allen (in den damaligen Geld- und Finanzcalamitäten wurzelnden) Anständen der Hofkammer begegne.<sup>182)</sup> Ein abermals revidirter Text des ganzen Hauptstückes vom Darlehensvertrag wurde berathen, und der von der Commission emendirte und angemessene Entwurf dem Kaiser mit der Bitte vorgelegt, er wolle demselben die Genehmigung umsomehr ertheilen, „als in dem Gesetzbuche, welches eine unveränderliche Richtschnur für die künftigen Handlungen der Privaten sein soll, ohnehin nur allgemein gültige, unwandelbare Rechtsgrundsätze aufgestellt, nicht aber solche Verordnungen aufgenommen werden können, welche bloß auf vorübergehende Verhältnisse und ganz außerordentliche Zeitumstände passen“<sup>183)</sup> — insbesondere aber die im Entwurf aufgestellten Grundsätze über

<sup>178)</sup> Vgl. oben Text bei Note 104.

<sup>179)</sup> Weil sie verschiedene Bedenken gegen einzelne Bestimmungen des Entwurfes erhoben hatte, war ihr im November 1808 das ganze Hauptstück vom Darlehensvertrage mit dem Gesuchen mitgetheilt worden, zur Behebung der Schwierigkeiten die Textirung jener Paragraphen, bei denen Finanzrückichten eingreifen könnten, durch einen von ihr ausgehenden Vorschlag zu erleichtern.

<sup>180)</sup> Gemeint sind die zu einer Zeit begründeten Geldforderungen, da es noch kein oder kein so bedeutendes Disagio des Papiergeldes gab, als zu der hier in Rede stehenden Zeit.

<sup>181)</sup> Haan, Nischen, Ehrenberg, Zeiller, Scheppl, Pratobervera und Landrath Freiherr von Gärtner.

<sup>182)</sup> Protokoll und Vortrag vom 13. December 1810.

<sup>183)</sup> Der nämliche Gedanke war während des ganzen Verlaufes der Berathungen über die Entwürfe seit dem westgalizischen Gesetzbuche sehr oft ausgesprochen worden, am bestimmtesten in der Sitzung vom 10. März 1806, wo aus Anlaß eines Vortrages der Hofkanzlei bemerkt wird, „daß man sich bei Entwerfung des neuen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches zur Regel gemacht habe, nur feststehende und allgemein rechtliche Vorschriften darin aufzunehmen, dagegen die wandelbaren von veränderlichen politischen Verhältnissen abhängenden Anordnungen der politischen Gesetzgebung zu überlassen, und die besondern, auf die besondere Verfassung einiger Provinzen sich beziehenden Ausnahmen von den allgemeinen rechtlichen Vorschriften der Sammlung des Provinzialrechtes vorzubehalten.“ Vgl. auch weiter im Text.

das Gelddarlehen nach §. 5 des Gesetzbuches selbst nur auf künftige Fälle angewendet werden können, und somit unabhängig seien sowohl von der Frage, wie es mit der Zahlung alter Forderungen zu halten sei,<sup>184)</sup> als auch von den Finanzoperationen und der Beschaffenheit des Curses oder dem Verhältnisse des Papiergeldes zur Münze.

Die a. h. Entschliessung vom 15. März 1811 erledigte diese Bitte durch den der Hofcommission ertheilten Auftrag, das Hauptstück vom Darlehen mit steter Rücksicht auf das an demselben Tage (15. März) kundgemachte sogenannte Finanzpatent vom 20. Februar 1811 „nochmals in reife Erwägung zu nehmen, solches hiernach umzuarbeiten“ und nach gepflogenen Einvernehmen mit der Creditcommission „schleunigt vorzulegen.“

Die Commission vollzog diesen Auftrag in den Sitzungen vom 21. und 22. März 1811. Uebermals wurde mit aller Energie betont, das bürgerliche Gesetzbuch solle „die Privatrechte und Verbindlichkeiten der Staatsbürger mit der möglich geringsten Beschränkung der Freiheit ebenso streng gerecht als unwandelbar dauerhaft festsetzen; es solle ein bleibendes Werk der ewig gleichförmigen reinen Gerechtigkeit, folglich in allen seinen Aussprüchen auf die natürlichen, unveränderlichen Rechtsgrundsätze mit Rücksicht auf die ordentlichen Verhältnisse des Staates gegen seine Bürger und dieser unter sich gebaut sein.“ Darum habe man unverrückt daran festgehalten, „blos zeitliche, auf vorübergehende Anstalten und außerordentliche Zeitumstände berechnete und von wandelbaren politischen Verhältnissen abhängige Vorschriften . . . nicht hineinzuziehen, sondern die Festsetzung und Kundmachung (von) derlei Anordnungen . . . der politischen Verwaltung und Gesetzgebung zu überlassen.“ In diese Kategorie gehöre auch das Patent vom 20. Februar; es habe die Verminderung des Papiergeldes und die Accreditation der verminderten Geldbeize zum Zwecke und mußte sich natürlich auch auf die einschlägigen Privatverhältnisse erstrecken; aber „es ist das Werk der Staatsklugheit, durch eine Verkettung außerordentlicher Umstände veranlaßt; daher enthält es auch manche außerordentliche, mit der strengen Gerechtigkeit nicht durchaus übereinstimmende Anordnungen, wodurch die bürgerliche Freiheit in der Absicht, einem allgemein verderblichen Uebel abzuhelpen, mehr als sonst natürlich beschränkt wird. Eben deswegen muß es aber auch mit allen diesen Anordnungen erlöschen, sobald dem Uebel gesteuert und die Ordnung wieder hergestellt sein wird.“ Nun finde sich aber auch in der That — fuhr der Referent fort — im bürgerlichen Gesetzbuch außer dem Hauptstücke von Darlehen Nichts, was mit dem Finanzpatent im Widerspruch stünde. „Da aber der Einfluß dieses Patentess sich nicht blos auf Darlehen beschränkt, sondern auf alle . . . Rechtsgeschäfte verbreitet, woraus Geldzahlungen entspringen,“ Kürzfristige aber derlei Rechtsgeschäfte durch die in dem Gesetzbuche aufgestellten Grundsätze dem Patente entzogen glauben könnten, wenn das Gegentheil nicht ausdrücklich gesagt wäre, das Patent selbst aber, den oben aufgestellten Grundsätzen gemäß dem Gesetzbuche nicht eingeschaltet werden könne —, so beantragte Referent die Einfügung des IX. Absatzes zu dem Kundmachungspatent, und es wurde dieser Antrag einstimmig angenommen.

Zur Vermeidung von Collisionen zwischen dem Texte des Gesetzbuches im Hauptstücke vom Darlehen und dem Finanzpatente beschloß die Majorität unbedeutende Aenderungen in dem ersteren und „rücksichtlich der Giltigkeit einer auf

<sup>184)</sup> Ob dieser Punkt durch ein eigenes Regulativ zu regeln sei, darüber waren die Meinungen der Commissionsglieder sehr getheilt. Er wurde, zunächst veranlaßt durch eine specielle, gewisse internationale Zahlungen betreffende Frage, Gegenstand eingehender Erörterungen in den Sitzungen vom 3. und 24. Jänner 1811. Vgl. zu M. IX des Kundmachungspatentes.

klingende Münze überhaupt und rücksichtlich der Zahlung eines auf Papiergeld geschlossenen Darlehens“ eine Verweisung „auf die diesfalls bestehenden besonderen Vorschriften“ — womit wesentlich jene Textirung hergestellt war, die wir im Gesetzbuche von 1811 finden. Einer Minorität erschien dagegen die Aufnahme des §. 986 mit seiner Verweisung auf die „besonderen Vorschriften“ als ganz unpassend, weil bei der beschlossenen Textirung das als allgemeine Richtschnur gemeinte Gesetzbuch in einem seiner wesentlichsten Theile und in Ansehung eines der häufigsten rein privatrechtlichen Geschäfte sehr mangelhafte und unvollständige Normen enthalten würde und nach Herstellung der finanziellen Ordnung Parteien und Richter kein bestimmtes Gesetz haben würden, das da entscheide, wie der Vertrag einzugehen, die Zahlung zu leisten, die Verbindlichkeit zu beurtheilen sei. Die Minorität verlangte denn auch in ihren Separatvoten, daß im Gesetzbuche, wenn man auch im Augenblicke an dem Finanzpatent (S. 9) festhalten müsse, die einzig gerechten Grundsätze über den Darlehensvertrag ausgesprochen werden sollten. Mit ihrer Note vom 3. April 1811 schloß sich die Creditihofcommission den Anträgen der Majorität an, und lehnte die mit dem Finanzpatent in mehrfacher Richtung<sup>185)</sup> unverträglichen Anträge der Minorität darum ab, weil es gewiß nicht angemessen wäre, im Gesetzbuche Grundsätze zu proklamiren, denen das Kundmachungspatent sofort die Geltung wieder entziehe. Der Kaiser aber resolvirte am 26. April 1811: „Ich ertheile dem Entwurfe zur Textirung des Hauptstückes vom Darlehensvertrag nach dem Antrage der Stimmenmehrheit . . . meine Sanction und genehmige den . . . angetragenen Zusatz in dem Kundmachungspatent.“

Nun wurde der fixirte Druck des Gesetzbuches wieder aufgenommen, und der vereinigte Hofkanzlei<sup>186)</sup> der Entwurf des Kundmachungspatentes mit der Anzeige mitgetheilt,<sup>187)</sup> daß man die Kundmachung am 1. Juli erwarte. Vor der Drucklegung wurde jedoch das Kundmachungspatent noch „zur allenfälligen Berichtigung des Stils“ Sonnenfels zugewiesen,<sup>188)</sup> und als es unter der Presse war, bei der Hofcommission angefragt<sup>189)</sup> ob die Kundmachung sofort erfolgen könne. Die Commission antwortete am 6. Juni: Der Druck des Gesetzbuches sei vollendet, das Register weit vorgeprüft und Alles könne bis zum Ende des Monats bereit sein, so daß man das Gesetzbuch und das Kundmachungspatent gleichzeitig publiciren könne. In der That konnte der Präsident der Commission am 24. Juni 1811 dem Kaiser das vollendete Gesetzbuch überreichen, und es trat das Gesetzbuch in den „gesamten deutschen Erbländern — selbstverständlich in ihrem damaligen Territorialbestande<sup>190)</sup> — am 1. Jänner 1812 in Wirksamkeit.

<sup>185)</sup> Das Finanzpatent gestattete insbesondere Darlehen in Metallgeld im Inlande nur dann, wenn sie auf eine bestimmte Münzsorte lauteten, und negirte den Grundsatz, daß Darlehen in Papiergeld nach dem zur Zeit der Zuzahlung bestehenden Course zurückgezahlt seien. In beiden Richtungen hatte die Minorität Aufnahme der entgegengesetzten Bestimmung in das Gesetzbuch verlangt.

<sup>186)</sup> Der Uebung gemäß lag ihr die Kundmachung der Gesetze ob.

<sup>187)</sup> Note vom 2. Mai 1811.

<sup>188)</sup> Note der Hofkanzlei vom 16. Mai 1811.

<sup>189)</sup> Note der Hofkanzlei vom 3. Juni 1811.

<sup>190)</sup> Nämlich: Böhmen, Bukowina, Galizien und Lodomerien (mit Ausnahme der Bezirke Wieliczka und Podgorze und der Tarnopoler Landschaft), Unterkränthen (Klagenfurter Kreis), Mähren, slawonische, ungarische und siebenbürgische Militärgrenze, Oesterreich ob und unter der Enns (mit Ausnahme des Innviertels und einer damals bairischen Parzelle des Hausrudiviertels), Schlesien und Steiermark. Ein großer Theil der übrigen Erblande stand damals unter französischer Botmäßigkeit und war damit auch in denselben das französische Civilgesetzbuch in Wirksamkeit gesetzt worden. Vgl. Michel Handbuch des allgemeinen Privatrechtes für das Kaiserthum Oesterreich, Olmütz 1853 I S. II.

## 2. Aenderungen im Rechtsunterricht. (Der Studienplan von 1810.)<sup>191)</sup>

Daß die Codification großer Gebiete des geltenden Rechtes, die wenigstens formell eine völlige Wandlung des Zustandes der Gesetzgebung bezeichnet, auch auf die juristische Studienordnung Einfluß nehme, ist beinahe selbstverständlich, sobald es einmal feststeht, daß die Rechtslehre an den Hochschulen sich auch mit dem einheimischen Rechte zu beschäftigen habe.<sup>192)</sup> Schon das Beispiel Justinians,<sup>193)</sup> der seine Reform der Rechtsquellen erst für vollendet ansah, als er ihr auch den Zustand des Rechtsunterrichtes conformirt hatte,<sup>194)</sup> noch weit mehr aber der schon gegen Ende des achtzehnten Jahrhunderts zur Anerkennung gelangte Standpunkt, der Rechtsunterricht habe in erster Linie brauchbare Staatsdiener zu erziehen, drängten dahin, dem Lehrvortrag über die nunmehr codificirten einheimischen Gesetzbücher die wichtigste Stelle in dem akademischen Unterrichte einzuräumen, und den erforderlichen Raum dafür durch Beseitigung oder Beschränkung anderer Lehrfächer zu gewinnen.<sup>195)</sup>

<sup>191)</sup> Dieser Studienplan ist schon oft besprochen worden, zuerst, und zwar unter Benützung der Verhandlungen, aus denen er hervorging, von A. v. Hefß Encycl.-methodol. Einleitung in das juristisch-politische Studium (Wien und Triest 1813). Vgl. außerdem Kink Geschichte der kaiserlichen Universität zu Wien (1854) I 1 S. 610 ff. Unger in Schletter's Jahrb. I S. 356 f. (abgedruckt auch in den späteren Auflagen von Unger System I S. 641 ff.) und die Parallele zwischen den nach der Vollendung der Codification maßgebenden Studienplänen in Preußen, Oesterreich und Frankreich bei Savigny Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (3. Auflage, Heidelberg 1840) S. 137 ff., vgl. mit S. VII. — Hefß und Kink haben die Akten der Studienhofcommission benützt, unter welchen sich auch eine Anzahl von Akten der Hofkanzlei aus der Zeit, da die Studienhofcommission temporär aufgelöst war (1. Jänner 1792 bis 20. Juni 1808) befanden; Kink I S. XV. Gerade in diese Zeit fällt eine bisher unbekannt gebliebene, hier einschlagende Verhandlung der Gesetzgebungshofcommission vom 1. Februar 1808; das Sitzungsprotokoll derselben und ein darauf basirter Vortrag von gleichem Datum (Referent Zeiller) befinden sich unter den Akten der Gesetzgebungshofcommission, und es läßt sich auf dieser Grundlage die bei Kink gegebene Darstellung theils ergänzen, theils berichtigen.

<sup>192)</sup> In Wien z. B. war letzteres allerdings erst seit der Mitte des achtzehnten Jahrhunderts der Fall. Vorher wurde an der juristischen Facultät nur kanonisches, später kanonisches und römisches Recht gelehrt, die Erlernung der einheimischen Rechtsgebräuche und Gesetze aber der Praxis (und allenfalls privaten Collegien) überlassen. Aschbach Geschichte der Wiener Universität im ersten Jahrhundert ihres Bestehens (Wien 1865) S. 302 f. 309 f.; Kink Geschichte I 1 S. 98, 389, 395; Kink Die Rechtslehre an der Wiener Universität (Wien, 1853) S. 41, 43. Sobald es aber dem Staate gelangt, den Anspruch durchzusetzen, daß die Universität „tandem praecipuum reipublicae recte gubernandae seminarium“ angesehen werde, daß ihr Unterricht dienen müsse „ad rempublicam probe administrandam atque alia civilia officia recte obeunda“, kann auch die Aenderung des Zustandes der Gesetzgebung nicht ohne Einfluß auf die Rechtslehre bleiben. In Oesterreich datiren die ersten derartigen Ansprüche des Staates aus der Mitte des sechzehnten Jahrhunderts. Kink Geschichte I 1 S. 258 ff., 425, 434, 466, 482 ff., 486, 548 ff., 583, 611, 617 f. Kink Rechtslehre S. 36, 61 ff., 74. Wahlberg die Reform der Rechtslehre an der Wiener Hochschule seit deren Umwandlung zu einer Staatsanstalt (S. A. aus der Wochenschrift für Wissenschaft, Kunst und öffentliches Leben. Wien 1865) S. 1 f.

<sup>193)</sup> S. oben Note 45.

<sup>194)</sup> Const. „Omne reipublicae“; darüber Zimmern Geschichte des römischen Privatrechtes (1826) I 1 S. 70. Rudorff Römische Rechtsgeschichte (1857) I S. 112.

<sup>195)</sup> In gleichem Sinne war durch eine Verordnung vom 8. März 1787 (Kink Geschichte I 1 S. 574 Note 772) angeordnet worden, daß beim Vortrag des römischen Rechts auch das allgemeine bürgerliche (Josephinische) Gesetzbuch, soweit es kundgemacht ist und nach und nach herauskommen wird, zum Unterrichte anzuwenden sei, und ebenso hatte in der am 24. August 1804 vorgenommenen neuen Eintheilung der Lehrfächer auch das Strafgesetzbuch über Verbrechen und schwere Polizeiiübertretungen und die bürgerliche Ge-

Am 26. September 1807<sup>196</sup>) erhielt der oberste Kanzler den Auftrag, zu berichten, ob das Lehramt des deutschen Staats- und Lehensrechtes, der Reichsgeschichte und des römischen Privatrechtes noch ferner beizubehalten sei und wann allenfalls das letztere aufzuhören habe. Während die unteren Behörden deutsches Staatsrecht und Privatrecht, Reichsgeschichte und Reichspraxis ohne weiters fallen lassen wollten, weil kein deutscher Staat mehr existire, das longobardische Lehenrecht mit dem bevorstehenden Erscheinen der österreichischen Lehenordnung ganz beseitigen, und das römische Recht nach dem Inslebentreten des bürgerlichen Gesetzbuches nur als freien Gegenstand lehren lassen wollten, trat die Hofkanzlei in ihrem Bericht vom 30. November 1807 für die Beibehaltung des römischen Rechtes ein, und wollte nur das deutsche Privatrecht und die Reichspraxis aufgeben, die übrigen Fächer dagegen als freie beibehalten wissen, „da die gegenwärtigen politischen Verhältnisse bisher nicht diejenige Consistenz erhalten haben, welche jede Abänderung der Dinge und Zurückführung derselben auf die alte Verfassung oder doch einen Theil derselben unmöglich machen.“ Die Hofkanzlei scheint aber ihre Anschauung bald geändert zu haben. Denn in der Gesetzgebungshofcommission<sup>197</sup>) konnte der Referent bereits hervorheben, daß der Director der Wiener juristischen Fakultät, die Landesregierung und die vereinigten Hofstellen darüber einig seien, daß

a) die Vorlesungen über deutsche Reichsgeschichte und deutsches Staatsrecht sofort,

b) jene über longobardisches und gemeines Lehenrecht nach dem Erscheinen der österreichischen Lehenordnung<sup>198</sup>) aufhören; dagegen

c) die Vorlesungen über römisches Recht nach Rundmachung des einheimischen Gesetzbuches in einem beschränkteren Umfang und Zeitraum gegeben werden.

Mit diesen Anträgen war auch die Hofcommission einverstanden, und zwar:

ad a) weil deutsches Staatsrecht und Reichsgeschichte, „wovon schon bisher nur höchst selten bei den österreichischen Gerichtshöfen ein Gebrauch vorkam,“ nach Erlöschung der Reichsverfassung gänzlich entbehrt werden können;

rechtsordnung Aufnahme gefunden (Kinf I S. 610 f. und Note 829). Da nun auch in Frankreich der Studienplan den Codificationen angepaßt wurde (Savigny S. 138 ff.) und in Preußen vor Vollendung des Landrechts ebenfalls die Absicht bestand, den Lehrvortrag über das Landrecht in die erste Reihe zu rücken und den Vortrag des römischen Rechtes nur noch als Nebensache für den Liebhaber oder Ausländer fortbestehen zu lassen — ein Plan, der freilich so überhaupt nie zur Ausführung gelangte (Koch Lehrbuch des preussischen gemeinen Privatrechtes 3. Aufl. 1857 I S. 15 S. 67 ff.) — so darf wohl angenommen werden, daß der Lehrvortrag über das bürgerliche Gesetzbuch auch dann und zwar auf Kosten der Lehrvorträge über das römische Recht zu seiner vollen Geltung gelangt wäre, wenn jene politischen Thatfachen des Jahres 1806 (Auflösung des römisch-deutschen Reiches) nicht eingetreten wären, deren Folge in Oesterreich „eine Abkehr von allem Fremden und Ausländischen und das Streben war, das specifisch Oesterreichische zur Geltung zu bringen.“ Für die Bestimmung der aus dem Lehrvortrag ganz auszuschleudenden Fächer war dagegen jene Thatfache allerdings entscheidend. Kinf I S. 611 ff. vgl. mit S. 519. Beides bekäftigen die erwähnten (Note 191) Altensprüche vom 1. Februar 1808.

<sup>196</sup>) Also zu einer Zeit, da die zweite Lesung des bürgerlichen Gesetzbuches sich ihrem Ende zuneigte. — Die folgenden Angaben stützen sich, insofern nicht andere Beweise beigebracht werden, auf Kinf I S. 613 ff., bes. Note 831, 832.

<sup>197</sup>) Die durch das Cabinetschreiben vom 24. Jänner 1808 zur Erstattung eines Gutachtens aufgefodert war. Protokoll vom 1. Februar 1808.

<sup>198</sup>) Diese Lehenordnung, die in den Berathungsprotokollen des bürgerlichen Gesetzbuches wiederholt erwähnt wird (insbesondere wird im Protokoll vom 13. Juni 1803 erwähnt, daß Professor v. Fölsch das Lehenrecht nach einem von dieser Hofcommission vor längerer Zeit erhaltenen Auftrage bearbeite, und wird zum Theil aus Rücksicht auf seine Arbeit die Berathung des Hauptstücks vom getheilten Eigenthum ausgesetzt) erlangte nie Gesetzeskraft; gleiches Schicksal hatten spätere Entwürfe. Damals (1808) erwartete man aber ein sehr baldiges Zustandekommen der Lehenordnung („noch in diesem Jahre“, Protokoll vom 1. Februar 1808). Vgl. noch Haimeri Quellen des böhm. Lehenrechtes (1847) S. 3.

ad b) weil Lehenstreitigkeiten, die aus dem gemeinen Recht zu entscheiden wären, schon bisher eine seltene Erscheinung waren und der Entwurf des österreichischen Lehenrechtes größtentheils nach dem gemeinen geformt sei. Es würde demnach genug sein, wenn der Lehrer des österreichischen Lehenrechtes noch durch einige Jahre bei den einzelnen Materien die wenigen wichtigeren Abweichungen angäbe;

ad c) mit dem Beginne der Geltung des ganz vollendeten<sup>199)</sup> einheimischen bürgerlichen Gesetzbuches werde das römische Recht zwar für die künftigen Fälle ganz außer Geltung treten;<sup>200)</sup> dennoch werde es dadurch nicht entbehrlich werden, denn die Sachenrechte (Vermögensrechte) werden<sup>201)</sup> noch geraume Zeit größtentheils nach römischem Recht beurtheilt werden müssen, da sie im Josephinischen Gesetzbuche, als welches nur Personenrecht enthalte, nicht geregelt seien; darum<sup>202)</sup> müsse auch ferner ein gründlicher öffentlicher Unterricht im römischen Recht erteilt werden. Allein in demselben Maße, in welchem künftig der Unterricht im vaterländischen Recht erweitert werden müsse, werde auch der im römischen Recht einzuschränken sein, namentlich<sup>203)</sup> insoweit das Gesetzbuch mit dem römischen Recht übereinstimme. Man werde nun überwiegend die Eigenheiten des römischen Rechtes ausheben und auf die Literatur verweisen müssen. Dazu aber werde in einem Jahrescurse eine Stunde täglich (also die Hälfte der bis dahin verwendeten Zeit) genügen.<sup>204)</sup> Jedenfalls werde man das österreichische Recht rein vortragen müssen, da Vergleichen nur Verwirrungen fördern würden.<sup>205)</sup> Wohl würde auch ein weiter gehender systematischer Unterricht im römischen Recht nützlich sein; aber nicht alles Nützliche müsse auf Staatskosten geschehen. Und darauf, daß ein solcher Unterricht für Fremde Bedürfnis sein könne, sei nicht Rücksicht zu nehmen.<sup>206)</sup> Universitäten seien bei uns von jeher<sup>207)</sup> nach dem Bedarf der Unterthanen, nicht nach einer „Handelsspeculation“<sup>208)</sup> geformt worden. Auch strebe man ja überall nach Beseitigung des römischen Rechtes durch Einführung neuer Gesetzbücher und lasse eigene Unterthanen, die im Auslande studirten, nur nach wiederholten Prüfungen zum Staatsdienste zu. —

Wie lange der beantragte abgekürzte Unterricht im römischen Recht nothwendig sein werde, hänge davon ab, wie lange die aus dem römischen Recht zu

<sup>199)</sup> Das Gesetzbuch war nach vollendeter zweiter Lesung am 19. Jänner 1808 dem Kaiser zur Sanction vorgelegt worden.

<sup>200)</sup> Der Vortrag vom 1. Februar 1808 betont energisch, daß die Absicht, das römische Recht ganz außer Wirksamkeit zu setzen, schon lange die maßgebende gewesen, und daß sie durch das Josephinische und westgalizische Gesetzbuch und ebenso in Preußen und Frankreich auch verwirklicht worden sei. Eine subsidiäre Geltung desselben neben dem neuen Gesetzbuche würde die bestehenden Uebelstände der Rechtsunsicherheit, Streitsucht und die Controversen nur vermehren. Und die neuen Gesetze würden ja nicht unvollständig sein, da durch sie die Casuistik auf allgemeine Regeln zurückgeführt sei, und §. 7 des neuen bürgerlichen Gesetzbuches erschöpfende Anweisung erteile.

<sup>201)</sup> Weil Gesetze nicht rückwärts wirken (Vortrag vom 1. Februar 1808).

<sup>202)</sup> Und weil das römische Recht die Grundlage aller neuen Gesetzbücher ist (Vortrag cit.). Vgl. Hef §. 15, 16, 59. Saimberger Zeitschr. f. östr. Rechtsgel. 1837. I S. 179 ff.

<sup>203)</sup> Das Folgende findet sich nur in dem Vortrag, nicht auch im Sitzungsprotokoll vom 1. Februar 1808.

<sup>204)</sup> Vgl. Hef, §. 40, 41.

<sup>205)</sup> Nicht ganz so Hef §. 46.

<sup>206)</sup> Umgekehrt betonte der Plan des preussischen Großkanzlers von Carmer (vgl. die oben Note 195 angeführte Stelle bei Koch), es sei nothwendig, daß die Ausländer Unterricht in dieser in ihrem Vaterlande geltenden Rechtstheorie fänden. Vgl. auch Kreittmayr I S. 74.

<sup>207)</sup> Das ist nicht ganz richtig. Die Rücksicht auf Herbeiziehung fremder Studenten war in früheren Zeiten oft genug betont worden. Vgl. z. B. die Daten bei Kink Rechtslehre S. 49, Wahlberg S. 10, 13, 14, 21, 30, 37.

<sup>208)</sup> Diesen Ausdruck hatte die Studienhofcommission schon 1785 von der Verfassung der Universität Göttingen gebraucht. Kink Rechtslehre S. 62, Wahlberg S. 39.

entscheidenden Rechtsfälle häufig vorkommen würden. Man könne etwa nach fünf Jahren die Frage wieder aufregen.<sup>209)</sup>

Die a. h. Resolution vom 8. März 1808 entschied, diesen Anträgen durchaus stattgebend,<sup>210)</sup> daß von den obengenannten Fächern nur römisches und allgemeines Lehenrecht einstweilen noch beizubehalten seien und betraute Zeiller mit der Ausarbeitung eines diesen Beschlüssen entsprechenden Studienplanes. Diese von ihm entworfene Studienordnung ist bis gegen das Ende des fünften Decenniums maßgebend geblieben. Ihr leitender Gedanke war der schon oben in den beiden hier zu Grunde gelegten Aktenstücken nachgewiesene: Es sei nur das zu lehren, was der austretende Jurist für seine praktischen Zwecke, namentlich für den österreichischen Staatsdienst brauchen könne.<sup>211)</sup> In Consequenz dieser Idee entfielen alle früher gelehrten geschichtlichen Fächer, wurde dem römischen Recht nur vorübergehende Pflege vergönnt<sup>212)</sup> und das Kirchenrecht auf ein Minimum reducirt.<sup>213)</sup> Die so entstehenden leeren Plätze wurden durch alle Theile der neuen einheimischen Legislation ausgefüllt. Erst vierzig Jahre später wurde, ohne an der Pflege der Lehrfächer des einheimischen Rechtes etwas abzubrechen, auch an den österreichischen Hochschulen die breite Basis der historischen Disciplinen wieder gewonnen.<sup>214)</sup>

### 3. Aenderungen des Geltungsgebietes des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches.

Das bürgerliche Gesetzbuch war durch das Patent vom 1. Juni 1811 für die gesammten deutschen Erbländer in ihrem damaligen Territorialbestand<sup>215)</sup> kundgemacht worden und in denselben am 1. Jänner 1812 in Wirksamkeit getreten. Als jene Theile des Reiches, die damals fremder Herrschaft unterworfen waren, in Folge der Pariser Verträge, der Wiener Congreßacte und der damit zusammenhängenden Tractate an Oesterreich zurückgelangten und das Reich zugleich eine Erweiterung seines Territorialbestandes erfuhr, erfolgte in den Jahren 1814—1820 auch in diesen Gebieten die Einführung des bürgerlichen Gesetzbuches, so daß es in denselben, wie sich mehrere der Einföhrungspatente kurz ausdrücken, „anstatt aller andern auf die Gegenstände dieses allgemeinen bürgerlichen Rechtes sich beziehenden Gesetze und Gewohnheiten allein zur Richtschnur dienen und eben die gesetzliche Kraft haben solle, die demselben durch Kundmachungspatent vom 1. Junius 1811 in den damals zur Oesterreichischen Monarchie gehörigen deutschen Erblanden beigelegt worden ist.“<sup>216)</sup> Dieselben

<sup>209)</sup> Protokoll vom 1. Februar 1808.

<sup>210)</sup> Der Gesetzgebungshofcommisslon lag in ihrer Sitzung vom 14. März 1808 eine a. h. Entschließung des Inhalts vor: „Diesem Antrage gemäß habe ich das Nöthige an die vereinigte Hofkanzlei erlassen.“

<sup>211)</sup> Vgl. besonders Wahlberg S. 2, 34, 38 f.; auch Heß S. 1—3.

<sup>212)</sup> Uebrigens ging man nie so weit, daselbe, wie Zeiller's Plan für eine spätere Zeit in Aussicht genommen hatte, gänzlich aus der Reihe der vorzutragenden Fächer zu beseitigen.

<sup>213)</sup> Heß S. 42—44.

<sup>214)</sup> Ein näheres Eingehen auf den Studienplan von 1810 wie auf den gegenwärtig geltenden ist nicht dieses Ortes. Ueber den ersteren vgl. Heß S. 35 ff., bei dem sich auch die (1813) vorgeschriebenen „Vorlesebücher“ angeben finden. Für die „positiven einheimischen Rechte“ wurde übrigens statt eines Vorlesebuches das Gesetz selbst zu Grunde gelegt. Heß S. 45 Note. Vgl. noch v. Stein Lehrfreiheit, Wissenschaft und Collegiengeb (Wien 1875).

<sup>215)</sup> Oben Note 190.

<sup>216)</sup> Die Wirksamkeit des Gesetzbuches begann:

Am 1. Juli 1814 in der Karlsstädter und Banal-Grenze;

Worte finden sich auch im Patent vom 23. März 1852, mit welchem das bürgerliche Gesetzbuch, nachdem die Stadt Krakau und ihr Gebiet an Oesterreich gefallen waren, daselbst vom Tage angefangen, „an welchem die neu zu organisirenden Gerichte ihre Wirksamkeit beginnen werden,“<sup>217)</sup> eingeführt, und damit das bis dahin in Geltung stehende französische Recht außer Anwendung gesetzt wurde.

Die Einführung des bürgerlichen Gesetzbuches in Krakau beruhte auf demselben Gedanken, in Kraft dessen das Gesetzbuch auch in den im zweiten Decennium des neunzehnten Jahrhunderts neu und wieder erworbenen Provinzen in Wirksamkeit gesetzt worden war — auf dem Gedanken der staatlichen Einheit der früher, und noch im Kundmachungspatent von 1811 und im officiellen Titel des Gesetzbuches sogenannten deutschen Erbländer.<sup>218)</sup> Dagegen beruhte die Einführung des Gesetzbuches in den von jeher den deutschen Erbländern entgegengesetzten ungarischen Ländern auf dem in „schweren Prüfungen“ energisch hervorgetretenen Gedanken, „alle Lande und Stämme der Monarchie zu einem großen Staatskörper zu vereinigen.“<sup>219)</sup> Damit war von selbst gegeben, daß das Augenmerk der Regierung auf Herbeiführung der Rechtseinheit der ungarischen mit den österreichischen Ländern, deren Herstellung schon Joseph II. anzubahnen getrachtet hatte,<sup>220)</sup> umsomehr gerichtet sein mußte, als bereits durch einen Akt der unga-

am 1. Mai 1815 in Krain und Oberkärnthen (Abelsberger, Laibacher, Neustädter und Villacher Kreis);

am 1. Juli 1815 in Vorarlberg und Nordtirol, mit Ausnahme des Amtes Bils, des Ziller- und Brienthales; worauf sich Pratobevera's (Materialien II S. 301, Anmerkung) Angabe, das Gesetzbuch sei auch im Triester Gouvernement am 1. Juli 1815 in Wirksamkeit getreten, stützt, erhellt nicht; doch folgt Stubenrauch Comm. I S. 5 der ersten, und S. 4 der zweiten Auflage dieser Angabe; ebenso findet sie sich bei Domin S. 253 und in der Tabelle der G. Z. 1855 Nr. 120 (hier mit Berufung auf Pat. 21. Jänner 1815, das aber auf den 1. October führt);

am 1. October 1815 in Görz, Istrien und Fiume und in Südtirol (in dem letzteren Landestheile darum nicht wie in Nordtirol am 1. Juli, weil der Druck der italienischen Uebersetzung noch nicht vollendet war; Winwarter, Handbuch der Gesetze und Verordnungen, 3. Auflage, Wien 1844), I S. 1;

am 1. November 1815 in den Bezirken Wieliczka und Podgorze;

am 1. Jänner 1816 im lombardisch-venetianischen Königreich und Dalmatien;

am 1. Februar 1816 in der Tarnopoler Landschaft (Tarnopoler und Czortkower Kreis);

am 1. October 1816 in den der Provinz Dalmatien zugetheilten Inseln Curzola, Lissa, Colomotta, Mezzo, Giupana, Meleba und Lagosta;

am 1. Jänner 1817 im Ziller- und Brienthal und dem Amte Bils in Tirol;

am 1. August 1817 in Salzburg, dem Saalkreis und den wiedererworbenen Parzellen des Hausrückkreises, endlich

am 1. Jänner 1820 in dem zum Königreich Illyrien gehörig gewesenen Karlsstädter Kreise. — Als jedoch durch Hofdecret vom 21. October 1822 (J. G. S. Nr. 1904) der jenseits der Save gelegene Theil von Civilcroatien und das ungarische Küstenland dem Königreich Ungarn einverleibt wurden, hörte die Geltung des bürgerlichen Gesetzbuches vom 2. November 1822 ab im Karlsstädter Kreise und in Fiume wieder auf. Vgl. die quellenmäßigen Belege zu den Daten dieser Note bei Michel Handbuch I S. 11, Stubenrauch (2. Auflage) I S. 4, Allg. österr. G. Z. 1855 Nr. 120.

<sup>217)</sup> Dieser Tag war der 29. September 1855. Verordnung des Justizministeriums vom 29. Juni 1855 (R. G. Bl. Nr. 117). Rückfichtlich des Ehrechtes war übrigens das bürgerliche Gesetzbuch in Krakau schon am 20. April 1852 in Wirksamkeit gesetzt worden, und kam das Gleiche auch seinerzeit in Dalmatien und den Bezirken von Wieliczka und Podgorze vor. Vgl. die einschlägigen Gesetze bei Michel I Nr. 180 ff.

<sup>218)</sup> Vgl. das Hofdecret vom 22. Februar 1822 (J. G. S. Nr. 1845, abgedruckt auch bei Winwarter Handbuch I S. 2 f.), wonach dieser Termin schon 1813 aufgegeben worden war. Dazu oben Note 177.

<sup>219)</sup> Thronbefestigungsmantifest des Kaisers Franz Joseph I. vom 2. December 1848 (R. G. B. 1849 Nr. 1).

<sup>220)</sup> S. oben Note 90, 91.

rischen Gesetzgebung feierlich anerkannt war, es bestesse das Bedürfniß nach einer Codification des Privatrechtes und zwar auf Grundlagen, die von denen des bis dahin in Geltung gestandenen Rechtes vollständig abwichen.<sup>221)</sup> War aber einmal — und dies war durch die Gesetzesartikel von 1847/8 entschieden geschehen — mit den drei Hauptprincipien der älteren ungarischen Gesetzgebung: der *Witticität*, der ausschließlichen Besitzfähigkeit der Adelligen in Ansehung unbeweglicher Güter und der Unterthanschaft des Bauernstandes gebrochen,<sup>222)</sup> so konnte die Ordnung der Privatrechtsverhältnisse auf zeitgemäßen Grundlagen, selbst abgesehen von dem Werthe der Rechtseinheit in der ganzen Monarchie, gar nicht einfacher und leichter erzielt werden, als durch die Einführung der österreichischen Gesetzgebung.<sup>223)</sup> Die Beilage des a. h. Cabinetsschreibens vom 31. December 1851<sup>224)</sup> Punkt 33 verfügte denn auch: „Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch soll als das gemeinsame Recht für alle Angehörige des österreichischen Staates auch in jenen Ländern, in welchen es dormalen noch nicht Geltung hat, nach und mit den angemessenen Vorbereitungen, dann mit Beachtung der eigenthümlichen Verhältnisse derselben . . . eingeführt werden.“ In Ausführung dieses Grundsatzes erfolgte durch Patent vom 29. November 1852 (R. G. B. Nr. 246) die Einführung des bürgerlichen Gesetzbuches in den Königreichen Ungarn, Kroatien und Slavonien, der Wojwodschafft Serbien und dem Temescher Banat, und trat dasselbe in diesen Ländern am 1. Mai 1853 in Wirksamkeit; ebenso wurde es in Siebenbürgen mittelst Patentes vom 29. Mai 1853 (R. G. B. Nr. 99) eingeführt und trat daselbst am 1. September 1853 in Wirksamkeit.<sup>225)</sup> Hiernach galt seit dem Beginn seiner Geltung in Krakau das bürgerliche Gesetzbuch als Hauptquelle des allgemeinen Privatrechtes in dem ganzen Territorialumfang des österreichischen Kaiserstaates.<sup>226)</sup>

Die so geschaffene Rechtseinheit dauerte jedoch nur wenige Jahre. Die österreichische Gesetzgebung war und blieb in Ungarn<sup>227)</sup> von der Bevölkerung

<sup>221)</sup> Ungarischer Gesetzartikel von 1847/8 XV §. 1: „Das Ministerium wird auf Grund der gänzlichen und vollkommenen Aufhebung der *Witticität* das Civilgesetzbuch ausarbeiten und den Entwurf dieses Gesetzbuches dem nächsten Landtage unterbreiten.“ — Ueber die Quellen der älteren ungarischen und siebenbürgischen Rechte vgl. v. Schuler-Libloy *Siebenb. Rechtsgeschichte* (zweite Auflage, Hermannstadt 1867) I S. 70 ff.; v. Sachsenheim das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch . . . verglichen mit dem siebenbürgischen Civilrechte S. 5 ff. Stubenrauch (1. Auflage) I S. 6 f.

<sup>222)</sup> In den ständischen Statuten waren freilich auch früher schon modernere Principien zur Geltung gelangt, und das Eigenlandrecht der siebenbürger Sachsen beruhte von Hans aus auf dem Grundgedanken der durchgängigen rechtlichen Freiheit und persönlichen Gleichstellung aller Bürger und der Freiheit des Grundeigenthums sowohl von der Herrschaft eines Grundherrn als dem Verbande der *Witticität*. Sachsenheim S. VIII ff.

<sup>223)</sup> In Siebenbürgen, wo „die drei ständischen Nationen auf einem Areal von 1054 Quadratmeilen drei Staaten im Staate“ bildeten, war zudem der Wunsch nach Einführung des bürgerlichen Gesetzbuches wenigstens Seitens der sächsischen Nation wiederholt lebhaft ausgesprochen worden. Sachsenheim S. XXXV ff. — Vgl. noch A. D(a)ußer das ungarische Civil- und Strafrecht nach den Beschlüssen der Juber-Curial-Conferenz. Wien 1861. S. 1 f., der, im Ganzen richtig, auch die Härte hervorhebt, die in dieser Aneignung des Rechtszustandes gelegen war.

<sup>224)</sup> R. G. B. 1852 Nr. 4 (Grundsätze für organische Einrichtungen in den Kronländern des österreichischen Kaiserstaates).

<sup>225)</sup> Vgl. Stubenrauch in der allgemeinen österreichischen Gerichtszeitung 1852 Nr. 147; 1853 Nr. 1—5. In den officiellen Ausgaben sowohl für Ungarn als für Siebenbürgen ist ein Anhang beigelegt, enthaltend 86 (bezw. 83) der seit der ersten Kundmachung des Gesetzbuches erlassenen darauf bezüglichen Verordnungen.

<sup>226)</sup> Ueber gewisse Beschränkungen seiner Geltung in den ungarischen Ländern (insbesondere Eherecht) s. unten.

<sup>227)</sup> Die Abtretung der Lombardei und Venetiens (1859, 1866) beschränkte zwar das Geltungsgebiet des Gesetzbuches, war aber für die Rechtseinheit Oesterreichs ohne Bedeutung.

unfreundlich angesehen.<sup>228)</sup> So einleuchtend es war, daß der Rechtszustand Ungarns durch diese Gesetze einen kaum hoch genug zu schätzenden Fortschritt gemacht hatte, und daß weder eine dauernde Rückkehr zu den antiquirten älteren Gesetzen und Rechtsgewohnheiten, noch auch eine, sei es auch nur halbwegs befriedigende, provisorische Regelung des Rechtszustandes in der von nationalen Stimmen verlangten Eile möglich sei — die durch den Umschwung der Dinge in Ungarn<sup>229)</sup> zur Führung gelangten Mächte glaubten vor Allem das zerflören zu müssen, was sich als Ausdruck einer trotz des Octoberdiploms noch immer fortdauernden Staatseinheit deuten ließ. So wies denn das Octoberdiplom (Punkt III) die Justizgesetzgebung in den zur ungarischen Krone gehörigen Königreichen und Ländern der Erledigung durch die betreffenden Landtage im Sinne ihrer früheren Fassungen zu, ein gleichzeitiges a. h. Handschreiben an den Grafen Rechberg sprach den Entschluß aus, die königliche Curie<sup>230)</sup> unter dem Vorsitz des Judex Curiae wieder einzusetzen, drei Monate später wurde die Auflösung der ungarischen Abtheilung des k. k. Obersten Gerichtshofes und des Obersten Urbarralgerichtes vom 1. Februar 1861 an verfügt und die königlich-ungarische Septemviraltafel neu organisirt. Am 22. Jänner 1861 eröffnete der Judex Curiae in Pesth die aus den Mitgliedern der Septemviraltafel und einigen anderen angesehenen ungarischen Juristen zusammengesetzte Conferenz zur Regelung der ungarischen Justizpflege („Juder-Curial-Conferenz“). Ihre Aufgabe war die Wiederherstellung der selbständigen Justiz Ungarns, jedoch ohne hiedurch die Sicherheit des Besitzes und die Continuität und Beständigkeit der privatrechtlichen Verhältnisse zu gefährden. Von ihren in achtzehn Sitzungen<sup>231)</sup> gefaßten Beschlüsse beziehen sich dreiundzwanzig kurze Paragraphen auf den materiellen Theil des „bürgerlichen Privatrechtes“; sie stellen „die ungarischen materiellen bürgerlichen Privatgesetze“ wieder her, jedoch mit einigen „durch den öffentlichen Credit, die Rechtscontinuität und die Erfordernisse der Lage bedingten Nachträgen;“ diese Aenderungen des alten Rechtes betreffen zum größten Theile das Erbrecht, und belassen einige Bestimmungen des Avocitätspatentes, vom 29. November 1852, insbesondere aber alle jene Anordnungen des bürgerlichen Gesetzbuches „in Wirklichkeit, welche in Verbindung mit der Grundbuchsordnung vom 15. December 1855 stehen und die Art der Erwerbung oder Veräußerung einer einen Grundbuchsgegenstand bildenden Sache bestimmen;“ außerdem wurden „die aus der Verschiedenheit der Religion fließenden, unter der Herrschaft der österreichischen Gesetze erweiterten bürgerlichen Privatrechte in ihrem gegenwärtigen Zustande belassen“ und endlich „erklärt, daß auch die Geisteserzeugnisse ein solches Eigenthum bilden, welches unter dem Schutze des Gesetzes steht.“ Im Uebrigen sollten nach diesen Beschlüssen das bürgerliche Gesetzbuch und die zu demselben erlassenen späteren österreichischen Gesetze außer Geltung treten.<sup>232)</sup>

Die Beschlüsse der Conferenz<sup>233)</sup> kamen durch den Judex Curiae als Gesetzesvorschlag an den Landtag, der sie zwar constitutioneller Bedenken wegen nicht als Gesetz annahm, dennoch aber (22. Juni und 1. Juli 1861) erklärte, daß sie bis zur Ermöglichung der Schaffung neuer Gesetze angewendet werden könnten. Da die königliche Sanction in vorhinein zugesichert war, die Curie

<sup>228)</sup> A. D (ausßer) a. a. D. S. 2.

<sup>229)</sup> Diplom vom 20. October 1860.

<sup>230)</sup> Bestehend aus der Septemviral- und der königlichen Tafel. Domin S. 28, 89, 185.

<sup>231)</sup> Der Schluß der Conferenz erfolgte am 4. März 1861.

<sup>232)</sup> Vgl. Domin S. 27 ff.

<sup>233)</sup> Ueber das folgende vgl. Dauscher Handbuch des gerichtlichen Verfahrens in und außer Streitfachen für Ungarn und Siebenbürgen auf Grundlage der neuen ungarischen Civilproceßordnung. Wien 1869 S. 22 f.

am 23. Juli 1861 erklärte, daß sie diese Beschlüsse anwenden werde, und dieselben sogar von vielen autonomen Gerichten schon seit dem 1. Mai 1861<sup>234)</sup> angewendet worden waren, so erlangten diese Beschlüsse trotz der zweifelhaften Correctheit ihres Zustandekommens<sup>235)</sup> eine Geltung nach Art wirklicher Gesetze.<sup>236)</sup>

Anders steht die Sache in Ungarns Nebenländern. In Ansehung Siebenbürgens bestimmte schon ein a. h. Handschreiben vom 21. December 1860, daß im Interesse der Sicherheit des Besitzes und der Stetigkeit der Privatverhältnisse alle Bestimmungen des bürgerlichen (und Straf-) Rechtes insolange in voller Wirksamkeit zu bleiben haben, als nicht in Betreff derselben im Wege der Gesetzgebung Veränderungen vereinbart werden. Letzteres ist seither in mehrfachen Beziehungen geschehen, und da die zahlreichen und tiefgreifenden Aenderungen, welche die österreichische Gesetzgebung seit dem Jahre 1861 in Ansehung des bürgerlichen Rechtes getroffen hat,<sup>237)</sup> für Siebenbürgen selbstverständlich

<sup>234)</sup> Als dem Tage, an welchem die Wirksamkeit der k. k. Gerichtsbehörden endete.

<sup>235)</sup> Die Correctheit gemessen an dem Maßstabe der Regel, daß ein von den gesetzgebenden Factoren abgelehnter Gesetzentwurf doch nicht füglich die Geltung eines Gesetzes beanspruchen kann.

<sup>236)</sup> In Wahrheit blieb allerdings die factische Anwendung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches auch in Ungarn eine viel weiter gehende, als man nach dem Inhalt der Suber-Curial-Beschlüsse meinen möchte, wie das ja auch bei der Lückenhaftigkeit des wieder eingeführten ungarischen Rechtes nicht anders zu erwarten war. (Rentmeister in Saim erl's Oesterreichischer Vierteljahresschrift XVII Nr. XI besonders S. 262, 263 f., Paul Hoffmann allgemeine österreichische Gerichtszeitung 1865 Nr. 31, 32.) Bisher aber blieben die Stimmen vereinzelt, die da riefen (Hoffmann a. a. D.), nun „freiwillig mit Freuden anzunehmen, was man aufgezwungen mit Haß zurückgewiesen hatte“ (Unger die Verlassenschaftsabhandlung in Oesterreich. Wien 1862 S. 1); sie wurden von jenen übertränbt, die nach einer ganz aparten, specifisch magyarischen Codification verlangten. Von diesem „blinden politischen und nationalen Eifer“ sind noch erfüllt die Schriften von Carl Puz: Beiträge zur Geschichte des ungarischen Privatrechts 1869; System des ungarischen Privatrechts 1870; Zur Frage der Rechtsreception und Codification in Ungarn, 1872. Vgl. über diese Machwerke Pfaff in der Krit. V. J. Schr. XIII S. 275 ff. und in Grünhut's Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart I S. 228 ff.

<sup>237)</sup> Die wichtigsten Aenderungen dieser Art beruhen auf der sogenannten Strafvollstreckung vom 15. November 1867 (R. G. B. Nr. 131); dem Gesetze vom 27. Juni 1868 (R. G. B. Nr. 79: Erbfolge in Bauerngütern); dem Gesetze vom 14. Juni 1868 (R. G. B. Nr. 62: Aufhebung der Wuchergesetze); dem Gesetze vom 13. Juni 1868 (R. G. B. Nr. 61: Erfordernisse der Errichtung eines Familiensidecommisses); dem Gesetze vom 25. Mai 1868 (R. G. B. Nr. 47: Restauration des Eherechtes des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches) und den damit zusammenhängenden Gesetzen vom 31. December 1868 (R. G. B. Nr. 3 und 4 von 1869: Veröhnungsversuch und Eheschließung zwischen Angehörigen verschiedener Confessionen) und vom 9. April 1870 (R. G. B. Nr. 51: Eheschließungen von Personen, welche keiner gesetzlich anerkannten Kirche angehören); dem Gesetze vom 30. Mai 1869 (R. G. B. Nr. 93: Wasserrecht); dem Gesetze vom 5. März 1869 (R. G. B. Nr. 27: Haftung der Eisenbahnen für körperliche Verletzungen und Tödtungen); dem Gesetze vom 6. Februar 1869 (R. G. B. Nr. 18: Grundbücherliche Zertheilung von Liegenenschaften); der Concurordnung vom 25. December 1868 (R. G. B. Nr. 1 von 1869); der Grundbuchordnung vom 25. Juli 1871 (R. G. B. Nr. 95) und den sich auf sie beziehenden weiteren Gesetzen: der Notariatsordnung und dem Gesetze über das Erforderniß notarieller Errichtung gewisser Geschäfte, vom gleichen Datum (R. G. B. Nr. 75, 76); dem Gesetze über Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vom 9. April 1873 (R. G. B. Nr. 70); dem Gesetze über die Anlegung von Eisenbahnbüchern vom 19. Mai 1874 (R. G. B. Nr. 70); den Gesetzen vom 24. März 1874 (R. G. B. Nr. 48, 49) über die Wahrung der Rechte der Besitzer von Pfandbriefen und die gemeinsame Vertretung der Rechte der Besitzer von auf Inhaber lautenden oder durch Indossament übertragbaren Theilschuldverschreibungen und die bücherliche Behandlung der für solche Theilschuldverschreibungen eingeräumten Hypothekrechte; dem Gesetze vom 28. März 1875 (R. G. B. Nr. 37), betreffend die Wirksamkeit und Löschung der in die öffentlichen Bücher eingetragenen Familieneinstandsrechte, und dem Gesetze vom gleichen Datum (R. G. B. Nr. 49) über die Verjährung des aus gewissen Staatsschuldverschreibungen entspringenden Verzinsungsanspruches. — Verhält-

nicht gelten, so weicht das in Siebenbürgen geltende bürgerliche Recht bereits sehr vielfach von dem in Oesterreich in Geltung stehenden ab. Trotzdem ist aber noch zur Stunde das bürgerliche Gesetzbuch im Ganzen die Grundlage des in Siebenbürgen geltenden Privatrechtes. Und ganz Aehnliches gilt auch von Croatien und Slavonien.<sup>235)</sup>

Nicht mit der Frage nach der territorialen Geltung des Gesetzbuches hängt es zusammen, daß dasselbe verbindende Kraft hat für den Militärstand und für die zum österreichischen Militärkörper gehörigen Personen seit 1. Jänner 1812,<sup>239)</sup> ferner für die in den Gebäuden der Deutschen Ordenscommende zu Frankfurt a. M. wohnenden österreichischen Untertanen,<sup>240)</sup> sowie für die österreichischen Untertanen und Schutzgenossen im osmanischen Reiche.<sup>241)</sup> Wohl aber hängt mit der territorialen Geltung des Gesetzbuches der Satz zusammen, daß ein österreichisches Kriegsschiff überall, ein österreichisches Handelsschiff aber in Meeresstheilen, die nicht fremder Staatshoheit unterworfen sind, als ein Theil des österreichischen Staatsgebietes angesehen wird, und die auf demselben sich vollziehenden privatrechtlichen Thatfachen daher juristisch so in Betracht kommen, als seien sie im österreichischen Staatsgebiete vorgegangen.<sup>242)</sup>

nismäßig viel weniger tiefgreifend als diese der neuesten Zeit angehörigen Veränderungen waren jene, die während der ersten fünfzig Jahre der Wirksamkeit des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches an demselben vorgenommen worden waren. Die bedeutendsten derselben lassen sich in dem Anhang zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch für Ungarn mit einem Blicke übersehen. Dazu kam noch die — jetzt wieder rückgängig gewordene — Einführung der Kirchengesetze für Eben der Katholiken.

<sup>235)</sup> Ueber die Geltung des bürgerlichen Gesetzbuches in dem bairischen Amte Nedwitz und den 1846 an Bayern abgetretenen Orten des sogenannten Freischbezirkes vgl. Arnolds Gesammelte civil. Schriften III S. 145, Roth Bayrisches Civilrecht (Lüdingen 1871) I S. 16; im fürstlich Rechtenstein'schen souveränen Fürstenthum Baduz s. Hofdecret vom 13. Februar 1818 (S. G. S. Nr. 1418).

<sup>239)</sup> Kundmachungspatent von 1811 Abf. 7; Hofkriegsräthliche Circularverordnung vom 17. Juli 1811 C. 1015.

<sup>240)</sup> Und zwar sind als solche (eigenthümlicherweise) zu betrachten „alle in wirklichen Diensten des deutschen Ordens stehenden und zugleich in dem Ordensgebäude zu Frankfurt wohnenden Personen und ihre Angehörigen, insoferne Letztere nach österreichischen Gesetzen dem Gerichtsstande des Familienhauptes folgen.“ Alle diese Personen sind in Civilsachen (und auch in vielen anderen Beziehungen) „den in Oesterreich unter der Enns geltenden Gesetzen“ unterworfen. Justiz-Hofdecret vom 26. November 1836 und 25. October 1842 (letzteres nur betreffend die mit der Ausübung der Jurisdiction betrauten Organe) — Justizgesetzsammlung Nr. 651. Abgedruckt bei Winwarters Handbuch I S. 36 ff. und theilweise bei Michel Handbuch I Nr. 2.

<sup>241)</sup> Kaiserliche Verordnung vom 29. Jänner 1855 (R. G. B. Nr. 23) §§. 8, 9. Ministerialverordnung vom 31. März 1855 (R. G. B. Nr. 58) §. 13. Hiernach haben die Consulargerichte in bürgerlichen Rechtsfällen bei der Entscheidung über die ihnen zugewiesenen Rechtsangelegenheiten das bürgerliche Gesetzbuch und die hiezu erlassenen nachträglichen Verordnungen (aber auch die zum Militärprivatrecht gehörenden besonderen Gesetze) zu beobachten, „sofern nicht a) ein besonderes allgemein anerkanntes Gewohnheitsrecht oder kundgemachte besondere Anordnungen eine andere Bestimmung festsetzen, oder b) es in dem Gerichtsbezirk des Consulargerichtes an denjenigen Einrichtungen oder thatsächlichen Verhältnissen fehlt, welche die Anwendung des österreichischen Gesetzes voraussetzt.“ Diese Ausnahmen sind (abgesehen von der das Gewohnheitsrecht betreffenden — worüber unten) wohl selbstverständlich. — Eine Abweichung von dem Grundsatz des Textes gilt nun für Aegypten. Gesetz vom 20. Jänner 1875 (R. G. B. Nr. 12), kaiserliche Verordnung vom 18. December 1875 (R. G. B. Nr. 154). Berggruen Die Justizreform in Aegypten in Grünhut's Zeitschrift II S. 387 ff.; L. Neumann ebenda S. 797 ff.

<sup>242)</sup> Dieser völkerrechtliche Satz (Hefter Das europäische Völkerrecht der Gegenwart, §§. 78, 79) ist theils theils gerabzu anerkannt, theils wird seine Geltung vorausgesetzt im Edicto polit. di navigazione vom 25. April 1774 Art. II §. 21, in der Veilage zum Hofdecret vom 19. August 1826 (S. G. S. Nr. 2215), Hofkriegsr. Verordnung v. 13. Juni 1833 F. 690 (Mil. Ges. S. Nr. 50) §. 95 Str. G. B. Vgl. v. Egger Zeitschrift für österreichische Rechtsgel. 1829 I S. 252 ff.; Stubenrauch Commentar I (2. Aufl.) S. 36; Unger System I S. 111.

#### 4. Würdigung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches.

Das Ziel, welches durch die Codification erreicht werden sollte,<sup>243)</sup> war kurz und bestimmt bezeichnet schon in den Instructionen von 1753 und 1772.<sup>244)</sup> Sehr ausführlich spricht sich darüber und über die angewendeten Mittel die Rede aus, welche Zeiller am 21. December 1801 zu Beginn der ersten Lesung hielt, und noch eingehender die Veilage zum Vortrage vom 19. Jänner 1808, mit welchem nach vollendeter zweiter Lesung die Sanction des Kaisers für das Gesetzbuch erbeten wurde.<sup>245)</sup> Beide Aktenstücke enthalten so Manches, was in unseren Tagen von Redactoren von Gesetzbüchern<sup>246)</sup> entweder nicht gebilligt, oder als selbstverständlich mit Stillschweigen übergangen werden würde, in jener Zeit aber, weil einen Fortschritt bezeichnend, wohl am Platze war. Es soll daher, da es zur Würdigung des Gesetzbuches unerlässlich ist, auch hier seine Stelle finden.<sup>247)</sup>

Daß der in den lebhaftesten Farben geschilderte unerquidliche Rechtszustand<sup>248)</sup> einer radicalen Reform bedürftig, daß diese nicht anders als durch ein vollständiges einheimisches Gesetzbuch<sup>249)</sup> unter Beseitigung der ferneren Geltung

<sup>243)</sup> Vgl. auch das Rundermachungs-patent von 1811 N. 1. Dieses Ziel stimmt auch mit den officiell angegebenen Zielen der preussischen Codification (Instr. von 1780, Publ. Pat. von 1791) in den meisten Punkten überein. Dernburg I S. 11.

<sup>244)</sup> Oben S. 10 und 15 f. Zeiller Jährlicher Beitrag S. 20, 23 f.; Commentar I S. 7 ff.

<sup>245)</sup> Das Verhältniß von Zeiller's Aufsatz im Jährlichen Beitrag I S. 1—70 zu diesen beiden Vorträgen ergibt sich schon aus der Zeit seines Erscheinens (1806). Zum Theil beruht er auf dem Vortrag von 1801, mit welchem ganze Seiten fast wörtlich übereinstimmen, zum Theil ist umgekehrt er die Grundlage des Vortrages von 1808, welcher letzterer übrigens weit ausführlicher ist, und namentlich eine Parallele zwischen dem römischen Recht, dem Josephinischen Gesetzbuch, dem allgemeinen Landrechte, dem Code Napoleon und dem österreichischen Gesetzbuche durchführt, die in dem Aufsatze von 1806 fehlt. Die nämlichen Arbeiten liegen auch Zeiller's kürzeren Angaben im Commentar I S. 1—26 zu Grunde. Es verdient, bemerkt zu werden, daß Zeiller oft mit den in der „Einleitung zu dem Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches“ von Portalis (oben Note 40) gegebenen Ausführungen übereinstimmt.

<sup>246)</sup> Vgl. z. B. Arnolds Vortrag über Entwerfung eines bürgerlichen Gesetzbuches für Baiern (Gesammelte civ. Schriften III S. 256 ff.); die Einleitung zu den Motiven des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Großherzogthum Hessen (Darmstadt 1842) S. 2—8 (darüber und über die kurze Vorbemerkung zum Züricher Entwurf Arnolds Civ. Schr. III S. 284 ff.; über die diesfälligen den sächsischen Entwurf vom 1853 betreffenden Arbeiten Arnolds a. a. D. S. 389 ff.); Hausser Die Entwicklung der Reichsgesetzgebung über das bürgerliche Recht und der Plan sowie die Methode für die privatrechtliche Codification (Separatdruck aus der „Zeitschrift für Reichs- und Landesrecht“) S. 307 ff., 327 ff.

<sup>247)</sup> Die im Text und den Noten dieses Abschnittes (4) unter Anführungszeichen folgenden Citate sind, wosfern keine andere Quelle angegeben ist, diesen beiden Vorträgen entnommen.

<sup>248)</sup> Das römische Recht sei unendlich controvers und passe nicht mehr für die veränderten Zustände der Gegenwart; auch sei sein Ansehen durch mannigfaltige Umstände sehr gesunken; das einheimische Gewohnheitsrecht sei von Haus aus schwankend und unsicher; die älteren und neueren einheimischen Gesetze endlich würden bei dem schlechten Zustande der Registraturen und dem Mangel einer ordentlichen Sammlung nicht einmal von den Behörden gehörig im Andenken gehalten. Das Ergebniß sei, daß die einer aequitas cerebrina folgende Willkür der Richter in der Rechtspflege maßgebend geworden sei. Vgl. Kreittmayr I S. 65 ff. und oben Note 23.

<sup>249)</sup> Mit ihrem naturrechtlichen Standpunkt, der da postulirte, „das Recht sei kein Machwerk der Menschen und die Machthaber seien keine Rechtsschöpfer, keine Rechtsgeber, alle Rechte gebe ursprünglich die Vernunft“, wußten die Redactoren die schon vor Jahrhunderten bei Gelegenheit anderer Codificationsarbeiten hervorgetretene und seither praktisch festgehaltene (Sarrajowsky S. 4 f., 59 f. vgl. Grenef theatr. jurisd. austr. (1752) S. 83 §. LXI. Egger Natürl. öffentl. Recht (1809) I S. 67 ff.) Anschauung (deren Unrichtigkeit erst die historische Schule nachgewiesen hat, Arnolds Civ. Schriften III S. 125), daß nur dem Staatsoberhaupte die Macht zukomme, Rechtsregeln aufzustellen, dadurch zu vereinigen, daß

des gemeinen Rechtes zu erreichen sei, und daß der Hauptzweck dieses Gesetzbuches der sei, „den Bürger über Recht und Unrecht im voraus zu belehren, ihn vorsichtig zu machen und vor Schäden zu bewahren“ — das waren die Sätze, von denen die Redactoren des Jahres 1801 als nunmehr feststehenden<sup>250)</sup> ausgehen konnten. Die Mehrzahl der Eigenschaften, mit denen ihrer Meinung nach ein gutes bürgerliches Gesetzbuch ausgestattet sein müsse,<sup>251)</sup> — sie sprechen von Eigenschaften der inneren und äußeren Güte (des Inhaltes und der Form) — ergibt sich lediglich aus dem bezeichneten Hauptzweck.

Die innere Güte eines Gesetzbuches besteht hienach in der Gerechtigkeit. Diese fordert:

1) Daß durch die Gesetze die Freiheit der Unterthanen nicht ohne Noth beschränkt werde.<sup>252)</sup>

Wie das Staatsoberhaupt als „das mittelst der Staatsverbindung gewählte sichtbare Organ der Vernunft“, als den „anwendenden Erklärer der rechtlichen Vernunft“ bezeichnet, der, wenngleich ohne alles alle Rechte „von dem Urheber der Natur, von dem höchst vernünftigen Wesen Jedem durch die Vernunft und das Rechtsgefühl verkündigt“ seien, in der bürgerlichen Vereinigung „die Rechte durch Gesetze verkündigt, ihre Ausübung erleichtert, sie gegen Angriffe sichert, bei Streitigkeiten über Recht und Unrecht entscheidet und das Entscheidungsurtheil vollzieht.“ Dieselbe Auffassung in einem phrasenhaften Satze gipfelnd, bei Portalis S. 187: „Gesetze sind keine Aussprüche reiner Willkür, sondern Aussprüche des Verstandes, der Gerechtigkeit und Weisheit. Das Amt des Gesetzgebers ist nicht sowohl obrigkeitlich als priesterlich.“

<sup>250)</sup> Nicht alle diese Sätze waren während der früheren Codificationsarbeiten außer Streit; insbesondere schwankte man über die Frage, ob dem römischen Recht noch neben dem bürgerlichen Gesetzbuche subsidiäre Geltung belassen werden solle (s. bei A. 4 des Rundmachungspatentes), und in Ansehung der Provinzialrechte wurde erst nach der Publication des Gesetzbuches jene Consequenz gezogen, die eine selbstverständliche hätte sein müssen, wenn das Gesetzbuch ein wirklich „vollständiges“ sein sollte. Ebenso war seit der Instruction von 1772, welche die Redactoren anwies, sich nicht an die römischen Gesetze zu binden, sondern überall die natürliche Billigkeit zu Grunde zu legen, der privatrechtliche Stoff, aus welchem für den Aufbau des Gesetzbuches geschöpft werden durfte, ein geradezu unbegrenzter — während die ersten Redactoren (1753) es noch für nöthig hielten, eigene Grundsätze für die Fälle aufzustellen, als sich Collisionen zwischen geschriebenem und Gewohnheitsrecht oder zwischen den Sonderrechten der einzelnen Länder ergaben, und damals nur die verbleibenden Lücken aus dem Naturrecht ausgefüllt werden sollten. Farrafowsky S. 61 f., 64.

<sup>251)</sup> (Ebenso Egger a. a. O. S. 75 ff., aber schon gestützt auf Zeiller.) An dem nämlichen Maßstab, den die Redactoren an ihre eigene Arbeit legen, prüft der Vortrag von 1808 auch den Werth des römischen Rechtes, des allgemeinen Landrechtes und des Code Napoleon im Ganzen wie im Einzelnen. Das Urtheil der Gegenwart weicht kaum in irgend einem wesentlichen Punkte von dem Zeiller's ab — selbst nicht in Rücksicht des scharfen Urtheils über das römische Recht, denn scharf ist dieses Urtheil nur, insofern ihm das corpus juris als Gesetzbuch unterworfen wird.

<sup>252)</sup> Auf diesen Gesichtspunkt wird zurückgeführt die Giltigkeit aller Geschäfte, die weder die öffentlichen, noch die Privatsicherheit gefährden, die Verminderung überflüssiger Formvorschriften, die Zurückweisung der Rechte der Gatten, Eltern, Vormünder, Diensten und Grundherren in ihre richtigen Grenzen. — Es begreift sich, daß die Redactoren in ihrem Streben, diesem ersten Postulat zu genügen, allenthalben mit dem Naturrecht operiren, dessen „praktische und politische Bedeutung“ ja wesentlich die war, „an die Stelle engherziger Beschränkung das Princip der freien Bewegung und der ungehinderten Entfaltung der Kräfte zu setzen.“ Unger System I S. 497 Note 30. Vgl. Sonnenfels's Grundsätze der Polizei, Handlung und Finanzwissenschaft I (dritte Auflage. Wien 1770) S. 73—78. Martini Lehrbegriff des Natur-, Staats- und Völkerrechts (Wien 1783) I §. 241. — Von diesem Gesichtspunkte aus wurden so manche Bestimmungen des westgalizischen Gesetzbuches und selbständig eingebrachte Anträge bei den Berathungen verworfen; so z. B. das im westgalizischen Gesetzbuche (II §. 255) noch anerkannte Recht des unschällichen Gebrauches und die damit vermeintlich im Zusammenhang stehende actio ad exhibendum; die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wurde (§. 1450) beseitigt, weil sie nach philosophischen Grundsätzen „ein Unbeing“ sei, denn wer nach Rechtsgrundsätzen ein Recht erworben habe, werde durch dieses Institut ohne Verschulden und ohne zufälligen Untergang dieses Rechtes nach Rechtsgrundsätzen wieder entsetzt; der Antrag, Personen, die an fallender Sucht, Manie oder Tollstinn und Pobagra leiden, die Ehe ganz zu untersagen, wurde, trotzdem Sonnenfels ihn im Naturrecht begründet fand, abgelehnt, als Zeiller bemerkte, diese Beschränkung

2) Daß das Gesetz alle ihm Unterworfenen gleich verbinde, daß es gegen alle gleich gerecht sei,<sup>253)</sup> denn „die Gerechtigkeit darf sich durch keinen Unterschied des Standes,<sup>254)</sup> der Religion<sup>255)</sup> oder des Vermögens, durch keine Rücksichten der Billigkeit oder der Politik von ihrem gleichen, einförmigen, festen Gange ableiten lassen.<sup>256)</sup> Sie erkennt überhaupt kein Vorrecht, als zu dem Zwecke, daß die rechtliche Gleichheit, insofern sie durch physische Ungleichheit gestört ist,<sup>257)</sup> wie dies z. B. bei Minderjährigen und anderen Personen, die sich selbst zu schützen nicht vermögen, der Fall ist, durch einen besonderen Schutz des Staates wieder hergestellt werde.“<sup>258)</sup>

3) Daß das Gesetzbuch vollständig sei, so daß „es alle dahin gehörigen Gegenstände und bei jedem Gegenstande alle dahin gehörigen Vorschriften in sich begreift“ und sich somit kein Fall ereignen kann, der sich aus dem Gesetzbuch nicht entscheiden ließe,<sup>259)</sup> — denn die Gerechtigkeit muß sich „über alle Handlungen, alle Geschäfte verbreiten.“ Dieses Ziel ist nicht zu erreichen, wenn die Gesetzgebung sich „vorsetzt, alle Fälle durch den Buchstaben des Gesetzes zu erschöpfen, wenn sie die Richter an die buchstäbliche Anwendung der Gesetze bindet, wenn sie ihnen alle, obgleich in dem Geiste des Gesetzes und in allgemeinen

würde hart, „wenn nicht gar widerrechtlich“ sein u. dgl. mehr. Dem allgemeinen Landrecht wie dem Code Napoleon wirft der Vortrag von 1808 vor, daß sie diesem ersten Erforderniß eines guten Gesetzbuches nicht vollständig entsprechen. Das Landrecht genüge zwar im Ganzen den Anforderungen des Rechts- und Sittengesetzes, doch sei manche seiner Bestimmungen mit der Gerechtigkeit nicht vereinbar; so sei insbesondere die Leibeigenschaft zwar dem Namen nach abgeschafft, der Sache nach aber fast in allen ihren Folgen beibehalten, das Landrecht kenne eine Ehe zur linken Hand, enthalte viele überflüssige Formvorschriften und fördere die Unsitlichkeit durch Sanctionirung der öffentlichen Schandhäuser. Im Code dagegen findet der Vortrag unnötige Freiheitsbeschränkungen in den Art. 120—129, 217, 230, 295, 306, 343, 345, 376. Portalis selbst sagt S. 185 von der dem Code vorübergehenden Zeit: „Jede Revolution ist eine Eroberung . . . Alles wird zum Staatsrecht.“ Man arbeitete an den bürgerlichen Gesetzen „nicht, um sie weiser, gerechter, sondern um sie vortheilhafter für diejenigen zu machen, welche für die neue Ordnung der Dinge gewonnen werden sollen.“

<sup>253)</sup> In Jährl. Beitrag I S. 40 ff., im Comm. I S. 12 ff. und im Vortrag von 1808 zieht Zeiller die Punkte 1 und 2 in einen zusammen.

<sup>254)</sup> Wie langsam während der Codificationsarbeiten der Einfluß ständischer Unterschiede aufgegeben wurde, darüber vgl. Harařowski S. 81, 92 f., 105, 138 f., 145, 150.

<sup>255)</sup> Zur Zeit, da Azzonei das Referat führte, wollte man nur Katholiken, jedoch nicht der todtten Hand, den Erwerb unbeweglicher Güter gestatten. Harařowski S. 87 f.

<sup>256)</sup> An eine absolute Gleichstellung Aller nach dem Gesetz (vgl. Arndts Civ. Schrift. III S. 393) war trotz dieser Formulirung keineswegs gedacht. Man wollte damit nur sagen, daß das Gesetz in Ansehung jedes Mitglieds der Gesellschaft die Rechte des Menschen und Bürgers respectiren, jedem die rechtlichen Erwerbsarten offen halten und persönliche Sicherheit, Ehre und Eigenthum auch der untersten Classen eben so heilig achten solle, als jene der angesehensten Stände und des Landesfürsten. In diesem Sinne führt der Vortrag von 1808 die §§. 16—19, 29, 33, 39, 47 und 356 des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches auf den hier in Frage stehenden Gesichtspunkt zurück.

<sup>257)</sup> Begünstigt ist (Vortrag von 1808) nur der „Stand der Unbehilflichkeit“ durch die §§. 21, 26, 187—269, 865 ff., 1494. Eben dahin wird gestellt der Schutz der in Rechtsfachen Unkundigen und Unerfahrenen gegen schlaue Habgier und listige Kunstgriffe, den das Gesetz — auch wieder für alle in diesen Verhältnissen Stehenden in gleicher Weise — zu erzielen trachtet durch Beschränkung der Erbverträge, Schenkungen, Rechtsentsagungen, des Darlehensgeschäftes und der Glücksverträge, durch Gewährung des Rechtsmittels wegen Verfürgung über die Hälfte, durch Formvorschriften rücksichtlich der Testamente, Schenkungen, Veräußerung von Immobilien, Vorsichten bei der Erbansretzung u. dgl.

<sup>258)</sup> Der Vortrag von 1808 rügt am Code Napoleon, daß mehrere seiner Vorschriften (namentlich Art. 14) es an der gleichen Gerechtigkeit gegen Ausländer fehlen lassen; was er dem allgem. Landrecht in Rücksicht der gleichen Gerechtigkeit vorzuwerfen hat, ergibt sich aus Note 252.

<sup>259)</sup> Vortrag von 1801: „Zur Vollständigkeit scheine ihm (dem Referenten) aber noch zu gehören, daß durch die neue Gesetzgebung alle bisherigen Sammlungen der Justizgesetze außer Kraft zu setzen, folglich alle darin enthaltenen noch bestehenden Justizgesetze der neueren bürgerlichen Gesetzgebung einzuverleiben seien, worüber er sich vorbehalte, nächstens einen besondern Vorschlag vorzulegen.“ Vgl. Kundmachungspatent von 1811 N. 4.

Rechtsprincipien gegründete Auslegung verbietet, kurz, wenn sie sich vorsezt, die Richter in rechtsprechende Maschinen zu verwandeln.“ Wohl aber kann Vollständigkeit erreicht werden, wenn man festhält, daß „das Recht auf festen und unveränderlichen Regeln beruht, die aus höheren und allgemeinen, somit für alle möglichen Fälle ausreichenden Grundsätzen zurück abgeleitet sind,“ wenn man „allgemeine und deutliche Begriffe“ aufstellt, daraus die entsprechenden allgemeinen Regeln ableitet, denkende Richter bestellt, und ihnen gestattet, „in der Anwendung stufenweise zur nämlichen Urquelle, von welcher der Gesetzgeber selbst bei der Abfassung des Gesetzes ausgegangen ist, zurückzukehren.“<sup>260</sup>) So vermeide man zugleich, sagt Zeiller, „die gefährliche Klippe einer ängstlichen, weischweifigen und doch nie befriedigenden Casuistik,“ an welcher das römische Recht und das allgemeine Landrecht leiden.<sup>261</sup>) Um der entgegen gesetzten Gefahr, der Gefahr, in eine trockene abstracte Metaphysik der Rechte zu verfallen, zu entgehen, habe man überall die älteren und neueren vaterländischen und auswärtigen Gesetze,<sup>262</sup>) die besten (vorzugsweise praktischen) Ausleger derselben, sowie die Anfragen der Gerichtshöfe, vorzüglich jene aus Galizien, wo der Urentwurf bereits als Gesetz bestand, zu Rathe gezogen, so die Lücken des philosophischen Umrisses ergänzt und sei somit im Stande gewesen, die Gesetze mit steter Rücksicht auf die allgemeinen

<sup>260</sup>) Der Niederschlag dieses Gedankens im bürgerlichen Gesetzbuche ist enthalten in den §§. 6 und 7, namentlich im Schlußsatz des letzteren. Den nämlichen Gedanken, nur frei von naturrechtlichem Eigenschmack, billigte auch Arndts als Referent der bayerischen Gesetzgebungscommission (Civ. Schr. III S. 270): „Referent ist der Ansicht . . . daß ein bürgerliches Gesetzbuch zwar in seinen Bestimmungen nach möglichster Vollständigkeit streben, aber nicht so sehr in das Detail der Consequenzen eingehen, als vielmehr nur feste Grundsätze aufstellen und dabei sich alles desjenigen enthalten solle, was nicht zur geschichtlichen Disposition wesentlich gehört.“

<sup>261</sup>) Auf diesen Fehler des Landrechts kommt Zeiller in den erwähnten Vorträgen mehrmals zu sprechen. Ganz richtig hebt er hervor, das Landrecht sei, indem es den Richter anhalten wolle, alle Fälle nur ex terminis legis zu entscheiden, denn doch notwendig unvollständig, für den gemeinen Gebrauch der Bürger aber, die über ihre Rechte und Pflichten unmittelbar aus dem Gesetzbuche belehrt sein wollen, zu ausführlich, indem es sich auch mit Rechtsfragen, die kaum jemals zur Sprache kommen würden, mit rein theoretischen Erörterungen und ganz selbstverständlichen Sätzen beschäftige (Vgl. Arndts a. a. D. S. 138. Zeiller in Pratobevera's Rat. VI S. 330). — Der Code Napoleon sei gerade umgekehrt für den gemeinen Gebrauch der Bürger bequem, für den Juristen aber zu unvollständig; bei der Eile, mit welcher seine Abfassung erfolgte, seien viele Lücken offen geblieben, und da nehme es sich recht sonderbar aus, wenn Art. 4 den Richter, der unter dem Vorwande des Schweigens oder der Unzulänglichkeit des Gesetzes zu urtheilen sich weigere, als der Verweigerung der Rechtsprechung schuldig verfolgen lassen wolle, trotzdem dieser Artikel keine Hinweisung auf eine Subsidiarquelle enthalte. Vgl. übrigens Portalis S. 191 (vgl. S. 200): „Wie können positive Gesetze die Berufung auf das natürliche Recht in den Geschäften des Lebens beträchtlich machen . . . So vollständig auch ein Gesetzbuch scheinen mag, so ist es doch kaum vollendet, als sich schon dem Beamten tausend unerwartete Fragen aufdringen . . . Eine Menge von Gegenständen müssen also der Bestimmung des Herkommens, der Erörterung der Sachverständigen, dem schiedsrichterlichen Ausspruch überlassen werden.“ Savigny Vom Beruf S. 65 ff., 73 ff.

<sup>262</sup>) Zeiller kommt wiederholt auf diesen Punkt zurück: Ueberhaupt strebe man, „die Vorarbeiten und gesammelten Erfahrungen Anderer zu Rathe zu ziehen“ und benütze alle legislativen Arbeiten des Auslandes „mit fortgesetzter Aufmerksamkeit.“ Der herbste Vorwurf, den Zeiller dem Code Napoleon macht, rügt die Versäumnis des gleichen Vorgangs bei der französischen Codification. Er bemerkt zwar, man müsse, um gerecht zu urtheilen, erwägen, daß zur Zeit der Abfassung des Code fast alle Gesetze außer Kraft getreten, selbst die allgemeinsten Rechtsbegriffe in Vergessenheit gerathen waren, Herstellung von anerkannten Rechtsnormen also ein dringendes Bedürfnis war. Dann aber fährt er fort: „Auch ist man es an den französischen Schriftstellern schon gewohnt, daß sie fast in keinem Theile der Literatur von den darin in Deutschland gemachten Fortschritten Notiz nehmen.“ Daß aber beim Code auf die vorgelegenen auswärtigen Gesetzbücher fast gar nicht und selbst auf die früheren einheimischen Entwürfe nicht hinlänglich Bedacht genommen wurde, „ist eine unverzeihliche Unkunde, stolze Annahme oder Uebereilung.“ Vgl. dazu Zeiller Jahrb. Beitr. III S. 194 f. und Note.

und besonderen Staatsverhältnisse „lebhafter, bestimmter, vollständiger und erschöpfender“ abzufassen.

4) Daß das bürgerliche Gesetzbuch „eigenthümlich“ („gleichartig,“ „gleichförmig“) <sup>263)</sup> sei, d. h. daß es nichts in andere Zweige der Gesetzgebung einschlagendes enthalte, sondern „einzig das rechtliche Privatverhältniß der Bürger“ umfasse. <sup>264)</sup> Das allein Richtige — und dahin ging auch die Absicht der Gesetzgebung <sup>265)</sup> — war nach der Meinung der Redactoren, daß jedem Hauptzweig der öffentlichen Verwaltung ein eigenes Gesetzbuch entspreche. <sup>266)</sup>

<sup>263)</sup> Sonst bezeichnet dieser Ausdruck in den Producten der Codificationsarbeiten (z. B. in dem für den Codex Theres. entworfenen Kundmachungspatent, *Harra so wsky* S. 99) die Universalität, die für alle Länder angeführte Gleichheit des Rechtes.

<sup>264)</sup> Der Vortrag von 1808 führt, weil die Abgrenzung des bürgerlichen Rechtes von anderen Zweigen der Gesetzgebung weder in der Theorie noch in der Praxis als eine ausgelegene Frage angesehen werden könne, und manche Gebiete wirklich „von vermischter Art“ seien, aus, das materielle Privatrecht sei zu trennen:

a) von der Gerichtsordnung. Das bürgerliche Gesetzbuch könne über die Art, die Rechte zu behaupten, nur im Allgemeinen bestimmen, daß man sein Recht nicht eigenmächtig durchsetzen solle; die praktische Anleitung aber, wie man die Hilfe der Behörden anzurufen habe, gehöre in die Gerichtsordnung. Das Gesetzbuch müsse zwar enthalten die Lehre von den Erwerbarten, „somit auch die Facta, worauf sich die Behauptung eines Rechtes stützen soll“ — die Lehre von den Beweisarten aber gehöre in die Gerichtsordnung; in das Gesetzbuch gehöre ferner die Lehre vom Umfang der Rechte und von dem aus ihnen abzuleitenden Klagebegehren, die Form der Klagen dagegen in die Gerichtsordnung; das Gesetzbuch habe darzustellen die gesetzlichen Arten der Vormundschaft, der Erlangung einer Erbschaft oder Sicherstellung, die Gerichtsordnung dagegen die Lehre von der Form der gerichtlichen Bestellung eines Vormundes, der Uebergabe einer Erbschaft, der Pfändung u. dgl., weil „Jenes, was bei Unternehmung solcher Geschäfte jedem Bürger zu wissen nöthig ist, in das Gesetzbuch, Jenes hingegen, was nur das ämtliche Verfahren des Richters und der Gerichtspersonen betrifft, in die Gerichtsordnung aufzunehmen sei“ (vgl. S. 798 a. b. G. B.);

b) vom Strafrecht. Dieses enthalte im Allgemeinen öffentliches Recht, und scheide sich durch diesen seinen Charakter vom bürgerlichen Rechte. Insoferne beziehe es sich aber doch auch auf das Privatrecht (und sei daher im Gesetzbuche auch berührt), als die Entschädigungsansprüche aus strafbaren Handlungen im Privatrecht zur Sprache kommen, die Ueberschreitung der rechtlichen Grenzen der gewissen „Rechtsgeschäften“ für strafbar erklärt ist, und es im Verkehr allgemein bekannt sein muß, daß der Verbrecher in Ausübung seiner Privatrechte eingeschränkt ist;

c) von dem öffentlichen Recht, das mit der Verfassung und dem Verhältniß der Unterthanen zur obersten Macht zusammenhängt, und

d) den politischen, das Privatrecht modificirenden Verordnungen, die sich mit den Mitteln zur Erhaltung und Cultur des bürgerlichen Zustandes beschäftigen und sehr zufällig und veränderlich seien, „weil sie sich auf die Verschiedenheit der Stände und Beschäftigungen beziehen, und weder gleiche Rechte noch gleiche Verbindlichkeiten gründen.“ Sie gehören, auch wenn sie das Privatrecht berühren, nicht in das bürgerliche Gesetzbuch, welches ein dauerndes, wenig Veränderungen unterliegendes Werk sein soll; würden sie mit den Rechtsgesetzen vermengt, so bekämen auch diese ein schwankendes, „von dem Wink der obersten Macht abhängendes Ansehen.“ In beiden Richtungen (c und d) genügten Verweisungen im Gesetzbuche. Vgl. bei Kundmachungspatent N. 7, 8.

<sup>265)</sup> Man plante die Codification einer Universalbergordnung (Domin S. 85), eines Handelscodex (Domin S. 268 f. Pratohevera Mat. I S. 240 f., vgl. *Haimeri Wechselrecht* S. 16), einer Lehenordnung (oben Note 198 und Domin S. 275), eines politischen Codex (Pratohevera S. 242 f., *Erel* die Codification des öffentlichen Rechts S. 3 ff.), einer verbesserten Gerichtsordnung (oben Note 47 und Pratohevera S. 238), des Militärrechtes (Pratohevera S. 244 ff.) u. s. w. Vgl. *Zeiller Comm.* I S. 15\*, 19 und unten N. 7, 8 des Kundm. Pat.

<sup>266)</sup> Demgemäß findet der Vortrag von 1808 es lobenswerth, daß sich der Code Napoleon im Wesentlichen auf das Privatrecht beschränke, rügt aber wiederholt, daß dem allgemeinen Landrechte die Gleichförmigkeit fehle, da es die speciellen Zweige des Privatrechtes nicht nur, sondern auch das Strafrecht, processualische Vorschriften, politische, Cameral- und Finanzverordnungen aufgenommen habe. Von manchen Seiten sei das zwar gebilligt worden, aber mit Recht habe Schloffer schon in Rücksicht des ersten Entwurfs die Einbeziehung der politischen Verordnungen getadelt. Sein Tadel habe den Erfolg gehabt, daß das allgemeine Landrecht „von dieser anmaßlichen Vollständigkeit wieder abgegangen sei“ — nun aber freilich ohne genaue Bestimmung der Grenzen des aufzunehmenden

5) Daß das Gesetzbuch „übereinstimmend und einförmig“ sei, d. h. daß seine Bestimmungen weder unter einander, noch<sup>267)</sup> mit dem ganzen System der Gesetzgebung und der Regierungsanstalten im Widerspruch stehen. Offenbare Antinomien seien, meinten die Redactoren, in einem kurzen, wohl geordneten, von Grundsätzen ausgehenden Gesetzbuche leicht zu vermeiden; schwieriger aber sei es, die allgemeinen Grundsätze, von denen man ausgehe, in allen Rechtsmaterien, die sie zu durchbringen haben, gleichmäßig zur Geltung zu bringen.<sup>268)</sup><sup>269)</sup>

6) Daß die Gesetze für das Land, dem sie gegeben werden sollen, angemessen seien; die „reinen Vernunftgesetze der Gerechtigkeit“ seien zwar unwandelbar,<sup>270)</sup> in der Anwendung auf die mannigfaltigen Rechtsgegenstände fordern sie aber doch nach Verschiedenheit der Verhältnisse<sup>271)</sup> Modificationen. Diesfalls waren, wie Zeiller erklärt, von besonderer Wichtigkeit die Erinnerungen der Ländercommissionen, welche mit jenen Verhältnissen genauer bekannt sein konnten, und die der Mitglieder der Hofcommission selbst, von denen die einen über die politischen Ursachen, die auf die Gesetze Einfluß nehmen, die anderen aus ihren Erfahrungen über die Verhältnisse der Provinzen, in denen sie das Richteramt verwalteten und aus denen ihnen die Reserate zugetheilt werden, Aufschlüsse geben konnten.<sup>272)</sup> Endlich

7) seien „in den bereits feststehenden Gesetzen ohne wichtige Gründe keine erheblichen Aenderungen vorzunehmen;“<sup>273)</sup> darum folgte man im Personenrecht

Stoffes; und wirklich habe auch der erste Anhang eine große Reihe von Abänderungen, meist politischen Inhalts, gebracht.

<sup>267)</sup> Da das bürgerliche Gesetzbuch nur einen Theil der ganzen Staatsgesetzgebung bildet. Vgl. Portalis S. 203.

<sup>268)</sup> Im Vortrag von 1801 warnt Zeiller bei dieser Gelegenheit nur vor dem Fehler, fremdartigen, nicht streng juristischen Principien, z. B. der Sittlichkeit, der Kirchenzucht, Polizei, Billigkeit und Wohlthätigkeit, „die dem Gewissen der Bürger anbeingelegt werden müsse,“ einen übertriebenen Einfluß zu gewähren, da Zweck der bürgerlichen Gesetzgebung die Handhabung der Gerechtigkeit sei; die „Einförmigkeit“ des Rechtes hat noch nichts zu schaffen mit der Ausgleichung des Rechtes der verschiedenen Länder; vielmehr wird anerkannt, daß in einem größeren Staate sehr wohl in den verschiedenen Provinzen ungleiches Recht gelten möge und nur betont, es werde die Frage erheblich sein, „ob und in wiefern neben dem allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch auch Provinzialgesetze und Gewohnheiten künftig noch bestehen sollten.“ Im Jahre 1808 aber, wo das Verlangen nach Unification des Rechtes entschieden die Oberhand gewonnen hatte, benutzte Zeiller auch die Besprechung dieses Punktes, um für die Ausgleichung der verschiedenen Landesrechte zu wirken, indem er ausführte: Wenn neben dem einheimischen ein fremdes, altes, vielfach antiquirtes Recht, eine unabsehbare Menge einzelner Gesetze bestehen, wenn in Folge dessen die Richter ihre philosophische Meinung die Stelle des Gesetzes vertreten lassen, „wenn widersprechende Statuten und Gewohnheiten, Urtheile, Bekehrungen und Verordnungen einzelner Gerichtshöfe oder Gesetzauslegungen der Schriftsteller ein gesetzliches Ansehen behaupten“, wenn man bei jeder Schwierigkeit tiefgehende Abänderungen trifft, dann können freilich die Widersprüche nicht ausbleiben. Ja, er spricht geradezu davon, die Ländercommissionen seien in dem Wahn gewesen, es würden die Statuten, Gewohnheiten und sonstigen Provinzialrechte aufrecht erhalten bleiben.

<sup>269)</sup> Vom allgemeinen Landrecht (vgl. Arnolds Civ. Schrift. III S. 138), wie vom Code Napoleon constatirt Zeiller, daß es in ihnen an Widersprüchen nicht fehle.

<sup>270)</sup> Hieraus erklärt Zeiller die Uebereinstimmung so vieler Gesetzgebungen in so vielen Punkten, sowie die lange Dauer der Geltung des römischen Rechtes.

<sup>271)</sup> Die Momente, denen für die Gestalt der Justizgesetze Gewicht beigelegt wird, zählt Zeiller, wesentlich Montesquieu folgend auf. (Von Neuern vgl. Buntschli Altasiatische Gottes- und Weltideen in ihren Wirkungen auf das Gemeinleben der Menschen. Würdigen 1866. Arnold Cultur und Rechtsleben, Berlin 1865.)

<sup>272)</sup> Vom allgemeinen Landrecht sagt der Vortrag von 1808: Die Angemessenheit für die vielen ungleichförmigen Provinzen bezweifle die preussische Regierung selbst, indem sie sich mit dem Plane einer Sammlung von Provinzialrechten trage. Ebenso sei die Angemessenheit des Code Napoleon fraglich, da er in einem Lande, das bis dahin so verschiedene provinzielle Rechte gehabt, mit einem Schlage alle Rechtsgewohnheiten und Provinzialrechte aufgehoben habe und auch in den neuerworbenen Provinzen eingeführt sei.

<sup>273)</sup> So der Vortrag von 1808; in dem von 1801 hat dieser Gedanke eine andere Stellung und damit einen anderen Gehalt. Er ist zu den Erfordernissen der äußeren Güte

überwiegend dem Josephinischen Gesetzbuch, im Sachenrecht dagegen dem gemeinen Recht.<sup>274)</sup>

Die äußere Güte eines Gesetzbuches dagegen besteht „in der angemessenen Form, Darstellung und Bekanntmachung der Gesetze,“ die verhindern soll, daß Jemand sich mit der Unwissenheit der Gesetze, die ihn verbinden sollen, entschuldigen könne. Sie verlangt

„1) eine deutliche, bestimmte und, dem Ansehen des Gesetzgebers entsprechend, würdige Darstellung der Vorschriften,

2) eine der Vollständigkeit unnachtheilige Kürze,<sup>275)</sup> welche hauptsächlich

eines bürgerlichen Gesetzbuches gestellt, als Consequenz des Satzes, daß Umfang und Grad der Deutlichkeit des Gesetzbuches sich nach dem Bedürfnisse des Volkes bestimmen müsse. — Vgl. auch Portalis S. 187 f.

<sup>274)</sup> Diesem freilich sehr oft — der Vortrag von 1808 erklärt es wiederholt — in jener Verarbeitung, die ihm durch das allgemeine Landrecht geworden war. So wird z. B. gesagt, das Obligationenrecht des allgemeinen Landrechts sei „im Allgemeinen ein sehr ausführlicher aber mit viel kritischem Scharfsinn verfaßter Auszug aus den römischen Gesetzen. Schon in dieser Hinsicht, noch mehr aber in Rücksicht solcher Rechtsgegenstände, die in dem Justinianischen Recht ganz vermißt werden, leistete es zur Bearbeitung des vorliegenden Entwurfs treffliche Dienste“; insbesondere enthalte es über Assignation, Zahlung, Compensation „musterhafte, das römische Recht ergänzende Vorschriften.“ Auch von den Erinnerungen der Ländercommissionen waren offenbar so manche durch das allgemeine Landrecht veranlaßt, wenn es auch in diesen Erinnerungen an der Angabe der Quelle regelmäßig fehlt; die Verhandlungen der Hofcommission aber führen das Landrecht sehr häufig als das bei einem Antrag maßgebend gewesene Muster ausdrücklich an.

<sup>275)</sup> Vorzüglich durch diese beiden Eigenschaften des Gesetzbuches sollte die schon durch die Instruction von 1772 angestrebte Simplification der Gesetze und Gemeinverständlichkeit erreicht, so auch auf diesem Wege auf die Beseitigung der Controversen hingewirkt, und das ersehnte gewisse und sichere Recht gewonnen werden. Rücksichtlich der Gemeinverständlichkeit hatte man die Erwartungen einer früheren Zeit (vgl. Donner Vorbericht) einigermaßen reducirt; die Protokolle zeigen zwar, daß man sich ungemein viel Mühe gab, das Gesetzbuch auch für den „Ungelehrten“, für den „ungeübten Leser“, für den „gemeinen Mann“ verständlich zu machen. Die Intention der Redactoren ist aber in folgenden Sätzen richtig bezeichnet: „Es sei eine übertriebene Forderung, das bürgerliche Gesetzbuch durchgehends in einem so populären Style abzufassen, daß auch der Mann von der untersten Classe, ohne Bildung und ohne Vorkenntnisse es verstehen, sich selbst daraus belehren und seine Rechte schützen könne“ (vgl. Prato bevera Mat. V S. 339, Portalis S. 194); vielleicht werde es gebräuchlich sein, diesfalls „aus den Gesetzen einen Rechtskatechismus für die gewöhnlich vorkommenden Fälle zu verfassen; das Gesetz selbst könne die Stelle eines solchen Unterrichts nicht vertreten,“ sondern der gemeine Mann werde der Regel nach des Rathes und Beistandes Anderer bedürfen.“ „Genug, wenn die Gesetze so klar abgefaßt sind, daß der gebildete Bürger, dafern er nur die Elementarrechtsbegriffe hat, sie zu verstehen vermöge.“ Nur in diesem Sinne bezeichnet Zeiller das Gesetzbuch im Gegensatz des allgemeinen Landrechts, welches wesentlich nur für den Richter bestimmt sei (welches „ganz gegen die Absicht seines königlichen Anstifters keineswegs ein populäres gemeinverständliches Gesetzbuch geworden ist“, Arndts a. a. D. S. 139) als „ein zum Volksgebrauch bestimmtes.“ „Vorzüglich aber sei ein solcher Grad der Klarheit und Bestimmtheit unerlässlich, daß den Gerichtshöfen und den Rechtsvertretern kein gegründeter Zweifel über den wahren Sinn des Gesetzes auffallen könne“, „daß . . . jeder fähige Richter durch anhaltendes Studium des Gesetzbuches im Zusammenhange und durch den Gebrauch der ihm in der Auslegung der Gesetze und in der Beurtheilung eingeräumten Macht selbst die verwickelteren, selteneren, obgleich in dem Gesetze nicht buchstäblich ausgedrückten Fälle zu entscheiden in Stand gesetzt werde“, Richtern aber und Advocaten „die Gelegenheit zu willkürlichen Auslegungen . . . benommen werde.“ — Ebenso hatte man längst erkannt, daß man auch in Verringerung der Zahl und in der schon lange Zeit angestrebten (Harrasowsky S. 101) Kürze der Gesetze an eine gewisse Grenze gebunden sei (vgl. Portalis S. 189 ff.), die durch den „Grad der Cultur, der Aufklärung und den Charakter der Einwohner“ gezogen werde. Auf tiefen Culturstufen möge ein zwölf Tafelgesetz genügen; „sowie mit den Fortschritten der Bildung, mit Erweiterung des Luxus und des Verkehrs die Verlihrungspunkte vermehrt, die Rechtsverhältnisse mannigfaltiger und verwickelter werden, bedürfen sie auch mehrerer Rechtsvorschriften. Und je mehr Einsicht und Rechtschaffenheit man den Bürgern und vorzüglich den Gerichten und Rechtsvertretern zutrauen könne, um so kürzer könne sich die Gesetzgebung fassen“; diesfalls aber rechne man „auf die Erequirenden nicht zu wenig und nicht zu viel, sondern bringe die Mittelklasse in

- 3) durch eine natürliche Ordnung der Gegenstände bewirkt wird,<sup>276)</sup> endlich  
 4) eine allgemein sich verbreitende Kundmachung, wodurch Jedermann in

Anschlag. Der Gesetzgeber verliere sich also nicht in eine ängstliche, doch nie erschöpfende Casuistik, oder in Bestimmung solcher Fälle, die sich kaum in Jahrhunderten ereignen oder nur die Geburt sophistischer Spitzfindigkeit sind; er begnüge sich aber auch nicht mit einer . . . für die unmittelbare Anwendung und für das bürgerliche Leben unbrauchbaren Metaphysik der Rechte . . . Man kehre in dem Gesetzbuch nicht bis zu den Urbegriffen des Rechtes zurück . . . man überlade es nicht mit Definitionen und Bestimmungen solcher Begriffe, worüber der gemeine Menscheninn mit der Rechtsschule ohnedies einig ist“ (vgl. Arnolds III S. 398 f.; wirklich wurden viele Sätze des westfälischen Gesetzbuches darum gestrichen, weil sie richtiger dem Lehrbuche vorzubehalten seien); „desto sorgfältiger sei man dagegen in der Erklärung derjenigen Begriffe, welche schwankend sind und worüber schwer zu entzählende Vermuthungen entstehen können, was die Handelnden dabei gedacht haben mochten.“ Hinwieder seien — und auch diese Erwägung trug viel bei zur Verkürzung des Entwurfes — Motivirungen in Justizgesetze nicht aufzunehmen, denn diese Gesetze seien „eine Kette von Wahrheiten, die sich auch der gemeinen ungekünstelten Vernunft aus allbekannten Grundsätzen der Gerechtigkeit darstellen,“ während allerdings Motivirungen, „bei politischen Anordnungen, deren Grund oft in besonderen, veränderlichen und verborgenen Veranlassungen liegt, zur Beförderung der Folgsamkeit oft nützlich sein können.“ — Daß Zeiller hienach die Kürze und allgemein anerkannte (vgl. Stobbe II S. 483, Zachariae I S. 36) Klarheit der Fassung des Code nur billigen kann, versteht sich von selbst; am allgemeinen Landrecht aber rügt er die häufigen Wiederholungen, die Weitläufigkeit (über 19000 Paragraphen), welche die Auffassung erschwere und dem Werke für den gemeinen Gebrauch die Tauglichkeit benehme, da man dem Bürger nicht zumuthen könne, „vier starke Bände wiederholt zu lesen und auch nur das Wesentlichste davon im Gedächtniß zu behalten.“ Vgl. noch Koch Lehrbuch des preussischen gemeinen Privatrechtes. Dritte Auflage (1857) I S. 37 f.

<sup>276)</sup> Doch handle es sich nicht um „die strenge didaktische Ordnung eines Lehrbuchs, worin man keinen Begriff anticipirt, der erst in der Folge zu erörtern kommt“, da man sich in einem Gesetzbuche „oft mit den gemeinen, im Wesentlichen richtigen Begriffen begnügen kann. Gehe man so ängstlich zu Werke, so verfallt man gleich dem preussischen Gesetzbuche in eine verunstaltete Architektur, in die sich selbst der Rechtsgelehrte kaum mit der mühsamsten Anstrengung hineinführen könne.“ Besonders hüte man sich „vor der Zerstückelung unmittelbar zusammenhängender Sätze“; auch dagegen verstoße das allgemeine Landrecht; die Ordnung sei in diesem durch Einmischung heterogener Rechtsvorschriften unterbrochen und schwer zu übersehen; der nämliche Gegenstand müsse aus sehr verschiedenen Hauptstücken zusammengesucht werden, und „aus der Idee, in jedem Paragraphen nur eine einzige Vorschrift aufzunehmen, seien die engst verbundenen Sätze in mehrere Paragraphen zerstückt,“ so daß man nach Schlosser's treffendem Ausspruch „genöthigt sei, die Glieder, wie Jason seine Kinder, zusammenzulegen“ (vgl. Arnolds III S. 137). — Im Code civil dagegen sei von Haus aus gar keine Ordnung festgehalten worden, sondern man habe erst nach der Kundmachung die Ordnung angeeignet, in welcher die einzelnen Gegenstände auf einander folgen sollten (vgl. Zachariae I S. 24 f.). — In Wahrheit komme es nur darauf an, „daß gleichförmige und zusammenhängende Materien, die aus gemeinschaftlichen Grundsätzen zu beurtheilen sind, zusammengestellt werden; und seien die Rechtsgelehrten und die Gerichte bereits an eine Ordnung gewöhnt, bei der sich jene wesentliche Forderung in Erfüllung bringen lasse,“ so werde eine sich daran anschließende Ordnung immer die willkommenste sein. Darum wählte man „die an sich natürliche und den Rechtsgelehrten bereits geläufige Ordnung der Institutionen des Römischen Rechtes“ — wenn auch nicht ohne Modificationen (vgl. unten bei S. 14). „Zur Erleichterung der Uebersicht und des Auffuchens“ gab man den Paragraphen „kurze Inhaltsanzeigen“ [Marginalien hatte schon der Cod. Theres., und zwar, als Zenser das Referat führte, „zur Erhöhung der Deutlichkeit“ lateinische; in der Josephinischen Zeit wurden die Marginalrubriken weggelassen, was zusammenhängt mit dem Bestreben, den Wortlaut des Gesetzes als das allein Maßgebende gelten zu lassen; Harrasowsky S. 98, 146. Die letzten Redactoren ziehen bei der dritten Lesung aus den wiederhergestellten Marginalien bereits Schlüsse auf den Sinn des Gesetzes (Prot. vom 13. Nov. 1809 zu S. 48 a. f. S. B.)] und verfaßte Zeiller, als derjenige, der das neue Gesetzbuch am genauesten kannte, selbst das Register, welches die frühere Hofcommission von einem Privaten gegen Zusicherung des Verlagsrechtes hatte verfassen lassen wollen. (Der Antrag, Marginalrubriken beizusetzen und das Gesetzbuch mit einem genauen Index zu versehen, war, nebst anderen die Form des Werkes betreffenden Anträgen in den allgemeinen Bemerkungen der Prager Universität gestellt worden. Doch wurden die allgemeinen Bemerkungen der Commissionen, wie es scheint, nie ex professo Gegenstand der Berathung.)

den Stand gesetzt wird, sich die ihm nothwendige Kenntniß der Gesetze zu verschaffen.“<sup>277)</sup>)

Den in diesem Maßstab<sup>278)</sup> bezeichneten Anforderungen<sup>279)</sup> trachteten die Redactoren, soweit es ihnen nur immer möglich war, zu genügen.<sup>280)</sup> Während

<sup>277)</sup> Denn ohne zureichende Bekanntmachung können die Gesetze „keinen Gehorsam gründen“. Aus demselben Grunde wurde beschlossen, im Kundmachungspatente oder der Einleitung auszusprechen, daß das Gesetzbuch auf ältere Rechtsgeschäfte, die nicht mehr abgeändert werden können, nicht zurückwirke, eine entsprechend lange vacatio legis eintreten zu lassen, und Uebersetzungen des Gesetzbuches in die polnische und böhmische Sprache zu veranlassen.

<sup>278)</sup> Am Schlusse des Vortrages von 1808 resumirt Zeiller sein Urtheil über die verschiedenen Gesetzbücher dahin: „Die römische Gesetzsammlung übertrifft alle anderen Gesetzbücher an Reichhaltigkeit des Stoffes, wodurch sie auch allen künftigen Nomotheten und tiefer forschenden Rechtsgelehrten höchst schätzbar bleiben muß. Aber in der Verarbeitung des Stoffes zu einem zweckmäßigen Gesetzbuch muß sie den nachfolgenden weichen. Den letzteren kann im Allgemeinen, einzelne Mängel abgerechnet, Gerechtigkeit, Einstimmung, Angemessenheit und zweckmäßige Form nicht abgesprochen werden. Den Hauptunterschied machen daher die Einförmigkeit und Vollständigkeit aus.“ Hieraus ergibt sich, welche der oben betonten Mängel des Landrechtes und des Code civil in Zeiller's Augen die gewichtigsten waren. Dagegen findet er (vgl. auch Zähl. Beitr. I S. 31 ff.), daß das Corpus juris (als Gesetzbuch betrachtet) allen an ein gutes Gesetzbuch zu stellenden Forderungen nicht entspreche. Zwar „finde unangezweifelt in diesem schätzbaren Denkmale des Alterthums der Sprachforscher, der Philolog, der Alterthumsforscher, der Politiker, der Rechtsphilosoph und der Nomothet einen reichen Schatz der wichtigsten Kenntnisse, und unleugbar finde hier auch der praktische Rechtsgelehrte eine unverstümmte Quelle, wenngleich nicht immer zur sicheren und gerechten Entscheidung, wenigstens zur scheinbaren Bertheiligung aller Rechtsangelegenheiten.“ Aber ein gutes Gesetzbuch sei das Corp. jur. nicht. Unendlich disparates Material sei da zusammengetragen „ohne einen einförmigen Plan, ohne kritische Auswahl... wie soll man mit demselben Gerechtigkeit, Einförmigkeit, Einfachheit und Angemessenheit zutragen?“ Sehr Vieles widerspreche der Gerechtigkeit, das Corp. jur. enthalte Rechts-, politische, peinliche und bürgerliche Vorschriften, öffentliches und Privatrecht, die „eigentlichen“, Gesetze und den Proceß; unter „mehr als fünfzigtausend Gesetzen“ fänden sich viele Widersprüche; schon daß das Gesetzbuch vor mehr als tausend Jahren entstanden sei, bewirke, daß es für die Gegenwart, weil die Institute der Neuzeit nicht berücksend, nicht vollständig sein könne; aber auch im Uebrigen könne es nicht vollständig sein, denn sein bester Theil sei eine Casuistik; wegen seines Alterthums und der Verschiedenheit der Nation sei es auch nicht angemessen, und — abgesehen von den Institutionen — fehle es auch an Ordnung, Kürze, Bestimmtheit und Deutlichkeit. „Ja, es dürfte unseren spätern Nachkommen beinahe ungläublich scheinen, daß deutsche Völkersämme durch viele Jahrhunderte nach einem in lateinischer Sprache abgefaßten Gesetzbuch gerichtet wurden, das der größte Theil der Einwohner zu lesen nicht vermochte, das seines großen Umfanges wegen nur von wenig Rechtsgelehrten ganz durchlesen wurde und aus Mangel der verloren gegangenen Hilfsmittel fast von keinem gründlich und vollständig aufgefaßt werden konnte.“ (Hierzu vgl. Arnolds III S. 405 f.) Man vergleiche mit diesem Urtheil Zeiller's ein anderes aus neuester Zeit; v. Stein Gegenwart und Zukunft der Rechts- und Staatswissenschaft Deutschlands (Stuttgart 1876) S. 52: „Dieses Corpus juris ist eine Gesetzgebung mit der Papierschere, das Referat eines gestillten Bureauchefs, die Adaptirung eines gewaltigen Stückes Weltgeschichte für ein Collegienheft... Als historische Urkundensammlung ist es absolut unschätzbar; als Gesetzgebung ist es nicht bloß absolut impotent, sondern als solche war es überhaupt nie vorhanden... Es ist als historisches Document so einzig, daß es gar keine Schätzung, aber es ist als Sammlung so schlecht, daß es gar keine Kritik zuläßt.“ S. auch S. 77 f. ebenda.

<sup>279)</sup> Es verdient bemerkt zu werden, daß diese Anforderungen zum großen Theile mit jenen zusammenfallen, welche die vom deutschen Bundesrath eingesetzte Juristencommission und der Bericht des Bundesrathsausschusses für Justizwesen an das zu schaffende deutsche bürgerliche Gesetzbuch stellen; vgl. Hausser S. 308, 333 ff., 337 ff.; 310 ff., 329 ff., 341 ff.; 313 f., 341.

<sup>280)</sup> Zeiller's überwiegendes Verdienst um das Werk anerkannte Rottenhann in dem Präf. Vortrag vom 29. Februar 1808 in folgenden Worten: „Wenn diese gelehrte Arbeit vor allen anderen, welche das allgemeine Streben nach Vollkommenheit in der öffentlichen Verwaltung in den letzten Jahren hervorgebracht hat, sich auf eine vortheilhafte Weise auszeichnet, so ist dies hauptsächlich das Verdienst des gelehrten Redacteurs, der die ungeheure Menge der Materialien, welche ihm das römische Recht, die vaterländischen

sie selbst sich aber gestanden, daß sie keineswegs Vollenbetes, weiterer Verbesserung gar nicht Fähiges geschaffen hatten,<sup>251)</sup> war das Urtheil der österreichischen Juristen<sup>252)</sup> über das Gesetzbuch während der ersten vier Decennien nach dessen Erscheinen ein unbedingtes lobendes, ja es galt ihnen zu Zeiten „für illoyal, den kritischen Maßstab an das Gesetz anzulegen.“<sup>253)</sup> Diese Zeit einer übertriebenen, dem Gesetzbuch dargebrachten Verehrung ist nun zwar vorüber; es ist eben nicht in Abrede zu stellen, daß das Werk der Redactoren selbst jenem Maßstab, den sie an dasselbe angelegt wissen wollten, nur sehr unvollkommen genügt; dennoch aber ist das allgemeine Urtheil über dasselbe — und mit gutem Grunde — immer ein günstiges geblieben, während die Werthschätzung des allgemeinen Landrechtes im Laufe der Zeiten ganz außerordentlich geschwankt hat.<sup>254)</sup>

Am bescheidensten waren wohl die Anforderungen, welche die Redactoren in Rücksicht der systematischen Ordnung des Stoffes stellen und erfüllen zu müssen glaubten; heut wird aber kaum Jemand bestreiten, daß dieses System „obwohl seiner ungekünstelten Einfachheit wegen dem des Landrechtes vorzuziehen, doch ebenso wie das des Code Napoleon verfehlt ist und zum Theil auf unrichtigen und unklaren Begriffen beruht,“<sup>255)</sup> ja, es ist den Redactoren nicht einmal gelungen, das Gesetzbuch von meritorischen Anordnungen, die entschieden nicht privatrechtlicher Natur sind, frei zu halten.<sup>256)</sup> Unbestreitbar war es ferner eine

Statuten, der durch vier Regierungen von der Hofcommission in Gesetzlichen bearbeitete Urentwurf und das preussische Gesetzbuch darboten, mit dem ihm eigenen philosophischen Geiste zu sichten und die Gesetzansage so bestimmt zu fassen wußte, daß diese alle Verhältnisse des bürgerlichen Rechtes umfassenden Anordnungen gleichweit von einer den Geist der Chicanen nährenden Casuistik und von einer in Absicht auf Kürze und Vereinfachung zu weit getriebenen und bei Ausübung des Richteramtes noch gefährlicheren Aufstellung bloßer Rechtsgrundsätze entfernt blieben.“ (Diese Stelle ist auch mitgetheilt in dem von Kudler verfaßten Nekrolog Zeiller's in der Zeitschr. f. östr. R. G. 1828 Not. Bl. S. 451.)

<sup>251)</sup> Vortrag 21. Dec. 1801. Zeiller Jahrb. Beitr. I S. 70, 95. Mat. VI S. 331. Pratohevera Mat. V S. 337 ff. Portalis S. 200: „Die Gesetzbücher der Völker sind das Werk der Zeit, nicht des Augenblicks.“

<sup>252)</sup> Und nicht nur der österr. Juristen vgl. z. B. R. C. Schmid Deutschlands Wiedergeburt (Jena 1814) S. 131 ff. Gönner Archiv für die Gesetzgebung und Reform des juristischen Studiums (Landshut 1812) IV S. 237—309 (Ueber diese und andere Stimmen Zeiller und Pratohevera in Mat. I S. 173 ff.) Anders, aber kaum ganz unbefangenen, urtheilte bekanntlich sofort Savigny Vom Beruf S. 95 ff., 178. Vgl. dazu Bruns in Holtzendorff's Encycl. (2. Aufl.) I S. 430.

<sup>253)</sup> Unger in Schletter's Jahrb. I S. 355. Im Geiste dieser Zeit ist auch noch gehalten das Urtheil bei Wurzbach (Biogr. Lex.) Art: Haan (VI S. 98): „Dieses Musterwerk juridischer Weisheit, welches die spätere Zeit nicht vervollkommenet hat.“ Selbst Domin S. 254 f. (vgl. S. 117 f.) scheint noch wenig geneigt, eine Kritik des Gesetzbuches zu dulden.

<sup>254)</sup> Vgl. als Vertreter der extremen Meinungen z. B. Bornemann I §. 13 ff.; S. 151: „... ein für die damalige Zeit vortreffliches Gesetzbuch... ein solches ist das Landrecht aber auch noch für uns,“ denn es ist (S. 134) „das von den Forderungen der christlichen Sittlichkeit und des deutschen Geistes durchdrungene und demgemäß in ein preussisches Nationalrecht verwandelte, abstrakte römische Recht;“ nicht viel anders Plathner Der Geist des preuss. Privatrechtes Berlin 1854 (worüber zu vgl. Arndts Civ. Schr. III S. 155 ff.). „Beobachter für die östliche Schweiz“ vom 19. Jänner 1844 (angeführt bei Arndts III S. 139 und 396): „... Das verfehlteste in seiner Anlage und das mangelhafteste in der Ausführung.“ Zwischen diesen Extremen halten die Mitte Savigny Vom Beruf S. 81 ff., Arndts-III S. 136 ff., 153 ff., 270, Förster I S. 15 ff., Göppert Krit. Viertelj. Schr. VIII S. 524 f., 535 f., Stobbe Geschichte II S. 466 ff., Dernburg I S. V. 11 ff., Behrend in Holtzendorff's Encycl. I (2. Aufl.) S. 294 ff. u. A.

<sup>255)</sup> Arndts III S. 144 vgl. S. 271 ff. Unger System I S. 219 ff. S. noch unten bei §. 14. Die Redactoren haben übrigens im Einzelnen außerordentlich viele Mühe — und nicht ohne Erfolg — auf die Ueberung des Gesetzbuches und die Stellung des Allgemeinen in sein rechtes Licht verwendet. Pfaff a. a. D. S. 281 ff. Aber da sie am Institutionensystem festhalten zu müssen meinten, so konnte diese Arbeit zwar einzelnen Partien des Werkes, nicht aber dem Werke als Ganzem zu Guten kommen.

<sup>256)</sup> Sie haben also (z. B. durch Aufnahme der den Erwerb der Staatsbürgerchaft

Selbsttäuschung, wenn die Redactoren des Glaubens waren, durch ihr Werk die spätere Zeit der Arbeit entheben zu können, „in dem Boden noch zu wühlen, aus welchem das Gesetzbuch hervorgegangen, nach dem Stamme, von welchem es als vermeintlich reife und über die Kritik erhabene Frucht abgelöst worden und nach dessen Wurzeln zu forschen.“<sup>287)</sup> Die vermeintlich überflüssige Arbeit mußte — denn man kann das juristische Denken nicht aus einem Gesetzbuch lernen, — um das Versäumte nachzuholen, in späterer Zeit nur um so energischer aufgenommen werden. So sehr die Redactoren Alles auszuschneiden bemüht waren, „was in das Lehrbuch gehört,“ so konnten sie doch, da sie Vollständigkeit dadurch zu erreichen suchten, daß sie „bei jedem Rechtsgefächte zuerst den Begriff“ desselben fixirten, und dann „aus diesem Begriffe die wesentlichen, dann aus der vernünftigerweise zu vermuthenden Absicht der Parteien . . . die natürlichen Rechte und Verbindlichkeiten derselben auf die nämliche Art, wie es in den philosophischen Rechtssystemen geschieht“ ableiteten, nicht vermeiden, doctrinäre Begriffsbestimmungen, die noch dazu oft ungenau oder schief ausfielen, aufzunehmen.<sup>288)</sup> Ist so Ueberflüssiges und die Wissenschaft zuweilen geradezu Verirrendes vom Gesetzbuch nicht ferngehalten worden, so schlägt die Kürze des Gesetzbuches, wenn sie etwas anderes als juristische Prägnanz ist — und sie ist dies durchaus nicht immer — fast unvermeidlich in Unvollständigkeit um, der durch die Verweisung auf das Naturrecht unmöglich wirksam abzuhelpen war, und jedenfalls beweist die nicht unbedeutende Zahl von Gesetzen, die seither erlassen werden mußten, daß die Vollständigkeit des Gesetzbuches nur eine sehr vorübergehende war.<sup>289)</sup> Was die angestrebte Simplification des Rechtes anbelangt, so wird es Niemand für einen Vortheil halten können, wenn das Gesetzbuch in der Natur der Dinge begründete civilistische Unterschiede zertritt<sup>290)</sup> oder durch seine Bestimmungen auch nur die Gefahr nahe legt, daß die Praxis solche

betreffenden Paragraphen) gegen das Erforderniß der „Eigenthümlichkeit“ verstoßen. Unger System I S. 291, bes. Note 1.

<sup>287)</sup> Arnolds III S. 123.

<sup>288)</sup> Arnolds III S. 144.

<sup>289)</sup> „Diese Kürze ist zugleich oft Dürftigkeit“ Stobbe Geschichte II S. 480. vgl. Handb. I S. 85. Gerber System s. 23. Lang Entw. eines b. G. B. für Bayern I S. 31. Vgl. die Zusammenstellung der bis Ende 1819 erlassenen nachträglichen Verordnungen von Zeiller in Pratobevera's Mater. VI S. 332 ff. und seine daraus gezogenen Schlüsse S. 346 f. Dem gegenüber ist es nicht gering anzuschlagen, daß eben die Kürze des Gesetzbuches die österreichischen Juristen sofort zu wissenschaftlicher Bearbeitung desselben drängte, während das A. L. R., welches durch seine Ausführlichkeit gelehrte Commentare überflüssig machen wollte, in welchem sich aber eben wegen seiner Ausführlichkeit „zum großen Nachtheil der Klarheit und Consequenz die Principien nicht selten unter den Einzelheiten fast verlieren“, sich gegen wissenschaftliche Bearbeitung nur allzulange spröde erwieis. Jedenfalls gewährt das österreichische Gesetzbuch wissenschaftlicher Behandlung freieren Raum und weicht vom gemeinen Recht weniger ab, als das A. Landt. Arnolds III S. 122 f., 138, 288; Göppert in der krit. Viertelj. Schr. VIII S. 524 f. D. Franklin ebenda VI S. 148.

<sup>290)</sup> Der Vortrag von 1808 fand, obwohl er dem römischen Sachenrecht den „ersten Rang sowohl durch Ausführlichkeit als Gerechtigkeit in den Entscheidungen“ zugestand, dasselbe sei unordentlich aufgehäuft, in dunkle der älteren Philosophie angehörende Subtilitäten eingehüllt, verworren durch den Streit des Civil- und prätorischen Rechtes. Das Heilmittel fand man in Generalisirungen und Vereinfachungen „nach den natürlichen Grundätzen der Gerechtigkeit und Billigkeit.“ Namentlich meinte man die römische Lehre vom Zuwachs reinigen zu müssen, „von den Spitzfindigkeiten, die der zu weit ausgehobene Satz accessorium sequitur suum principale herbeigeführt hatte.“ Die Lehre ist bekanntlich durch diese „Vereinfachung“ und „Reinigung“ zu einer recht schwierigen und unklaren geworden. Ebenso bietet die Lehre von den juristischen Personen im österreichischen Recht dadurch eigenthümliche Schwierigkeiten, daß in ihm — ein von den gemeinrechtlichen Juristen längst ausgegebener Standpunkt — juristische Personen und Gesellschaften zusammengeworfen werden. — In anderen Fällen ist die Vereinfachung nur eine vermeintliche; so z. B. wenn das Gesetzbuch nur zwei Grade der culpa statuirte, vermeinend das römische Recht kenne deren drei u. s. w.

Unterschiede ignorire. Die Erwartung, daß das Recht durch seine Vereinfachung so klar werden werde, daß den Gerichten und Advocaten nicht wohl ein Zweifel über den Sinn des Gesetzes bleiben könne, hat sich alsbald als auf einer Illusion beruhend erwiesen; <sup>291)</sup> die Controversen sind nicht verschwunden, vielmehr ist es ganz richtig, daß die Gegenwart „unter einer Masse von durch das Gesetzbuch veranlaßten Streitfragen leidet, die der Zahl nach den im gemeinen Recht vorkommenden praktisch erheblichen Streitfragen mindestens gleichkommt.“ <sup>292)</sup> Noch weniger ist die seit so geraumer Zeit <sup>293)</sup> ersehnte Gemeinverständlichkeit des Gesetzbuches erreicht worden; wie schon Horten (oben S. 15) erkannte, ist sie für ein Gesetzeswerk „um deswillen nur in beschränkter Weise zu erreichen, weil die einzelnen Bestimmungen des Gesetzes stets nur im Zusammenhang des Ganzen volles Verständniß finden können, für solche Einsicht in das Ganze aber Rechtsgelehrsamkeit unerläßlich ist, so daß Bürger und Bauer die ihnen nöthige Rechtskenntniß nimmermehr durch Beschäftigung mit den abstracten Normen des Gesetzbuches, sondern nur durch die Anschauung des Lebens und die Erfahrung gewinnen.“ <sup>294)</sup> Gegen die Angemessenheit des Gesetzbuches für die Gesamtheit jener Länder, für welche es bestimmt ist, wurden die nämlichen Bedenken erhoben, die Zeiller diesfalls gegen das allgemeine Landrecht und den Code civil aussprach, <sup>295)</sup> und sogar die erstrebte Gerechtigkeit möchte selbst im Sinne der Redactoren kaum immer erreicht worden sein; sie wollten z. B. um die Freiheit der Untergebenen nicht ohne Noth zu beschränken, die Rechte der Eltern und Kinder in ihre richtigen Grenzen zurückweisen; von diesem Abschnitt des Gesetzbuches urtheilt aber Arndts (Civ. Schrift. III S. 144 f.) gewiß mit Recht, es seien aus der abstracten Naturrechtstheorie und dem übermäßigen Vertrauen auf die Allweisheit des Staates <sup>296)</sup> „Bestimmungen über das Verhältniß unter Eltern und Kindern, die elterliche Gewalt noch mehr als der Code Napoleon beschränkend, hervorgegangen, die der Natur dieses Familienverhältnisses durchaus nicht entsprechen, und in hundert Fällen eine störende Einmischung der öffentlichen Gewalt in gesunde Familienverhältnisse veranlassen könnten, um dann und wann dem Schaden eines ungefunten vorzubeugen.“ <sup>297)</sup>

Diese Mängel des Gesetzbuches werden jedoch „durch entschiedene und allgemein anerkannte Vorzüge überwogen“ <sup>298)</sup> . . . „Es ist in dem österreichischen

<sup>291)</sup> Nicht anders war es in Preußen, Förster I S. 16.

<sup>292)</sup> Arndts III S. 446. Auch die von Zeiller (oben Text zu Note 268) ausgesprochene Besorgniß ist eingetroffen; vgl. z. B. S. 1356 mit 1422 f.

<sup>293)</sup> Harrasowsky S. 37.

<sup>294)</sup> Dernburg I S. 11 f., der das Gleiche vom preussischen Landrecht bezeugt. Die österr. Redactoren (Vortrag von 1801) haben sich zwar beschieden (oben Note 275), daß der gemeine Mann „außer den Fällen, wobei ihm die Art, sich rechtlich und vorsichtig zu benehmen, durch Ueberlieferung und Routine bekannt ist“, fremden Rathes bedürfen werde; nur den „gebildeten Bürger“ sollte das Gesetzbuch von den Juristen emancipiren. Daß dieses Ziel nicht erreicht wurde, wäre den Redactoren als ein Verfehlen der „ersten und eigentlichen Bestimmung des Gesetzbuchs“ erschienen, wird ihnen aber heut kaum zum schweren Vorwurf gemacht werden. Vgl. noch Sohm in Grünhut's Zeitschr. I S. 278.

<sup>295)</sup> Stobbe Geschichte II S. 480 findet es verlegend, daß das Gesetzbuch sich selbst gegen das Gewohnheitsrecht erclusiv verhält, da es doch nur die allgemeinsten Grundsätze enthält, und „für die ihrer Nationalität und ihrem staatlichen Zuschnitt nach so außerordentlich verschiedenen Theile der Monarchie gelten soll.“ Vgl. oben Note 272.

<sup>296)</sup> Zeiller wiederholt freilich oft genug, der Gesetzgeber mache das Recht nicht, er sei kein Rechtsschöpfer, (vgl. Martini Natl. öffentl. Recht I §§. 241, 246. Zeiller Nat. Priv. R. §§. 18, 24) aber mit diesem Ausspruch sollte nur dem Naturrecht die gebührende Ehre erwiesen werden, praktisch ließen sich durch Erwägungen dieser Art die Redactoren nie abhalten, das Gesetz so zu gestalten, wie es ihnen am zweckmäßigsten schien, daher Utilitätsgründe unter den von den Redactoren angeführten Motiven eine gar nicht unbedeutende Rolle spielen. Pfaff S. 286 f. vgl. Schmid S. 263 f. über die von Portalis verfaßte Einleit. Arndts III S. 312.

<sup>297)</sup> Vgl. auch Schenk Der Familienrath (Wien 1863), bes. S. 25 ff.

<sup>298)</sup> Arndts III S. 145.

Gesetzbuch ein . . . überaus reicher Schatz legislatorischer Weisheit niedergelegt, es herrscht in demselben ein . . . lebenskräftiger sittlicher Geist, und es durchdringt die einzelnen Bestimmungen desselben . . . Milde und Billigkeit“ . . .<sup>299)</sup> „Es empfiehlt sich auch im Ganzen durch klare und faßliche, dem Charakter eines Gesetzbuches angemessene Ausdrucksweise.<sup>300)</sup> Das deutsche und römische Element des gemeinen Rechtes ist darin meistens verständlich und zeitgemäß verarbeitet und verschmolzen und dem ersten namentlich sein gebührender Einfluß gewahrt worden.“ (Arndts III S. 144.)<sup>301)</sup> Es hat „nicht nur in Oesterreich leicht Eingang gefunden und tiefe Wurzel geschlagen,<sup>302)</sup> sondern auch ander-

<sup>299)</sup> Unger der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen (Wien 1853) S. 3.

<sup>300)</sup> Unger a. a. O. S. 4: „ . . . Fassung und Sprache (wurde) von den Verfassern des österreichischen Gesetzbuches mit einer Meisterschaft behandelt . . . , wie vor ihnen nie und nachher selten . . . “ Arndts III S. 398: „ . . . Gern geben wir zu, daß auch in Ansehung der Sprache das österreichische Gesetzbuch seiner Zeit nicht ohne Verdienst war.“ Stobbe II S. 480: „Das Gesetzbuch zeichnet sich durch kurze Fassung, Uebersicht und Klarheit aus.“ Das Streben, „sich einer reinen deutschen Sprache zu befleißigen“, erfüllte schon Azoni; der Rückschlag blieb nicht aus (Harrasowsky S. 51, 67, 98) und der Coder Theresianus war in unbeholfener Sprache verfaßt (oben bei Note 72). Bei den späteren zahlreichen Revisionen scheint man immer mehr zu dem Bewußtsein gelangt zu sein, daß die systematische Verarbeitung eines ganzen Rechtszustandes auch in sprachlicher Hinsicht eine „jogar künstlerische“ (Bericht des deutschen Bundesrathsausschusses für Justizwesen v. 9. Juni 1874 bei Hauser S. 339) Aufgabe sei, und die Protokolle der drei Lesungen legen vielfach Zeugniß ab von den Bemühungen der Redactoren, überall in die treffendsten, bedeutendsten Ausdrücke zu wählen und auf Gebieten, in denen es an einer feststehenden juristischen Terminologie fehlte, eine solche zu schaffen. Pfaff S. 284. Gewiß darf man behaupten — und auch dies beweisen die Protokolle — daß es den Redactoren weit häufiger, als bisher angenommen zu werden pflegt, gelungen ist, dem Gedanken, den sie aussprechen wollten, einen vollkommen adäquaten Ausdruck zu geben, und so manche vermeintlich verfehlte oder ungenaue Tertirung erweist sich in den Protokollen als eine vollkommen präcise (vgl. z. B. rücksichtlich der §§. 1494, 1353 und 1359 Pfaff S. 303 ff., 315). Ist dagegen der Gedanke der Redactoren ein unklarer, nicht in allen seinen Consequenzen durchdachter, dann wäre es ungerecht, ihnen wegen der Ungenauigkeit des Ausdrucks einen Vorwurf zu machen, da der Fehler in der That die Sache, und nicht das Wort betrifft. [So ist es z. B., wenn es den Redactoren darauf ankömmt, eine Neuerung gegenüber dem geltenden Recht (z. B. die Entschädigung des Verlierenden im §. 409 f.) einzuführen; in solchen Fällen wird leicht nur die Neuerung Gegenstand der Berathung, und im Uebrigen der Entwurf fast unbefehens angenommen. In anderen Fällen ist zwar das durch den Rechtsatz zu erreichende Ziel mit aller Schärfe in's Auge gefaßt, der Mittel aber, zu demselben zu gelangen, in keiner Weise gedacht; so z. B. §. 418 in f. in seiner jetzigen Gestalt.] Meisterhaft aber verstehen die Redactoren die Kunst des Kürzens; nicht selten ist es ihnen gelungen, den Inhalt einer ganzen Reihe von Paragraphen des allgemeinen Landrechts in einen einzigen kurzen Paragraphen zusammenzupressen und zugleich meritorisch zu verbessern; vgl. z. B. §. 887 a. b. G. B. mit A. L. R. I 5. §§. 127—130.

<sup>301)</sup> Nach dieser Richtung hin hatte das Gesetzbuch allerdings an dem allgemeinen Landrecht einen Vorgänger, und haben ja auch die Redactoren offen anerkannt, wieviel ihre Arbeit diesfalls dem allgemeinen Landrecht verdanke. — Uebrigens darf das Gewicht der germanischen Elemente, die im Gesetzbuche Aufnahme gefunden haben, nicht überschätzt werden (S. schon Unger Entwurf des sächsischen Gesetzbuchs S. 5 und Note 1 über Weise in der allgemeinen österreichischen Gerichtszeitung 1852 Nr. 80, 82—84, 86, 88—90. Arndts über Vererbung der Bürgerschaftsverbindlichkeit. Civ. Schrift. III S. 240 ff.). Göppert a. a. O. VIII S. 533, 535. Was vom deutschen Recht in das allgemeine Landrecht und das österreichische Gesetzbuch überging, ist größtentheils als vermeintliches Naturrecht aufgenommen worden. Die Redactoren hielten „das für vernünftig und allgemein giltig, was in der That national war.“ Stobbe II S. 433, 481. Vgl. Pöcher System des preuß. L. R., S. 66. Die „eigentlich deutschen Rechte“ waren „in Oesterreich . . . weniger verbreitet.“ Heß S. 27 Note \*. Ebenso ist der Code Napoleon, in dem ja ebenfalls römisches Recht und das der Couinmes frei verarbeitet war (Portalis S. 183 f., 205 ff.) selbst in Deutschland von manchen Stimmen „für den reinen Ausdruck des Vernunftrechtes“ erklärt worden. Stobbe II S. 483 f.

<sup>302)</sup> Vgl. auch Sintonis Zur Frage von den Civilgesetzbüchern. Leipzig 1853 S. 35.

wärts mehrfach zum Vorbild gebient,<sup>303)</sup> und wo es einer anderen Gesetzgebung den Platz räumen mußte, wird sein Verlust lebhaft beklagt.<sup>304)</sup> So faßt denn ein gewiß ebenso kompetenter als unbefangener Beurtheiler<sup>305)</sup> sein Votum in Einem Satze dahin zusammen: „Das österreichische Gesetzbuch, obwohl nicht ohne Mängel . . . ist relativ ein ausgezeichnetes Werk,“ und nennt es (S. 213) „ein Gut von hoher Bedeutung“; und derselbe Schriftsteller, der zuerst den kritischen Maßstab in umfassender Weise an das Gesetzbuch anlegte, hat vor- wie nachher<sup>306)</sup> erklärt, „das Gesetzbuch habe überall im Lande feste und unausrott- bare Wurzel gefaßt, üppige Blüthe und Frucht getrieben,“ es werde „von jedem Staatsbürger als ein kostbares Kleinod betrachtet . . . und unter seiner Herr- schaft wickeln sich alle Rechtsverhältnisse einfach und ungezwungen ab.“ „In diesem langen Zeitraum hat sich das Gesetzbuch überall, wo es eingeführt wurde, als wohlthätig und segensreich erwiesen . . . Die Befriedigung, womit man in Oesterreich auf das bürgerliche Gesetzbuch blickt, ist im Allgemeinen gewiß berechtigt. Nimmt das Gesetzbuch schon unter den großen Gesetzeswerken, welche am Ende des verflossenen und am Beginn des gegenwärtigen Jahrhunderts zu Stande kamen, einen ehrenvollen, wenn nicht etwa gar den ersten Platz ein, so hat es durch die mannigfachen legislatorischen Versuche der neueren Zeit an Ansehen und Achtung sicher nicht verloren. Denn es dürfte schwer fallen, ein Gesetzbuch der neueren Zeit namhaft zu machen, welches zu dem gegenwärtigen Stand der Wissenschaft und der Gesetzgebungskunst in einem so günstigen Verhältniß stünde, wie das bürgerliche Gesetzbuch zu der Jurisprudenz seiner Zeit. Mit diesem relativem Maßstab gemessen, übertrifft das bürgerliche Gesetzbuch immer noch alle neueren Codificationsversuche.“ „Mag man auch in einzelnen Partien dem öster- reichischen Gesetzbuche gerechte Ausstellungen machen“ . . . so muß man doch zu- geben, daß ihnen „bei einer dereinstigen Revision des Gesetzbuches durch eine Umstellung der Theile und durch Umarbeitung einiger weniger Partien leicht und vollständig abzuhelfen sein wird.“

<sup>303)</sup> Arndts III S. 397. Mehrere Entwürfe und privatrechtliche Gesetzbücher aus späterer Zeit lehnen sich mehr oder weniger an das österreichische Gesetzbuch an (während das allgemeine Landrecht nirgends zum Muster genommen wurde, Arndts III S. 138 f. Note 2, S. 396); so der Leonrod'sche Entwurf für Baiern, theilweise der bessische Entwurf, die Gesetzbücher für Bern, Luzern, Aargau, Solothurn, der sächsische Entwurf von 1853 (Arndts III S. 147 f., 269 Note \* 397 f.); über den, wie es scheint, aufgegebenen Ent- wurf eines ungarischen bürgerlichen Gesetzbuches vgl. R. S. in Behrend Zeitschrift für deutsche Gesetzgebung VI S. 286 und Behrend in Holtenborff's Encycl. (2. Aufl.) I S. 299.

<sup>304)</sup> Vgl. den aus dem Eco de' Trib. abgedruckten Brief eines in der Lombardei lebenden Advokaten in der allgemeinen österreichischen Gerichtszeitung 1867 Nr. 20: „Im Allgemeinen . . . möchten wohl Viele das österreichische bürgerliche Gesetzbuch sowohl hin- sichtlich der wissenschaftlichen Grundlagen, als bezüglich freisinniger Auffassung und Form dem französischen Gesetzbuche und daher auch dem von diesem abgeleiteten, wenn auch ver- besserten italienischen Gesetzbuche vorziehen.“ Ueber Ungarn siehe oben Note 236 und Text dazu.

<sup>305)</sup> Arndts III S. 153.

<sup>306)</sup> Unger Besprechung des sächsischen Entwurfes (1853) S. XI; die Verlassen- schaftsabhandlung in Oesterreich (Wien 1862) S. 1, 2; der revidirte Entwurf eines bürger- lichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen (Leipzig 1861) S. 5 f.; der revidirte säch- sische Entwurf und sein Vertheidiger . . . Pöschmann (Wien 1861) S. 6.

## II. Literatur

des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches.

Bei der Würdigung der einzelnen Leistungen ist zu bedenken, daß das achtzehnte Jahrhundert überhaupt und überall eine Zeit des Verfalles der Jurisprudenz war, und daß der Aufschwung, der mit dem neunzehnten Jahrhundert in Deutschland begann, darum nicht sogleich auf Oesterreich einwirken konnte, weil das neue Gesetzbuch einmal alle Kräfte zunächst für sich in Anspruch nahm, und dann durch die Loslösung vom gemeinen Rechte eine Isolirung hervorbrachte. Daß eine Codification nachtheilig auf die Theorie einwirkt, hat sich nicht blos bei uns, sondern auch in anderen Staaten erwiesen und ist jetzt wohl allgemein anerkannt,<sup>307)</sup> womit nicht gesagt sein will, daß Codificationen deshalb unterbleiben sollten. — Ueber die ältere Literatur (vor dem bürgerl. Gesetzbuch) s. Winwarter I S. 24 und Kreuzer.

### Bibliographische Werke.

**Dr. Jos. Kreuzer**, Handbuch der Litteratur des österreichischen Privatrechtes (Wien 1808).

Dies Büchlein (164 SS. kl. 8<sup>o</sup> und Register, eine Umarbeitung des 1804 erschienenen Versuchs einer Litterargeschichte der österr. Privatrechte) umfaßt trotz des Titels auch Verfahren in und außer Streitsachen, Strafrecht, Handels- und Wechselrecht, Kirchen-, Lehen-, Kriegsrecht u. a. — I. Abth. Gesetzsammlungen (S. 1—32); II. Abth. Schriftsteller über das ältere österr. Recht bis zur Regierung Joseph II. (S. 33—44); III. Abth. Schriftsteller über das neuere österr. Recht von Joseph II. bis 1807 (S. 45—156); IV. Abth. Schriftsteller über österr. Geschäftsstyl (157—164), wo auch Abelung's Grammatik und Wörterbuch und die Prosodie von Moritz aufgeführt werden! —

**Joh. Vesque v. Püttlingen**, Darstellung der Literatur des Oesterreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches (Wien 1827) 216 SS. 8<sup>o</sup>.

Eine verdienstliche, noch immer brauchbare Arbeit.

I. Abth. (S. 1—16) Gesetzsammlungen;

II. Abth. (S. 17—200) Werke über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch,

1) die es unmittelbar behandeln (a) das ganze Gesetzbuch, b) nicht das ganze Gesetzbuch);

2) die es nur mittelbar betreffen. — Den Schluß bildet ein alphabetisches Register.

— Der Verfasser beschränkt sich nicht auf die Angabe der Büchertitel, sondern macht bei den meisten Büchern auch kurze Bemerkungen über ihren Inhalt und Werth. — Rec. in der Wagnerschen Zeitschrift von 1827 III Bd. S. 265 f.

<sup>307)</sup> Noch Bornemann (I S. 161 ff.) widmete 1834 einen zehn Seiten füllenden Abschnitt der Untersuchung der Frage: „Ist das preussische Landrecht einer wissenschaftlichen Bearbeitung fähig und warum ist ihm dieselbe bisher in dem erwünschten Grade nicht zu Theil geworden?“ Vgl. D. Franklin in Krit. Viertelsschr. VI S. 148 f. Förster I S. 23 f. Vom Code Nap. sagte Pocré (die Aeußerung ist abgedruckt bei Zachariaä in der Krit. Zeitschr. für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes 1829 I S. 9 Note 10): Le code civil a presque anéanti l'étude profonde du droit. Ueber die Literatur des österr. Privatrechtes ist nachzulesen Unger in Schletter's Jahrb. I S. 353 (abgedruckt seit der dritten Auflage im System I S. 635 ff.).

**M. Damianitsch**, Die Literatur des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches im Auszuge verfaßt. Wien 1850. (XVI und 255 S. 8<sup>o</sup>.) 1852 erschien ein „Anhang“ (39 S.). (Die sog. 2. Ausg. besteht darin, daß dieser Anhang den Exemplaren der 1. Ausg. beigeheftet wurde.)

Der Verfasser sucht, im Anschlusse an die Paragraphen des Gesetzbuches, aus der Literatur, mit Ausnahme der Commentare, einen kurzen Auszug zu liefern. So viel Fleiß nun hieran gewendet ist, werden diese auf wenige Zeilen beschränkten Auszüge nur in seltenen Fällen das Nachlesen der ausgezogenen Arbeit entbehrlich machen, was namentlich von den größeren Arbeiten gilt. Werthvoll aber bleibt die Literaturnachweisung. Rec. in Haimler's Magazin I S. 453 f. — Der Anhang enthält fast nur Excerpte aus einem Aufsatz Rippel's und aus dem Jahrgang 1852 der Gerichtszeitung.

Wesentlich verschieden von den bisher genannten Werken ist das folgende:

**Dr. M. v. Stubenrauch**, Bibliotheca juridica austriaca. Verzeichniß der . . . in Oesterreich (außer Ungarn . . .) erschienenen Druckschriften . . . (Wien 1847).

Dieses Werk, zunächst nur ein alphabetisches Verzeichniß von Büchern und Aufsätzen über alle Theile der Jurisprudenz (keineswegs nur das Privatrecht) geordnet nach den Namen der Autoren, mit fortlaufenden Nummern versehen, dagegen von jeder Systematik absehend (also ein Personal-, kein Realkatalog), erhält seinen Werth durch das ungemein emsig gearbeitete, sehr detaillirte Sachregister, und durch den Umstand, daß auch die Aufsätze aus den Zeitschriften unter den Namen der Autoren angeführt und im Sachregister mit der Nummer bezogen sind. — Ausgenommen sind alle Schriften, die in Oesterreich (i. eng. S.) erschienen sind, auch wenn sie fremdes Recht behandeln; nicht aufgenommen (mit wenig Ausnahmen) Schriften über österr. Recht, wenn sie außerhalb Oesterreichs (i. eng. S.) erschienen sind.

Springer gab in den Jahrg. 1835—36 der Wagner'schen Zeitschrift eine Zusammenstellung der Titel aller 1825—1835 erschienenen, die österreichische Jurisprudenz, Politik, Statistik betreffenden Schriften; dann in den folgenden Jahrg. bis 1840 immer die Bibliographie des abgelaufenen Jahres.

## Systematische Darstellungen:

Nachdem Unger in seiner Prager Antrittsrede („Ueber die wissenschaftliche Behandlung des österr. gemeinen Privatrechts“ Wien 1853) das Bedürfniß systematischer Behandlung des österr. Privatrechts betont hatte, erschienen 1855 zwei Lieferungen von

**Adalb. Theod. Michl**, „Grundriß des heutigen österr. allg. Privatrechts“ (Münch.) IV und 192 S. (Einleitung. Erster Theil: das Recht der Persönlichkeit. Zweiter Theil: das Vermögensrecht u. zw. Besitz, Eigentum, Pfandrecht.)

Rec. Schletter's Jahrb. I S. 151 ff. Unger in den österr. Blättern für Literatur und Kunst 1855 Nr. 5. Das Werk wurde nicht weiter fortgesetzt.

**Jos. Unger**, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. 1. Bd. (1856) II. Bd. (1859) (zus. etwa 1350 S. gr. 8., enthaltend den allgemeinen Theil); beide Bände wurden 1863 (1876 in vierter Auflage) unverändert abgedruckt. Seit der dritten Auflage (1868) ist dem I. Bd. ein Aufh. über den Entwicklungsgang der österr. Civiljurisprudenz seit Einf. des allg. bgl. Gesetzb. (aus Schletter's Jahrb. I) angehängt. — Vom besonderen Theile ist leider! nur das Erbrecht als Bd. VI erschienen (1863, 2. Aufl. 1871).

Recension des I. Bds. in der Münchner krit. Viertelsschr. I S. 437 f. (Windscheid), Gerichtszeitung von 1856 Nr. 55 (= Arndts's gesammelte Schriften III S. 211 f.); österr. Blätter für Literatur und Kunst, 1856, Nr. 19, 20, 22, 29, 30

(Chambon), Schletter's Jahrb. III S. 149 ff. — Gegen diesen I. Bd. ist ein eigenes Buch geschrieben: Dr. J. N. Berger, kritische Beiträge zur Theorie des österr. allgemeinen Privatrechtes (Wien 1856, 192 S. rec. Gerichtszeitung VII Nr. 125). Gegenüber dieser Polemik vertheidigte Unger seinen Standpunkt in der Gerichtszeitung VII Nr. 126—128. — Recension über Unger und Berger von Harum in Haimel's Magazin XV S. 141 f., S. 225 f.

Bd. II: Gerichtszeitung von 1860 Nr. 19 (= Arndts gesammelte Schriften III S. 217 f.), Schletter's Jahrb. VI S. 346 f.

Bd. VI (Erbrecht): Münchner krit. Viertelsschr. VII S. 128 f. (= Arndts gesammelte Schriften III S. 222 f.; Haimel's Viertelsschr. XV, lit. Bl. S. 28 f. (Dworzad)).

Urtheile über die Bedeutung des Werkes im Allgemeinen: Münchner Viertelsschr. VII S. 456, VIII S. 524; Förster preussisches Privatrecht I, §. 8 Note 8; Gerber System §. 23 Note 4; Stobbe Handbuch des deutschen Privatrechtes I S. 102; Bangerow Pandekten I §. 9 a. E.; Windscheid Pandekten I §. 12 a. E.

## Commentare

### a) in deutscher Sprache:

**Franz v. Zeiller**, Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie (Wien und Triest 1811—1813) 4 (bez. 6) Bde. und Registerbd.

Als die Arbeit des letzten Hauptredactors des bürgerlichen Gesetzbuches von unvergänglichem Werth für die Geese und die Dogmengeschichte. Ein klarer, allem Spitzfindigen abgeneigter Verstand spricht aus der behaglichen (aber nicht weitgeschweifigen) Darstellung. Die theoretischen Schwächen des naturrechtlich tingirten Werkes sind Schwächen jener Zeit. Auf das frühere Recht ist sehr wenig Rücksicht genommen, mehr auf die preussische und französische Gesetzgebung. Von dem Verhältniß des Werkes zu den Protokollen ist unten bei §. 6 u. 7 die Rede. Daß der Commentar zum Theil schon während der Schlussredaction verfaßt wurde, beweist a) das rasche Erscheinen desselben, b) der Umstand, daß „Proben“ daraus (= I S. 30—97) schon 1810 (im IV. Bd. der Beiträge) erschienen und in diesen Proben der Gesetzestext mit jenem, der Gesetzeskraft erhält, nicht vollkommen übereinstimmt, c) daß bei Allegirung einschlägiger Paragraphen die Ziffer nicht selten (in Folge späterer Ummumerirung) unrichtig ist. — Das Werk ist dem Kaiser Franz I. dedicirt in schlichten von Servilismus weit entfernten Zeilen.

Recensionen: Annalen der Literatur und Kunst in dem österr. K. October 1811, Juni 1812. — Wiener allg. lit. Ztg. 1813 Nr. 2 und 63. — Vesque S. 17—21. — Unger S. 638.

Uebersetzungen: 3 ital.: a) von Carozzi, dazu ein zweibdg. Indices ragionato (auch „Epitome“). Darüber berichtet C. selbst im Anbange zum I. Bd. seines Orig. Comm. (S. 55—65, 67—69); dann Vesque S. 19 f. — b) Calderoni, c) Bertolini (die Titel f. bei Vesque S. 20 f.).

**Georg Scheidlein**, Handbuch des österreichischen Privatrechtes. (Wien u. Triest 1814, 1815) 3 Bde.

Ein Lehrbuch ohne jeden wissenschaftlichen Werth, freilich auch ohne Anspruch auf solchen. Der Verfasser macht „keinen Anspruch auf Autorschaft“, hat vielsach Zeiller's E. ausgezogen, will nur dem Studenten einen „kurzen Leitfaden“ geben; deshalb hat er „alle literarische Notizen, alle Vergleichen mit den vorigen einheimischen und mit fremden Gesetzen weggelassen und sich aller kritischen Bemerkungen enthalten.“ — Der Gesetzestext ist in die Darstellung eingeflochten, doch im Drucke ausgezeichnet; gleichwohl ist die Paragraphenfolge des Gesetzes beibehalten. Das Werk ist zu unterscheiden von den zahlreichen ähnlich betitelten Büchern desselben Verfassers.

Rec.: Wiener lit. Ztg. 1815 Nr. 67. Vesque S. 21.

**Michael Schuster**, Theoretisch-praktischer Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch . . . I (einziger) Bd. 1818.

Der Verfasser, Prof. in Prag, ein Mann von origineller Begabung, vielseitiger Bildung und Geschicklichkeit und außerordentlichem Fleiß (vgl. Wagner's Ztschr. 1834 III S. 225 f.) wollte zu Zeiller's Comm., den er als die Institutionen des österr. Rechtes betrachtete, die Pandekten in 9 Bdn. liefern. Der I. Bd. umfaßt das R. M. P. und die

ersten 43 Paragraphen (503  $\text{S.}$  und eine interessante Vorrede auf XXIV  $\text{S.}$ ). Daß es bei dem I. Bde. blieb, erklärt sich nicht aus einer Ermüdung des Verfassers (denn er war unermüdblich, und ein ziemlich ausgeführter Entwurf soll handschriftlich existirt haben), sondern theils aus äußeren Hindernissen, theils aus den hohen Anforderungen, die er an sich stellte. In seinem Nachlasse fand sich ein Aufsatz, in dem ausgeführt wurde, ein gründlicher Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch sei noch gar nicht möglich. Und auch hierin zeigt sich seine Ueberlegenheit über die meisten Zeitgenossen. So vieles auch heute als irrig und verfehlt in seinen Arbeiten erscheint, so beweisen sie doch den selbständigen Denker.

Rec.: Jahrb. der Literatur, Wien 1818 II 149; Besque  $\text{S.}$  46 f. — Unger  $\text{S.}$  639.

**Jgn. Franz Bergmahr**, Das bürgerliche Recht der k. k. österr. Armee und der Militär-Gränzprovinzen. 5 Bde. Wien 1827—1837. Anhang 1839.

Der Werth dieses Commentars liegt in dem (uns nicht beschäftigenden) Militärrecht. Soweit er allgemeines bürgerliches Recht betrifft, ist er ganz ohne Bedeutung. Einen großen Theil des Werkes füllen in extenso mitgetheilte oft nicht das materielle Recht, sondern das Verfahren betreffende Verordnungen. Sonst entspricht die äußere Dekonomie der des Commentars von Winiwarter.

Rec.: Wagner'sche Ztschr. 1827 III  $\text{S.}$  411 f.; — 1829 III  $\text{S.}$  283 f.; — 1830 III  $\text{S.}$  521 f.; — 1837 III  $\text{S.}$  105 f.

**F. Kav. J. F. Nippel**, Erläuterung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches für die gesammten deutschen Länder der österr. Monarchie, mit besonderer Berücksichtigung des praktischen Bedürfnisses. (Gräß 1830—38) 9 (bez. 11) Bände.

Der große Umfang erklärt sich aus der ermüdbenden Reichthümlichkeit der Darstellung und daraus, daß fast die ganzen vier (sechs) Bände Zeiller's hier wiederholt sind, zwar bona fide (N. sagt in der Vorrede, er habe nicht nach Originalität, sondern nach Förderung des praktischen Nutzens gestrebt und darum den Commentar v. Zeiller's dem seinen zu Grunde gelegt), allein in naiver Verkennung der ökonomischen Seite des Autorrechtes. Sonst sind die seit Zeiller erschienenen Monographien und Aufsätze benutzt (im ersten Band namentlich das Eherecht von Dolliner), überall mit Angabe der Quellen, nur im ersten Band streift hie und da (s. bes.  $\text{S.}$  13) die Benützung des Schuster'schen Commentars an's Unerlaubte. Uebrigens ist der Verfasser redlich bestrebt, jede Frage selbst durchzuprüfen und oft trifft er das Richtige. Doch macht sich überall der Mangel wissenschaftlicher Methode fühlbar.

Band I (bis incl.  $\text{S.}$  92) rec. in Wagner's Ztschr. 1830 III<sup>109</sup>  $\text{S.}$  95 f. — Band II (den Rest des Personenrechts umfassend) rec. ebenda 1832  $\text{S.}$  6 f.,  $\text{S.}$  45 f. — Band III enthält Sachenrecht im heut.  $\text{S.}$ , rec. ebenda 1834  $\text{S.}$  97 f. — Band IV und V (Erbrecht und 16 Hypth.) rec. ebenda 1834  $\text{S.}$  143 f., 1836  $\text{S.}$  259 f. — Band VI (17.—20. Hypth.) rec. ebenda 1837  $\text{S.}$  179 f. — Band VII in 2 Abthlgn. (21.—28. Hypth.) rec. ebenda 1838  $\text{S.}$  1 f., 1840  $\text{S.}$  151 f. — Band VIII in 2 Abthlgn. (§§. 1267—1502) rec. ebenda 1840  $\text{S.}$  389 f., 1842  $\text{S.}$  1 f. Ausführliche Rec. von Kleinwächter in Richter und Schneider krit. Jahrb. Bd. X.

Vgl. Unger  $\text{S.}$  645.

Eine italienische Uebersetzung, die 1836 zu Pavia zu erscheinen begann, blieb, wie es scheint, unvollendet.

**Jos. Winiwarter**, Das Oesterreichische bürgerliche Recht, systematisch dargestellt und erläutert. (Wien 1831—1838) 5 Bde. — 2. Aufl. 1838—1846.

Durch die Form der Darstellung und die Selbständigkeit des Inhaltes dem vorigen Werke weit überlegen. Aber so scharfsinnig und gelehrt W. war, so kann man sich nicht verhehlen, daß der Scharfsinn bei ihm nicht selten in Spitzfindigkeit und Paradoxie umschlägt, und seine Kenntniß des gemeinen Rechts und fremder Gesetzgebungen für die tiefere Erfassung des heimischen Rechts wenig fruchtbar gewesen ist. Das Werk ist, trotz des Titels, ein Commentar, die Darstellung folgt der Reihenfolge des Gesetzes. Nur ist die Eintheilung in Paragraphen unabhängig von den Gesetzparagraphen, ebenso sind die Paragraphenüberschriften nicht identisch mit den Marginalnoten des Gesetzbuches. Auch ist der Gesetztext nicht immer an den Anfang der Erörterung gestellt. In der 2. Auflage scheidet sich indess der Text des Gesetzes schärfer von dem des

<sup>109</sup> Jeder Jahrgang zerfällt in 3 Bde.; da nur im III. Bd. Recensionen vorkommen, ist fernerhin bei jedem cit. Jahrg. hinzubedenken „III. Band“.

Commentars, und ist die Abweichung von anderen Commentaren in dieser Hinsicht eine bloß äußerliche und ganz geringfügige.

Vb. I führt den Separattitel: „Das Personenrecht nach dem österr. allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch — rec. in der Wagner'schen Ztschr. 1832 S. 375 f., darüber eine heftige Antikritik als Beilage dess. Jahrg., darauf eine Entgegnung im Jahrg. 1833 S. 81 f. — Vb. I der 2. Aufl. (572 SS.) kurz angezeigt ebenda 1839 S. 465 f., ausführlich rec. im „Juristen“ II S. 208—244.

Vb. II „Des dinglichen Sachenrechtes I. Abthlg.“ (Sachenrecht im heut. S.) 1. Aufl. rec. in Wagner's Ztschr. 1834 S. 65 f. — 2. Aufl. (358 SS.) rec. ebenda 1840 S. 145 f. und „Jurist“ IV S. 207 f.

Vb. III Des dinglichen Sachenrechtes II. Abthlg. (Erbrecht und 16. Hypf.), rec. in der Ztschr. 1838 S. 475 f.; 2. Aufl. (486 SS.) Ztschr. 1841 S. 99 f., „Jurist“ X S. 501 f., XI S. 163 f., XII S. 167 f., 332 f.

Vb. IV „Das persönliche Sachenrecht nach dem österr. allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch“ (Obligationenrecht), in 2. Aufl. 611 SS.

Vb. V „Gemeinschaftliche Bestimmungen der Personen- und Sachenrechte“ (III. Thl. des Ges.), in 2. Aufl. 279 SS. mit Register 403 SS. — Vb. IV und V der 1. Aufl. sind rec. in der Ztschr. 1839 S. 297 f., der Vb. V auch im „Jurist“ I S. 162 f.

Vgl. überhaupt Unger S. 646.

Italienische Uebersetzung von Dr. Annibale Callegari 1. Aufl. 1838 f.: „Edizione seconda nuovamente riveduta sulla seconda dell'originale tedesco.“ (Venezia 1845—1847, 29 fascicoli.)

**Jos. Ellinger**, Handbuch des österr. Civilrechtes. 1. Aufl. Wien 1843 (Vorwort 1842) 700 SS. 2. Aufl. 1846, 3. Aufl. 1850, 4. Aufl. 1851, 5. Aufl. 1853, 6. Aufl. 1858 (681 SS., mit Anh. u. Reg. 779 SS.).

Der Abdruck des Gesetzbuchs, Excerpte aus einschlägigen Gesetzen, Literaturnachweisungen füllen den größten Theil dieses Buches, dem, obgleich die letzte Auflage gegen die erste sehr vermehrt und verbessert ist, doch nur die Bedeutung eines Repetitoriums zuerkannt werden kann.

Ausführlich rec.: Ztschr. 1843 S. 389 f., ebenda 1844 S. 509 f., 1845 S. 333 f. und S. 442 f., dann im „Jurist“ XI S. 322 f., in Haimeri's Vierteljahr. Vb. IV, lit. Bl. S. 11 f.

Vgl. überhaupt Unger S. 645 f.

Italienische Uebersetzung von Gio. Saffatte Rotondi, auf Grund der 4. Aufl. „con annotazioni ed aggiunte“ in 2 Bdn. (Milano 1853).

Die Einführung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches in den ungarischen Ländern (Pat. 29. Nov. 1852, Anfang der Wirksamkeit 1. Mai 1853) veranlaßte das Erscheinen einiger Commentare in ungarischer Sprache (s. unten) und der nachstehenden in deutscher Sprache:

**Dr. Franz Petruszka**, Erläuterungen zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch. (Preßburg 1853.)

Blieb uns trotz ausgebehnter Nachforschungen unerreichbar; scheint nur für das momentane Bedürfniß bestimmt gewesen und darum mit ihm verschwunden zu sein.

**Wilh. v. Pauly**, Allgemeines österreichisches Gesetzbuch, eingeführt . . . in Ungarn . . . , systematisch und praktisch erklärt. Pesth 1853.

Ob die Recension in der österr. Gerichtszeitung von 1853 Nr. 90 den Verfasser abgehalten hat, Rippel's Werk in den späteren Hefen so ungenirt auszuschreiben, wie er im I. Hefte gethan hat, ist uns nicht bekannt.

**L. Vera**, Ausführliche Erläuterungen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches. Verfaßt mit besonderer Rücksicht auf Ungarn und dessen vormalige Nebenländer. (Pest 1854.)

In diesem Buche ist Rippel nur selten, um so häufiger Zeiller ausgesprochen, freilich in so verschlehter Art, daß es verzeihlich ist, wenn der Recensent in Haimeri's Magazin XII S. 136 f. über den anderen Staunen erregenden Eigenschaften dieses Machwerks überseh, daß es ein Plagiat ist. Unwahr ist schon der ganze Titel. Diese „Erläuterungen“, die nichts erläutern, sind nicht „ausführlich“, sondern selbst äußerlich von sehr mäßigem Umfang. Die „vier Bände“ sind vier Hefte, welche bei

Weglassung der Gesetzabdrücke ein Bändchen füllen würden. Die „besondere Rücksicht auf Ungarn“ besteht im Abdruck des R. M. B. und des Aviticitätspatentes; auf das ungarische Recht und die ungarischen Verhältnisse ist auch nicht die mindeste Rücksicht genommen. Und der Verfasser eines solchen Buches hielt es für nothwendig, sich das Recht der Uebersetzung vorzubehalten! —

Ganz anderer Art ist das folgende, nach des Verfassers eigener Angabe aus derselben Veranlassung entstandene Werk:

**Dr. M. v. Stubenrauch**, Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch sammt den dazu erlassenen Nachtrags-Verordnungen und den über die Einführung dieses Gesetzbuches in Ungarn . . . getroffenen Bestimmungen, mit Rücksicht auf das praktische Bedürfnis. (3 Bde. Wien bei Manz 1853<sup>309</sup>)—1858.)

Weitaus der beste Commentar in deutscher Sprache, vom objectiven Standpunkt der Brauchbarkeit beurtheilt (denn nach dem subjectiven Momente des Verdienstes siehe Zeiller's und Winivarter's Arbeiten höher, weil sie selbständiger sind). Eine klare, gefällige Darstellung, eine umfassende Benutzung der Literatur und der Entscheidungen der Gerichte zeichnen das Werk aus, in welchem auch auf das gemeine Recht viel mehr Rücksicht genommen ist, als in den älteren Commentaren. Freilich ist dieser letztere Bestandtheil der Arbeit oft ein recht oberflächlicher und viele Citate nur Verbrämung; dennoch lag darin das Verdienst, den Studierenden auf das vergleichende Studium hinzuweisen. Auch Schärfe, Consequenz, strenge Methode des juristischen Denkens wird man in diesem Werke oft vermissen, und der Fleiß liegt mehr in dem Sammeln und Anordnen, als dem sorgfältigen Durchdenken des Materials.

Der I. Bd. (848 SS.) reicht bis incl. §. 446; der II. Bd. (879 SS.) bis §. 858; der III. Bd. (829 SS.) enthält den Commentar zur II. Abthlg. des II. Theils und zum III. Theil des Gesetzbuches, denn einen Anhang das Gesetz über die Ehen der Katholiken (1856) betreffend, und ein Sachregister.

Rec. in Haimert's Magazin VIII S. 388 f. X S. 245 ff. XII S. 404 ff. Destr. Viertelsschr. II Lit. Bl. S. 23 ff. Unger S. 647; Kirchstetter S. 10 Note 4.

Italienische Uebersetzung der I. Aufl. von Dr. Simone Orefici con note di Dr. G. G. Lazzarini (Brescia 1857 sg.). Sehr erweitert; die ersten neun Hefte (364 SS.) reichen nur bis §. 356! (Ob vollendet?)

Eine zweite „gänzlich umgearbeitete“ Auflage erschien unter dem Titel: **Commentar zum allgemeinen österr. bürgerlichen Gesetzbuch sammt den dazu erlassenen Nachtrags-Verordnungen.**

Durch großes Format, compressen Druck und manche Weglassungen wurde das Werk auf zwei Bände reducirt. Bd. I. (1134 SS.) erschien in zwei Abtheilungen: Die I. erschien 1864 und reicht bis §. 530, die II., 1865 erschienen, enthält das Erb-recht und 16. Btfl., der II., nach des Verfassers Tod erschienene Band (665 SS.), entspricht dem III. Bd. der I. Aufl.

Vor der I. Aufl. hat die II. natürlich das voraus, daß sie einem neueren Stande der Gesetzgebung entspricht; dann daß eine größere Zahl von Präjudicaten und das Werk von Unger berücksichtigt sind. Dennoch muß diese Auflage als eine verschlech-terte bezeichnet werden. Die Beziehungen auf das römische Recht sind gestrichen (insbesondere alle Quellencitate) und dafür Vorschriften, die in's materielle Privatrecht nicht gehören, eingeschaltet. Der Eklekticismus, der schon in der I. Auflage herrscht, steigert sich manchmal bis zur Unüberlegtheit, welche Neues aufnimmt, ohne das Alte damit nicht verträglich zu tilgen. Uebrigens ist sie durch die Productivität der Gesetzgebung in den letzten zehn Jahren auch in praktischer Hinsicht theilweise veraltet. Vgl. die Rec. in Haimert's Viertelsschr. XVIII, Lit. Bl. S. 4 f.

Außer dieser II. Aufl. erschien seit Unger's System nur ein Commentar:

**L. v. Kirchstetter**, Commentar zum österr. allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch. (Leipzig und Wien 1868 [1867]) 676 SS. gr. 8<sup>o</sup>.

Der Verfasser erklärte im Vorwort, die von Unger hergestellte „Wiederanfnäpfung des österreichischen Partikularrechts an das gemeine Recht popularisiren“ zu wollen. Da aber der Verfasser dort, wo er nicht in der Lage war, Unger zu exspiriren, auch den mildesten Anforderungen nicht genigte, und einen grellen Rückschritt gegen den

<sup>309</sup> Der Titel des ersten Bandes trägt die Jahreszahl 1854, aber die zwei ersten Lieferungen erschienen 1853.

Commentar von Stubenrauch machte, so compromittirte sein Buch die neue Richtung, als deren Anhänger er sich erklärte, und wirkte nachtheilig (wie früher Ellinger's Buch) auf das Studium ein, da es der Bequemlichkeit vieler Studenten so sehr entgegenkam.

Die abfällige Kritik, die dies Buch erfuhr — hervorzuheben ist die von Exner in der Münchner krit. Vierteljahr. X S. 146 ff., und die von Harum in der Ger. Ztg. von 1867 Nr. 103 — veranlaßte den Verfasser zu reiflichen Bemühungen um die Verbesserung des Werkes, und die 2. Auflage (1872), die sehr vermehrt ist (727 SS. bei sparsamerer Raumbenutzung), zeigt, daß der Verfasser das Buch allmählig zu einem recht brauchbaren umgestaltet haben würde, hätte dies nicht sein frühzeitiger Tod verhindert. Die 2. Aufl. ist rec. von Pfaff in Grünhut's Ztschr. I S. 220 ff.

### b) in italienischer Sprache:

Durch das Patent vom 28. Sept. 1815 wurde das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch im lombardisch-venetianischen Königreiche eingeführt und trat dort mit dem 1. Jänner 1816 in Kraft. Dies Ereigniß hatte eine binnen kurzem in's Unübersehbare ausgebehnte italienische Literatur über das österreichische Privatrecht zur Folge. Man weiß nicht, worüber man mehr erstaunen soll: über die Schreibseligkeit der Schriftsteller, die bei Carozzi und Castelli in eine Art Schreib-Monomanie überging (von den unzähligen Publicationen des ersteren erschienen etwa 30 Bde. binnen 10 Jahren; er scheint es im Ganzen auf 40 Bde. gebracht zu haben, und wurde darin von Castelli noch übertroffen), über den Muth der Verleger oder über die Geduld des Publicums! Daß in dieser Fluth von Büchern mehr Producte äußerlicher Mache und buchhändlerischer Speculation zu finden sind, als Früchte ernster Arbeit, gewissenhafter Forschung, versteht sich von selbst. Dennoch findet sich in dieser italienischen Literatur auch viel Verdienstliches, das zu wenig Beachtung gefunden hat. In ersterer Richtung ist vor Allem zu erwähnen, daß ein sehr großer Theil der deutschen Literatur bis zu den Aufsätzen hinab in's Italienische übersezt wurde; dann verlegte sich der Unternehmungsgeist auf äußerliche Parallelistrungen des österreichischen Gesetzbuches mit der früheren Gesetzgebung, ferner auf Auszüge und Register aller Art. In den besseren Producten dagegen erfreut die Vertrautheit mit dem römischen Rechte, und ein gewisser juristischer Tact, durch den die Italiener auch als Praktiker sich vielfach in Oesterreich hervorgethan haben.

Onofrio Taglioni, Commentario al codice civile universale austriaco. (10 vol.) Milano 1816—1828.

Eine für ihre Zeit tüchtige Arbeit, einer der besten alten Commentare, der bei den Landseuten des Verfassers, eines angesehenen mailändischen Advokaten, eine günstige Aufnahme, von Seite der deutsch-östr. Juristen aber nicht die verbiente Beachtung gefunden hat. Es war freilich eine schlechte Empfehlung, daß Z. statt einer naturrechtlichen, eine romanistische Schulung überall durchblicken ließ, daß er zwar die Capitelfolge des Gesetzbuches einhielt, aber von der Paragraphenfolge und dem Abdruck des Gesetztextes Umgang nehmend jedes Capitel in zusammenhängendem Vortrag, gegliedert in articoli und Nr., behandelte. Am meisten aber schädete ihm seine (oft begründete, nie persönliche) Polemik gegen Zeiller. Leute, die Z.'s Werk nie gesehen, sagten und schrieben es weiter: Z. hat gesagt: „Zeiller s'inganna“, „l'opinione di Z. è erronea“, „è contraria alla legge“ u. dgl. — Die Meisten wußten nur, Z. sei „ein eifriger Gegner Zeiller's“ und damit war er gerichtet. Es half ihm nicht, daß er das System (p. IX) und den Inhalt des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches überschwänglich lobte, daß er darin erblickte „mirabilmente accumulata“ die römische „sagezza con la lealtà dei Germani“ (p. X). — Es würde zu weit führen, hier die übelwollende Kritik zu kritisiren, die in der Ztschr. von 1830 III S. 403 ff. dem Todten nachgesendet wurde, in der von allen anderen Verfehrtheiten abgesehen ganz außer Betracht blieb, daß in einem dem neuen Gesetzbuche dicht nachfolgenden und in seinen ersten acht Bänden (nur diese sind von Z.) rasch (1816—1822) vollendeten Werke nicht eine Fülle von Nachtraggesetzen, Präjudicaten, Streiffragen-Literatur u. dgl. sich finden kann.

Der Umfang des Werkes ist ein nicht übermäßiger, denn das Format ist klein (8), der Druck weit, die Bände sind schwach. — Der Verfasser nennt sich nicht auf dem Titelblatt, sondern unter dem Vorwort.

Nach L.'s Tode übernahm sein College Carozzi die Vollendung des Commentars, ob mit Benutzung eines handschriftlichen Nachlasses, ersieht man aus keiner der beiden wohlbienerischen Vorreden, deren eine den gewiß nicht im Sinne L.'s gemachten Ausspruch enthält: „E un errore dell' amor proprio il credere di avere maggiori lumi di quegli uomini sommi che anno presieduto alla formazione della legge“, womit C. die Mißthat an dem Freimuth L.'s ablehnte.

Rec. und Anz. außer der oben cit.: Vesque S. 23—30 Anhang zum I. Bb. von Carozzi's Comm. p. 69. — Vol. X in der Bibl. Ital. Bb. 54, S. 101.

**Fr. Borella**, Annotazioni al cod. civ. un. aust. col confronto del diritto romano. Milano 1816.

War uns nicht erreichbar. Scheint nicht über die ersten 45 Paragraphen hinausgehen zu sein. S. Vesque S. 51; Carozzi I. Anhang, p. 49 sq.

**Giuseppe Carozzi**, Giurisprudenza del codice civile univ. della mon. austr., divisa in diversi trattati esposti secondo l'ordine delle materie in esso contenute. (22 vol.) Milano 1818—1830.

Der Uebersetzer von Zeiller's und Fortsetzer von Taglioni's Commentar verfaßte selbst einen Commentar, der trotz seiner 22 Bde. nur bis incl. §. 956 reicht und unvollendet blieb. Der enorme Umfang dieses Werkes, dessen Verfasser sich auf dem Titelblatte des 5. Bandes nennt, erklärt sich aus der großen Raumverschwendung im Druck und aus der ermüdenden Weiterschweifigkeit der Darstellung, den überaus ausführlichen Inhaltsangaben und manchen unnötigen Excursen und Anhängen. Die Arbeit ist eine großentheils flüchtige und unbedachte, der Fleiß des Verfassers ein äußerlicher. Während die deutsch-östr. Juristen oft mit völliger Vernachlässigung der wissenschaftlichen Seite sich mit einer Zusammenstellung von Nachtrags- und Ausführungsgeetzen und einschlägigen politischen Verordnungen begnügten, haben die Italiener es mit dem positiven Stoff zu leicht genommen. Man kann es zwar entschuldigen, wenn Taglioni in dem 1816 erschienenen I. Bde. seines Commentars S. 208 ff. das Hofdecret vom 28. Jänner 1816 übersah, aber nicht, daß Carozzi 1818 und 1819 noch nichts vom sogenannten Ehehinderniß des Katholicismus wußte (s. v. IV cap. II, v. V, p. 325 sg.). Andererseits finden wir hier ein Zubiel, wo wir in den deutschen Commentaren ein Zuwenig haben, nämlich in der Berücksichtigung des römischen Rechtes. Was sollen weiterschweifige Erörterungen über die Claverei und Bestimmungen der zwölf Tafeln (s. vol. II) in einem Commentar zum östr. allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche? — Der Werth dieses Commentars liegt oft mehr in den angeregten Fragen, als in ihrer Beantwortung; auch sind die zahlreichen Nachweisungen der älteren romanistischen Literatur oft von Interesse, doch ist die spätere und namentlich die deutsche Literatur vernachlässigt. — Was die Form betrifft, so ist sie dieselbe, wie bei Taglioni: Legalordnung, aber nicht nach der Paragraphenfolge und ohne Gesetzsdruck; die Hauptstücke des Gesetzbuchs sind in ebensovielen „trattati“ behandelt.

Anz. und Rec.: Vesque S. 30—45; Wagner's Zeitschrift von 1827, S. 81—100.

**D. Lib. Baretta**, Le disposizioni del Codice civ. generale austr., considerate sotto il rapporto della ragione giuridica, della reciproca affinità tra di loro e col Codice di commercio . . . (Venezia 1841, 4.)

Uns unbekannt.

**Gioachino Basevi**, Annotazioni pratiche al codice civile austriaco.

Dieser bei den italienischen Juristen vielgebrauchte Commentar wird auffallender Weise in allen Literaturübersichten übergangen; und Basevi selbst erwähnt nicht, wann die erste Auflage erschienen ist. Die 4. Aufl. erschien 1851, die 5. 1852; die sechste (Milano 1855) hat 690, sammt Reg. 800 S. gr. 8.

Ein recht brauchbarer Commentar, der freilich nur praktische Zwecke verfolgt. Deshalb keine Literaturnachweisungen, um so sorgfältiger aber sind die Novellen und die Praxis berücksichtigt; gleichwohl wird auch auf das römische Recht nicht selten Bezug genommen. Bei sparsamer Raumbenutzung bietet dieser kurzgefaßte Commentar mehr, als der von Ellinger. — Form wie bei den deutschen Commentaren, d. h. Paragraphenfolge und Gesetzestext.

**Nicolò Foramiti**, Il codice civ. gen. austr., corredato di tutte le leggi ad esso relative . . . . annotato col testo tradotto delle corrispondenti leggi romane, . . . . illustrato colle principali massime di diritto ammesse dai tribunali. (Venezia 1852—1859.) 3 vol. 8<sup>o</sup>.

Eine Combination von Gesetzsammlung und Commentar. Nach jedem Paragraphen, der in der officiellen italienischen Uebersetzung abgedruckt ist, folgt die Erläuterung und alle einschlägigen Gesetze und Verordnungen in extenso, wodurch das Werk einen beträchtlichen Umfang erzieht. Brauchbarkeit ist demselben nicht abzuspochen, wohl aber dem commentirenden Theile jede Selbständigkeit. Da der Verfasser nun auf dem Titel und im Vorwort sich selbst Compiler nennt, so wäre dies kein Tadel, wenn nicht das Buch von Vasavi, das freilich oft citirt wurde, noch öfter in einer Art benutzt wäre, die durch jene Bescheidenheit des Verfassers nur theilweise entschuldigt wird.

Der Verfasser hat das Werk entsprechend den drei Theilen des Gesetzbuches in 3 vol. getheilt, deren zweiter aber dann freilich den siebenfachen Umfang des dritten hat.

**Dr. Jacopo Mattei**, J paragraphi del codice civile austriaco avvicinati dalle leggi romane, francesi e sarde, schiariti e suppliti dalle opinioni dei più celebri scrittori di diritto . . . . (Venezia 1852—1856) 4 vol. und ein „appendice“. (also 5 Bde.) (gr. 8<sup>o</sup>.)

So fleißig dieses Werk gearbeitet ist, kann ihm doch weder wissenschaftliche Bedeutung, noch praktische Brauchbarkeit zuerkannt werden. Die Erläuterungen sind aus den verschiedensten deutschen und italienischen Commentaren eklektisch zusammengetragen, allerdings mit gewissenhafter Angabe der benutzten Bücher. Was aber die Rechtsvergleichung betrifft, der hier ein so breiter Raum gewährt ist, so ist sie so betrieben nicht nur werthlos, sondern schädlich, weil verwirrend. Die einschlägigen (oft auch nur vermeintlich einschlägigen) Bestimmungen des österr., römischen, französischen, sardinischen, zuweilen auch preussischen Rechtes werden äußerlich aneinandergehängt, ja nicht selten so durcheinander gemengt, daß der Leser Mühe hat zu wissen, von welchem Rechte die Rede ist. Die treffenden Worte Vasavi's am Schlusse der Vorrede der 6. Aufl. zielen offenbar auf dieses Werk.

c) in magyarischer Sprache:

**Stef. Szokolai**, Az uj austriai polgári törvénykönyv magyarázata. (Pesth 1853.)

Dies Nachwerk ist ebenso unbrauchbar, als ein gleichzeitig von demselben Verfasser in deutscher Sprache veröffentlichtes. Vgl. Faimerl's Magazin VIII S. 389 Note mit IX S. 423 ff.

**Gust. Wenzel**, Az austriai általános polgári törvény magyarázata. (Pesth 1853.)

Uns unbekannt.

**Wilh. Rácz**, Az austriai általános polgári törvénykönyv. (Pesth 1854.)

Uns unbekannt.

## Vergleichende Werke.

### I.

**Dr. J. Linden**, Das früher in Oesterreich übliche gemeine und einheimische Recht nach der Paragraphenfolge des neuen bürgerlichen Gesetzbuches. — Ein Handbuch für Justizmänner bei Entscheidung älterer Rechtsfälle. (Wien und Triest) 3 Theile. 1855, 1820.

Der Verfasser bemüht sich bei jedem Paragraphen, der aber verständiger Weise nicht abgedruckt ist, das bis 1811 geltende Recht in größter Kürze zu formulieren und aus den Quellen zu belegen; noch heute, namentlich als Zeugniß der damals herrschenden Doctrin, nicht ganz werthlos.

Anz.: Besque S. 48 ff.

**Dr. Joh. Luffke**, Das alte und neue Recht Mährens und Schlesiens . . . , nach der Ordnung des bürgerlichen Gesetzbuches bearbeitet. (Brünn 1818) 2 Bde.

Beachtenswerthes rechtsgeschichtliches Material.

Anz.: Jahrb. der Lit. 1819 7. Bd. S. 24. Vesque S. 51 f.

**C. Wittig**, Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch . . . , mit den beiden vorhergehenden . . . Gesetzbüchern und den für . . . (Galizien) erflossenen Normalien verglichen. I. (einziger) Bd. (Personenrecht).

Werthlose Compilation; dennoch gelobt in der Ztschr. von 1832 S. 118 ff.

**F. v. Sachsenheim**, Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch . . . verglichen mit dem siebenbürgischen Civilrechte. Wien 1853—1856 (gr. 8). Blicke unvollendet. 8 Bfgn. enthaltend die ersten 937 Paragraphen.

Das Buch will keine „wissenschaftliche Erläuterung oder auch nur eine Paraphrase des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs“ geben; es beschränkt sich darauf, nach einer die Quellen des älteren siebenb. Rechts, dessen Literatur und die Einführung des Gesetzbuchs in Siebenbürgen umfassenden Einleitung den Text des Gesetzbuchs und der einschlagenden Nachtragsverordnungen abzudrucken, und an diesen, im Allgemeinen der Stoffvertheilung des Gesetzbuchs sich anschließend eine vergleichende Zusammenstellung des bis dahin in Wirksamkeit gestandenen Rechtes zu liefern, „um dem Fachmann zur richtigen Benutzung der siebenb. Rechtsquellen die nöthige Anleitung zu geben, und ihn erkennen zu lassen, wo das alte Recht mit dem neuen in Einklange steht, wo beide von einander abweichen.“ Für diesen Zweck — schon geschulten österr. Juristen die praktische Anwendung des Civilrechts in Siebenbürgen zu erleichtern — war das Buch ganz brauchbar. Anspruch auf wissenschaftlichen Werth erhebt es selbst nicht.

Anz.: Ger. Ztg. von 1853 Nr. 99 (Erste Rief.).

**M. Füger v. Rechtborn**, Das alte und neue Privatrecht in Ungarn . . . bezüglich seiner Fortdauer und Rückwirkung dargestellt. (Hermannstadt 1858.)

Theils eine Vergleichung des ungarischen und österr. Rechtes, theils die Lehre von den zeitlichen Grenzen enthaltend. Eine mittelmäßige Arbeit.

## II.

**Dr. Gio. M. Negri**, <sup>310)</sup> Dei difetti del codice civile italico che porta il titolo di cod. Napoleone, e dei pregi del cod. civ. austriaco. (Vicenza 1815) 208 pp. 4<sup>o</sup>.

S. Vesque S. 50.

**Gius. Ant. Castelli**, Confronto analitico del cod. civ. della monarchia austr. colle leggi romane. (Milano 1816) 8<sup>o</sup>.

Blicke Bruchstück (176 §§.). S. Vesque S. 50 f.

**G. A. Castelli**, Il codice civ. gen. aust. confrontato colle leggi romane e col già codice civ. d'Italia, nonchè colle risoluzioni sovrane, coi decreti del supremo tribunale di giustizia e di altri dicasteri aulici (Milano 1831—1833) 8<sup>o</sup>. — 6 vol. und ein Registerband. — Nuova edizione 1836. 7 vol.

Uns nicht bekannt.

**Ag. Reale**, Discorso d'introduzione alle leggi di diritto civ. un. aust. colle differenze tra questo ed il diritto civ. francese. (Pavia 1823) 37 pp. 8<sup>o</sup>.

**A. Reale**, Istituzioni di diritto civile aust. con le differenze fra questo e il diritto civ. francese, . . . Pavia 1829—1832. 3 vol. 8<sup>o</sup>. 1833 folgte

<sup>310)</sup> Zu unterscheiden von Dr. Cristoforo Negri, mit dem er in Stubenrauch's Commentar verwechselt wird.

ein Heft antikritischen Inhaltes (*Osservazioni sui cenni critici . . .*), 1836 und 1838 zwei „appendici“ (Supplemente mit den nachträglich erfolgten Verordnungen).

Nach dem ausführlich begründeten Urtheil zweier Rec. (Passy und Pachmann) eine leichtfertige, verfehlte Arbeit. S. Ztschr. von 1831 S. 86 ff. und von 1833 S. 231 ff.

**F. Forlani**, Corso sistematico di diritto privato universale con riguardo alle istituzioni di diritto romano, austriaco e italiano e confronti col diritto prussiano e francese. (Milano etc. 1873) Vol. I. Diritto materiale (Parte generale).

Nach dem Titel möchte man eine vergleichende Darstellung des römischen, österreichischen und italienischen Rechtes mit gelegentlicher Berücksichtigung des preussischen und französischen Rechtes erwarten; dagegen versichert der Verf. in der pref. p. XV: „le osservazioni contenute nel testo si attagliano a tutte le legislazioni, che hanno attinto alla sorgente comune di diritto romano, e possono servir loro d'illustrazione o di correttivo . . .“ und dann wieder sie seien „in gran parte de jure constituendo“, während in den Noten überwiegend das wissenschaftliche Material und die rechtsvergleichenden Studien zusammengestellt seien. — Der Text dieses Bandes ist, <sup>311)</sup> einige Ausnahmen abgerechnet, <sup>312)</sup> ein Auszug aus Unger's System Bd. I und Bd. II bis S. 259. In den Noten ist auch die neuere in dem genannten Werke noch nicht berücksichtigte Literatur verworther. <sup>313)</sup>

Von den Commentaren gehören auch hierher der von Borella und der von Mattei (s. oben).

#### Andere commentar-ähnliche Werke.

Hierher gehören diejenigen Werke, welche zu den einzelnen Paragraphen des allg. bürgerl. Gesetzbuches Excerpte aus anderen, namentlich späteren Gesetzen, von Nachweisungen der einschlägigen Literatur, der Parallelstellen, Präjudizien u. dgl. bringen.

**G. v. Scheidlein**, Commentar über die bürgerlichen und politischen Gesetze, welche seit der eingetretenen Wirksamkeit des allg. bürgerl. Gesetzbuches nachträglich erschienen sind, insoweit die letzteren rechtliche Bestimmungen enthalten. Wien 1819. (8.) 200 SS. 2. sehr verm. Aufl. 1823 (496 SS.).

Die Paragraphen des bürgerlichen Gesetzbuches sind abgedruckt, aber nicht fortlaufend, sondern nur diejenigen, zu denen etwas beigebracht wird. Den mitgetheilten Novellen sind kurze Erläuterungen beigelegt. Seiner Zeit brauchbar (die erste Auflage wurde von Rocco Locatelli in's Italienische übersetzt: Mailand 1822), heute — wie das ähnliche Werk von L. F. v. Abelshofen — veraltet.

Besque S. 7 ff., S. 10 ff. — Ztschr. von 1828 S. 250 ff.

**G. A. Castelli**, I paragrafi del codice civile generale . . . messi in armonia fra di loro . . . etc. ossia: Manuale ragionato onde conoscere . . . (Milano 1824) 3 vol.

Besque S. 56 und ders. in der Ztschr. von 1828 S. 247 ff. — Giurispr. pratica XII p. 183 ff.

Zu diesem Werk erschienen 14 Suppl. Hefte.

<sup>311)</sup> 252 enggedruckte 8-Seiten; eine Fortsetzung ist bisher nicht erschienen.

<sup>312)</sup> Z. B. schließt sich F. in der Lehre v. d. juristischen Personen an Brinz an.

<sup>313)</sup> Die Angaben sind nicht immer genau und zuverlässig; z. B. wird p. 139, n. 2 gesagt: Di recente fu impugnata la natura reale del diritto di pegno, in particolarità da Bremer (il diritto di pegno . . . 1867) . . .“ Nun ist aber bekanntlich das vielbestrittene Thema dieses Buches gerade der Satz: „Das Pfandrecht ist in allen Fällen ein dingliches Recht“ (Bremer S. 84)! —

Jac. Lenner, II cod. civ. univ. austr. tascabile. (Padova 1853) 4 Hefte in 12<sup>o</sup>.

Sehr dürftige Noten, theils Erläuterungen, theils Excerpte aus den Nachtragsgesetzen. Unbrauchbar.

Dr. Ad. Th. Michel, Handbuch des allgemeinen Privatrechtes für das Kaiserthum Oesterreich. (Olmütz 1853) 2 Bde. Supplementheft. Wien u. Olmütz 1856. gr. 8<sup>o</sup>.

Ein sehr brauchbares Werk, an dem nur der Titel nicht zu billigen ist, und das wohl einer neuen Auflage werth wäre. Ein Abdruck des bürgerlichen Gesetzbuchs mit Angabe der Parallestellen und sorgfältigen Literaturnachweisungen; ferner sind an den gehörigen Orten alle einschlägigen Gesetze (und zwar so weit sie hergehören, wörtlich) mitgetheilt und mit durchlaufenden Nummern und ihrer officiellen Bezeichnung versehen; hiedurch ist das Citiren sehr erleichtert, und wird auch im vorliegenden Werke oft auf diese Sammlung verwiesen werden.

Anz.: Ger. Ztg. 1853 Nr. 101, 145; 1854 Nr. 27.

Rec.: (von Bachmann) in Saimers's Magazin VIII S. 410 ff., IX S. 427 ff.

### Mauz'sche Taschenausgabe.

Seit 1860 publicirt die Mauz'sche Buchhandlung in Wien eine Taschenausgabe der österr. Gesetze, worin das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch den II. Bd. bildet. Die Noten bringen Excerpte aus den einschlägigen Gesetzen und da die Ausgaben rasch genug folgen, wird damit der jeweilige Stand der Gesetzgebung in Evidenz erhalten. Gegenwärtig die 6. Ausg. des bürgerlichen Gesetzbuchs (1875). Zum täglichen Gebrauche sehr geeignet, in Oesterreich ungemein verbreitet, in Deutschland, wie es scheint, wenig gekannt, sonst würden dort nicht so oft bereits aufgehobene Bestimmungen für geltende gehalten werden.

Max Zatorski und Franz Kasperek (Prof. in Krakau), Powszechna księga ustaw cywilnych . . . . (Allg. bürgerl. Gesetzbuch mit den nachträglichen Gesetzen und Verordnungen). W. Cieszynie (Teschen) 1875.

Polnische Uebersetzung des Gesetzbuchs mit Noten; diese enthalten Excerpte aus den einschlägigen Gesetzen und den Entscheidungen des obersten Gerichtshofes, dann Verweisungen auf die neuere Literatur.

Guntramo Haemmerle, Manuale del codice civile universale austriaco . . . . Innsbruck 1872.

Von diesem „code annoté“ ist nur der erste Theil, enthaltend die ersten 530 §§., in 6 fascicoli (519 pp. kl. 8<sup>o</sup>) erschienen. Der verstorbene Verfasser versichert selbst, sein Buch sei keine „opera di merito scientifico“; um so bereitwilliger soll die praktische Brauchbarkeit dieser Noten anerkannt werden; sie enthalten vorwiegend Auszüge aus einschlägigen Gesetzen und Entscheidungen des obersten Gerichtshofes. — Dies „Manuale“ bildet den VIII. Band der von der Wagner'schen Buchhandlung herausgegebenen Raccolta di leggi ed ordinanze della monarchia austriaca; das Unternehmen ist ähnlich der Mauz'schen Taschenausgabe der Gesetze; nur sind die Noten inhalt- und umfangreicher.

Wenn schon unter den bisher aufgeführten Büchern sich manche Producte schlechter BÜchermacherei finden, so gilt diese Bezeichnung von einer ganzen Gattung von Büchern, nämlich den sog. populären Darstellungen und den in übergroßer Zahl erschienenen Auszügen, Registern, Tabellen, wovon besonders viele in italienischer Sprache erschienen sind.

Vgl. Besque S. 52 ff., Michel S. VII, VIII; Stubenrauch's Bibliotheca Nr. 56, 1448, 1825, 1834, 2373, 2445, 2893, 2894, 2987, 3390, 4085, 4141, 4288, <sup>314)</sup> 4585. Zu erwähnen ist nur

<sup>314)</sup> Den Zweck dieser Publication bezeichnet der Rec. in der Zeitschrift von 1835 III S. 271 herb, aber treffend, mit „Geldprellerei“. Es gilt das von gar manchen dieser Schriften.

**Wildner v. Maithstein's** Lexikon sämtlicher Worte (sic) des österr. allgem. bürgerl. Gesetzbuches mit Angabe aller Paragraphe, in welcher dieselben vorkommen. (Wien 1843) 139 S.

Ein guter Gedanke in schlechter Ausführung. Wohl hat eine Concordanz Werth, aber sie darf nicht so gedankenlos gemacht sein. Wozu ist es gut, alle Paragraphen zu wissen, in denen Wörter wie „dadurch, darüber, entweder — oder, kein, nicht (!), noch, noch nicht, nur, wegen . . .“ vorkommen?! Geschaß es der Consequenz willen, damit „sämtliche“ Wörter aufgeführt werden? Nein! denn soweit ist der Verfasser doch nicht gegangen, „er, es, oder, und, sein, werden“ u. dgl. aufzunehmen.

## Zeitschriften.

Eine speciell dem österreichischen Privatrecht gewidmete Zeitschrift existirt nicht. Die nachstehenden Zeitschriften sind solche, in denen sich auch für das Privatrecht Material findet.

**Zeiller**, Jährliche Beiträge zur Gesetzkunde und Rechtswissenschaft (1806—9), 4 Bde.; 1810 neu abgedruckt unter dem Titel: „Vorbereitung zur neuesten österreichischen Gesetzkunde.“

Diese Zeitschrift sollte (vgl. auch oben S. 45 Note 245, S. 61) den Leser „mit der Geschichte, mit den Gründen, und, in ausgewählten Rechtsfällen, mit der Anwendung der Rechtsgesetze, welche wir . . . theils schon erhalten haben, theils in einem kurzen Zeitraum noch erhalten sollen, bekannt machen,“ brachte aber außerdem auch rechtsstatistische Tabellen, literarische und andere Notizen — meist aus Zeiller's Feder.

**Rosbierski**, Annalen der Rechtsgelehrsamkeit. Wien 1812 und 1813.

S. Besque S. 196.

**J. C. v. Wagersbad**, Archiv für wichtige Anordnungen in den k. k. Staaten über Criminal- und Civiljustiz; für merkwürdige Rechtsfälle mit den Entscheidungen der Gerichtshöfe, nebst Abhandlungen und literarischen Nachrichten. Grätz 1814—20. 6 Hefte, 8°.

S. Besque S. 197.

**Dr. C. J. Pratobevera**, Materialien für Gesetzkunde und Rechtspflege in den österreichischen Erbstaaten. Wien 1814—24. 8 Bde.

An dieser weitaus werthvollsten der älteren Zeitschriften haben außer dem Herausgeber Zeiller, Dolliner, Schuster, Jenuß u. A. mitgearbeitet, die sich das Ziel gesetzt hatten, „die Verbindung zwischen der Schule und dem Forum und die Herrschaft des Gesetzes über . . . die Praxis zu erhalten und fest zu begründen.“ Dem 8. Bd. ist eine Inhaltsübersicht über alle 8 Bde. angehängt.

Vgl. Besque S. 198; Wagner's Ztschr. von 1826 S. 6 ff.; Unger I S. 638.

Viele der darin enthaltenen Aufsätze wurden in's Italienische übersezt, in Rossi's „Commenti sulla legislazione Austriaca“, Verona 1827, 1828, und in der Giurisprudenza pratica.

**Zeitschrift für österreichische Rechtsgelehrsamkeit und politische Gesetzkunde**; herausgegeben von Dr. Vinzenz August Wagner, 1825 ff. Nach des Gründers Tode fortgesetzt (1834 ff.) von Dr. Thomas Dolliner und Dr. Joseph Kudler. Die Jahrgänge 1838, 1839 von diesen beiden und Dr. Mor. Fränzl. Seit 1840 von Dr. Kudler und Dr. Mor. v. Stubenrauch, seit 1846 von diesen beiden und Dr. Eduard Tomaszek unter dem Titel „Österreichische Zeitschrift für Rechts- und Staatswissenschaft“; letzter Jahrgang 1849.

Jeder Jahrgang dieser sehr reichhaltigen Monatschrift besteht aus zwei Bänden 8°, „Hauptblatt“ und einem Bande „Notizenblatt“, letzteres klein gedruckt (also im Ganzen 75 Bde.). Das „Hauptblatt“ bringt Aufsätze, welche in die verschiedensten Fächer der Rechts- und Staatswissenschaften einschlagen. Das „Notizenblatt“ Recensionen in- und

ausländischer Werke, „Gesetzchronik“ und allerlei Notizen („Miscellen“). Zu den ersten 16 Jahrgängen existirt ein 1841 erschienenes Registerheft.

S. Vesque 199 f.

Eine italienische Uebersetzung unter dem Titel „Giornale di giurisprudenza austriaca, istituito dal fu Sgr. prof. . . . Wagner ed ora compilata dai Sigg. Dr. Kudler e Dr. Fränzl. Versione per cura di Dr. L. Fortis (Venezia 1839 sg.) gr. 8°. Es wurden darin die neu erscheinenden Hefte übersetzt, zugleich aber in jedem Band Aufsätze aus älteren Jahrgängen nachgeholt. Unseres Wissens erschienen sieben starke Bände in gr. 8 (bis 1846), ob mehr? Seit dem III. Bde. mit erweitertem Plane und zweifachem Titel: Giornale . . . . ossia Raccolta di memorie etc. (s. hier bei der Ztschr. „Jurist“).

S. Wessely, Themis, eine Sammlung von Rechtsfällen, Abhandlungen und wissenschaftlichen Berichten aus dem Gebiete des Privat- und Strafrechtes. I. Heft Innsbruck 1835, II. Heft Prag 1836, III. ebenda 1837. Neue Folge, 8 Hefte (1841—44). Neueste Folge, 2 Hefte (1849).

Die meisten Aufsätze sind vom Herausgeber selbst verfaßt.

Rec.: Ztschr. 1836 S. 181—203; 1837 S. 71—75.

J. Tausch, Rechtsfälle aus dem Civil- und Criminal-Rechte, 3 Hefte, Wien 1832—37.

Theoretische Besprechungen praktischer Fälle, durchweg vom Herausgeber selbst.

Rec.: Ztschr. 1832 S. 261 ff., S. 321 ff.

J. J. Schopf, Archiv für Civil-Justizpflege, politische, cameralistische Amtsverwaltung. Wien 1837—39 und 1846.

Combination von Ztschr. und Gesetzsammlung, als beides werthlos; nähere Beschreibung in Stubenrauch's „Bibliotheca“ Nr. 105.

„Der Jurist“, eine Zeitschrift vorzüglich für die Praxis des gesammten österr. Rechtes, unter Mitwirkung . . . (von) . . . Kitka, . . . M. v. Stubenrauch, . . . M. v. Mühlfeld . . . Herausgegeben von Ign. Wildner (v. Maithstein). Wien 1839—48. 19 Bde. 8°.

Die Zahl der auf dem Titelblatt genannten Mitwirkenden wuchs bis auf vierzig an. Die Zeitschrift brachte Aufsätze, Besprechungen von Rechtsfällen, Recensionen. (Als Beilage erschien dazu Poliva's Sammlung der Ges. und Vbgn. von 1771—1780.) Zu den ersten 10 Jahrg. erschien ein alphabetisches Register von Tegazzini.

Theilweise übersetzt in dem Sammelwerk: Raccolta di memorie e discussioni tratte dal Giornale istituito dal fu Sgr. prof. Wagner . . . e dal nuovo giornale „il Giurista“ del Sgr. Dr. Wildner nob. di Maithstein. (Vgl. hier bei Wagner's Ztschr.)

Magazin für Rechts- und Staatswissenschaft mit besonderer Rücksicht auf das österr. Kaiserreich. Herausgegeben von Dr. Fr. Haimperl (der letzte Band von Haimperl und Joh. Passy). (Prag 1850—1857) 16 Bde.

Jährlich erschienen 2 Bde. zu 3 Heften (also 6 Hefte, die in Intervallen von zwei Monaten ausgegeben wurden; zuletzt erschien die Ztschr. in Monatsheften). Abhandlungen und Kritiken ohne Einschränkung auf das österr. Recht oder auf irgend ein juristisches Fach.

Oesterreichische Vierteljahrschrift für Rechts- und Staatswissenschaft, herausgegeben von Dr. Fr. Haimperl. (Wien 1858—1866) 18 Bde. 8°.

Fortsetzung des Magazins. Organ zunächst für wissenschaftliche Arbeiten (auch rechtsgeschichtliche), mit einem eigens paginirten Literaturblatt. Jährlich erschienen 2 Bände.

Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart. Unter ständiger Mitwirkung der Wiener juristischen Facultät herausgeg. von Dr. C. S. Grünhut. (Wien 1874 ff.)

Diese Zeitschrift bringt Abhandlungen aus allen Gebieten der Jurisprudenz, ausgenommen die Rechtsgeschichte, ferner Kritiken und Anzeigen juristischer (auch rechtsgeschichtlicher) Arbeiten (in beiden Abtheilungen ohne Beschränkung auf Oesterreich). Sie erscheint in vier Heften, welche zusammen etwa 800 SS. gr. 8° ausmachen. Jetzt (1876) ist der III. Bb. im Erscheinen.

Außer den schon erwähnten Uebersetzungen erschien in italienischer Sprache:

**Giurisprudenza pratica secondo la legislazione austriaca attivata nel regno Lombardo-Veneto, ossia Collezione di Decisioni, sentenze e decreti in materia civile, commerciale, criminale e di diritto pubblico.** (Mailand und Venedig 1817—1845) 28 Bde.

Der Herausgeber Avvocato Dr. Zini hat sich zum Vorbild genommen *Bavoux et Loiseaux, Jurisprudence du code civ. und Sirey Recueil général des lois et des arrêts*. . . . Es ist eine Sammlung von Erkenntnissen und Gesetzen, Verordnungen, Statthaltereierlassen, bibliographischen Notizen . . . Später brachte die Zeitschrift auch Abhandlungen, was auch im veränderten Titel hervortrat (seit dem 12. Bde.). Im Anfang war sie als Vierteljahr. beabsichtigt, und der erste Jahrgang brachte vier Bände (!), deren jeder wieder in 2 parti (mit besonderer Paginirung) zerfiel: 1) sentenze e decreti, 2) patenti sovrane, encicliche . . . Dann folgten kurze Notizen über auswärtige Gesetzgebungen, bibliographische Notizen, Sachregister. Dem gewaltigen Anlauf entsprach nicht der Fortgang: 1817 erschienen 4 Bde., bis 1824 nur drei weitere. Der 8. erst 1829; vom 9. nannte sich der Herausgeber auf dem Titelblatte; in diesem und den beiden folgenden Jahren erschienen 4 Bde. jährlich (Bd. 8—19); der 20. Bd., ein Generalregister über die ersten 19 Bde., trägt die Jahreszahl 1844; der 21., 22. erschienen 1833; vom 23. ab (1836) lautet der Titel: „G. teorico — pratica“; Bd. 24 28: 1840—1845. Die Aufsätze sind größtentheils Uebersetzungen aus deutsch-östr. Ztschr.

**Giornale per le scienze politico-legali teorico-pratico** (herausgegeben von L. Po und F. Bellone). Mailand 1850—1852. 8°.

Ohne Einschränkung auf eine einzelne juristische Disciplin oder auch nur auf östr. Recht. Erschien in Monatsheften, die in eine parte teorica und eine parte pratica (Besprechung von Rechtsfällen) und einen appendice (cenni bibliogr., cronaca legislativa . . .) zerfielen. Reichhaltig. Mehr als 3 Jahrg. scheinen nicht erschienen zu sein.

1861 begann zu erscheinen eine Zeitschrift in böhmischer Sprache:

**Právník, časopis věnovaný vědě právníké vůbec** (Jurist, Zeitschrift gewidmet der Rechtswissenschaft überhaupt). Redacteurs: Fürst Rud. Taxis, K. J. Erben, Dr. Jerábek.

Haimerk's Vierteljahr. VIII Lit. Bl. S. 24 ff. Die Schicksale dieser Zeitschrift sind uns nicht bekannt.

Während die bisher genannten Zeitschriften heftweise, also in Buchform, erschienen, sind die nachstehenden ihrer Form nach Zeitungsblätter.

**Gerichtszeitung, allgem. östr.** (Wien 1850 ff.) gr. 4.

Anlässlich der Gerichtsorganisation 1850 von M. v. Stubenrauch begründet (1. Nr. vom 2. Sept.) hat sich diese Zeitung die Förderung der Doctrin sowohl als der Praxis zum Ziele gesetzt. Sie ist weitaus die reichhaltigste der in solcher Form veröffentlichten östr. juristischen Zeitschriften, bringt Aufsätze, Rechtsfälle, kurze literarische Anzeigen, vermischte Nachrichten; gegenwärtig (seit 1864) erscheint sie wöchentlich zweimal (1852—1863 wöchentlich dreimal, 1851 wöchentlich sechsmal, 1850 wöchentlich einmal). Redactoren: 1850—1857 Stubenrauch allein; 1858 ff. Stubenrauch und Glaser; seit 5. Sept. 1865: Glaser und R. Nowak; seit 28. Nov. 1871 Letzterer allein. — Seit August 1872 hat die Zeitschrift insofern einen amtlichen Charakter erhalten, als die Einträge des Spruchrepertoriums und des Judicatenbuches des obersten Gerichtshofes durch sie veröffentlicht werden.

**Zeitschrift für Gesetzunde und Rechtspflege, zunächst in Ungarn, Kroatien, Slavonien, Siebenbürgen, Temeser Banat.** Redigirt von Dr. Fr. Petruška. (Preßburg 1855 ff.) gr. 4.

In der äußeren Einrichtung ähnlich der Gerichtszeitung, nur viel dürftiger. Wenig Aufsätze, meist Rechtsfälle, Mittheilungen von Verordnungen, vermischte Notizen; für das materielle Privatrecht ist die Ausbeute eine sehr geringe. Für ein Publicum, wie

es im Wortwort vorausgesetzt wird (welches nämlich keine Bücher liest), lohnt es doch kaum eine Zeitschrift herauszugeben!

Jahrg. I: Juli 1855 — Ende Juni 1856, Jahrg. II: Juli 1856 — Ende Juni 1857 u. s. w.; der VI. begann Juli 1860, mit dem Ende desselben Jahres hörte aber die Zeitschrift schon zu erscheinen auf (somit 5 1/2 Jahrg.); seit 19. Jänner 1860 wurde das Blatt redigirt von Dr. Jos. Slaviček.

**Gerichtshalle.** Ein Organ für Rechtspflege und Volkswirthschaft. Redacteur: Dr. Ign. Pisko. (Wien 1857 ff., jetzt der XX. Jahrg.) gr. 4.

Außere Dekonomie ähnlich der der Gerichtszeitung; erscheint ebenfalls wöchentlich zweimal. Ausgesprochenes Ziel: Hebung der Rechtspflege, Vorarbeiten für die Gesetzgebung, nicht Fortbildung der Wissenschaft.

**Zeitschrift für das österr. Notariat.**

I. Jahrg. (Wels 1859) Red.: Dr. Fr. Groß, Herausgeber: Dr. v. Kießling. IV. Jahrg. (Wien 1862) Red.: Dr. C. E. Panger, V. bers. und Dr. C. Reich. VII. (1865): Reich allein. Seit 1868 unter dem veränderten Titel:

**Zeitschrift für Notariat und freiwillige Gerichtsbarkeit.**

Seit August 1868 traten an die Stelle von Reich: Dr. Jos. Löw und Dr. Leone Roncalli, seit 1871 ist Letzterer der alleinige Redacteur.

Diese gut redigirte, zunächst die Interessen des Notariatsstandes vertretende Zeitschrift bringt auch wissenschaftliche Abhandlungen und gerichtliche Entscheidungen.

**Die Tribüne.** Redacteur: Dr. Alex. Briz.

I. Band (Wien 1861) enthält die Monate December 1860, Jänner bis incl. Juni 1861; II. Band (1862) enthält die Monate Juli bis Dec. 1861; III. Band (1862): Jänner bis April 1862. Während dieser Zeit erschien die „Tribüne“ 6mal wöchentlich in gr. Fol., also als Tagblatt, wie sie auch durch den bunten Inhalt (z. B. Novellen im Feuilleton) sich einem gewöhnlichen Tagblatt näherte. Auch die juristischen Aufsätze waren mehr populär, als wissenschaftlich und wird diese Ztschft. hier mehr wegen der Mittheilungen aus der Praxis, der Berichte über den Juristentag u. dgl., als wegen jener Aufsätze genannt. — Von Mai 1862 an erschien sie, ohne sonst ihren Charakter erheblich zu ändern, in Octavo als:

**Wochenschrift für Gesetzgebung und juridische Interessen.**

Mit Ende 1862 ist sie eingegangen.

**Juristische Blätter.** Eine Wochenschrift, herausgeg. von Dr. Max Burian und Dr. Lothar Johann. Wien 1872 ff. (4<sup>o</sup>)

Ein Organ für Standesinteressen, namentlich die des Anwaltsstandes; bringt aber auch wissenschaftliche Aufsätze und in einer Beilage Rechtsprüche.

**Giornale di giurisprudenza pratica.** Red.: L. Beretta und Dr. Putelli. 1846—1862 (4<sup>o</sup>) Mailand, seit 1850 Venedig. Seit 1850 Red. Beretta allein, später Pellatis.

**Gazetta dei tribunali, giornale di legislazione e pratica giurisprudenza.** Milano 1851—1859 (ob länger?). Red.: Po und Bellone, später Po allein.

Erschien dreimal die Woche in dreispaltigem Folio. Die ersten 2 Jahrg. erschienen neben der Monatschrift bers. Red. (Giornale per le scienze s. oben).

**L'Eco dei tribunali.** Red.: Deodati und Zajotti. Venedig 1851—1866. (4<sup>o</sup>)

Die Zeitung besteht aus zwei auch äußerlich ganz getrennten Abtheilungen (gleichsam zwei Zeitungen), die „Sezione prima“ (strafgerichtliche Verhandlungen) gehört nicht her (erschien zweimal die Woche); „Sezione seconda, giornale di giurisprudenza civile“ (wöchentlich einmal). Jede Nummer hat eine parte teorica und eine p. pratica (Mittheilungen von Rechtsfällen), kleine bibliographische Notizen u. s. w. (ähnlich der Gerichtszeitung).

**Monitore dei tribunali, giornale di legislazione e giurisprudenza civile e penale e del contenzioso amministrativo.** Milano 1860—1866. Red.: G. Porro und Arist. Gabelli.

Jeden Samstag erschienen 12 Blätter in 4<sup>o</sup>; auch hier die Eintheilung in parte teorica und parte pratica.

## Sammlungen gerichtlicher Entscheidungen.

Die meisten der Zeitschriften, namentlich der in Form von Zeitungsblättern veröffentlichten, enthalten Besprechungen wirklicher Rechtsfälle, Mittheilungen principieller gerichtlicher Entscheidungen. Ausschließlich dieser (von den Franzosen vorzüglich „jurisprudence“ genannten) Seite unserer Wissenschaft, über deren Wichtigkeit schon Prato bevera so Treffendes gesagt hat (in seinen „Materialien“ V S. 336 f.), sind nachfolgende Werke gewidmet:

**Jr. Peitler**, Sammlung von Entscheidungen zum allg. österr. bürgerl. Gesetzbuche. Umfassend Rechtsfälle und Erkenntnisse . . . von 1813—1857. Nach der Paragraphenordnung des Gesetzes zusammengestellt. (Wien 1858) 815 SS. Lex. Oct. — 2. verm. Aufl. 1860.

Trotz verschiedener Mängel kann dem Buche Brauchbarkeit, dem Verfasser Fleiß nicht abgesprochen werden. Unbillig beurtheilt in Haimerk's Viertelsschr. I Lit. Bl. S. 45 und III S. 71 ff.

**Sammlung von civilrechtlichen Entscheidungen des k. k. obersten Gerichtshofes.** (Wien. 8<sup>o</sup>) Bd. I (1859) von Glaser und Unger, seit dem II. Bd. (1864) von Glaser, Unger und v. Walthner. — VIII. Bd. 1875.

Die weitaus werthvollste Sammlung, für Oesterreich von derselben Bedeutung wie Seuffert's Archiv, das zum Vorbilde gebient hat, für Deutschland. Die ersten 4 Bände erschienen 1873, 1874 in zweiter, veraltetes aussehender Auflage, doch mit unveränderter Nummerirung der beibehaltenen Rechtsfälle. Von besonderem Werthe sind die Ueberschriften und das systematische Register. Wird in diesem Werke kurzweg als „Sammlung“ citirt.

Rec.: Haimerk's Viertelsschr. V Lit. Bl. S. 1 ff., Münchener krit. Viertelsschr. XVII S. 294 ff.

**Jul. Schimkowsky**, Die Rechtsgrundsätze der Entscheidungen des k. k. obersten Gerichtshofes zum allg. bürgerl. Gesetzbuch. (Graz 1869.)

Ein Band von 724 kl. 8. SS. Zu den (nicht abgedruckten) Paragraphen des allg. bürgerl. Gesetzbuches sind unter durchlaufenden Nummern Rechtsätze aus Entscheidungen des obersten Gerichtshofes beigebracht. Dem Buche ist ein chronologischer und alphabetischer Index beigelegt.

**Jul. Schimkowsky**, Die Rechtsprechung des k. k. österr. Obersten Gerichtshofes in allen Zweigen der Civil- und Strafgesetzgebung. Jahrbuch für öst. Juristen. Jahrg. 1869—72. Wien 1870—73. Im letzten Bande ein Generalregister.

Enthält nach der Paragraphenfolge der betreffenden Gesetze geordnet, unter sehr knapper Angabe des Thatbestandes und Angabe der benutzten Quelle, Entscheidungen des obersten Gerichtshofes ohne Mittheilung der Urtheilsgründe, an deren Stelle aber meist einen aus der Entscheidung gefolgerten „leitenden Rechtsgrundsatz.“

**Entscheidungen des k. k. obersten Gerichtshofes in Civilsachen**, veröffentlicht auf dessen Veranlassung von der Redaction der a. ö. Gerichtszeitung (Wien 1873—76). Bisher 3 Hefte mit Registern. (Spruchrepertorium und Judicatenbuch — s. unten bei §. 12.)

**Gjurisprudenza de' tribunali civili del regno Lombardo-Veneto.** (Venezia 1821.) 8<sup>o</sup>.

**G. Salari**, Casi pratici di diritto civ. austr. e di procedura, discussi e correati dei relativi giudizi. (Milano 1836.) 8<sup>o</sup>.

## Sammlungen von Gesetzen und Verordnungen.

Die älteren officiellen und privaten Sammlungen sind aufgeführt bei Besque S. 1—16 (vgl. dazu Kreuzer S. 1—32; s. ferner hier bei S. 3 des Ges.). Diejenigen Sammlungen, welche in der Form sich einem Commentar zum allgem. bürgerl. Gesetzbuch nähern (Scheidlein, Michel's Handbuch, Manz'sche Ausgabe . . .), wurden oben aufgeführt. Hier sind hervorzuheben:

**Jos. Winiwarter**, Handbuch der Justiz- und politischen Gesetze und Verordnungen, welche sich auf das . . . allg. bürgerl. Gesetzbuch beziehen. Wien 1829. 3 Bde. (8). — 1. Aufl. 1835 (dazu erschienen Nachträge 1837 1841). — 3. umgearb. u. verm. Aufl. 1844.

Nach der Paragraphenordnung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches zusammengestellt.

Rec.: Wagner'sche Ztschr. 1829 S. 86 ff., S. 375 ff., 1835 S. 321 ff., 1837 S. 312 ff., dann im „Jurist“ XIII S. 489 ff.

**Damianitsch**, Ergänzungsband zu Winiwarter's Handbuch. 1859.

**Michel**, Sammlung der neuesten auf das österr. Privatrecht sich beziehenden Gesetze und Verordnungen. Prag 1850.

(Zu unterscheiden von dem „Handbuch“ desselben Verf.) Ebenfalls als Fortsetzung des Winiwarter'schen Werkes anzusehen.

**Andr. Bisini**, Handbuch der Gesetze und Verordnungen, welche sich auf das österr. allg. bürgerl. Gesetzbuch beziehen. Wien 1837. 2 Bde. 8°.

I. Bd. enthält die einschlägigen Gesetze und Verordn. von 1553—1811, II. Bd. die von 1812—1835; vor dem I. Bde. steht ein sehr ausführliches Register, das die im Werke selbst chronologisch geordneten Gesetze nach der Paragraphenfolge des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs zusammenstellt, hinter dem II. Bde. steht ein ausführliches alphabetisches Sachregister.

Rec.: Wagner's Ztschr. von 1837 S. 137 ff.

**Sammlung** der seit dem Regierungsantritt Sr. Majestät . . . bis zum Schlusse des Jahres 1855 erlassenen und noch in Kraft bestehenden Gesetze und Verordnungen im Justizfache. . . Auf Veranlassung des k. k. Justizministeriums herausgeg. von dem Vorstande des k. k. Redactions-Bureau's des Reichsgesetzblattes. (Wien bei Manz) 1856—1860. 22 Bde. in kl. 8.

Ist als Privatarbeit zu betrachten. Der Plan der chronologisch geordneten Sammlung ist bargelegt in einer „Vorerinnerung“, die vor dem I. Bde. steht. Der XXII. Bd. enthält ein „chronologisches Datenregister“ und ein „alphabetisches Inhaltsrepertorium.“

# Kundmachungspatent<sup>1)</sup>

vom 1. Juni 1811 (S. G. S. Nr. 946).

**Wir Franz der Erste, von Gottes Gnaden Kaiser von Oesterreich;  
König zu Ungarn und Böhmen; Erzherzog zu Oesterreich &c. &c.**

(1.) Aus der Betrachtung, daß die bürgerlichen Gesetze, um den Bürgern volle Beruhigung über den gesicherten Genuß ihrer Privatrechte zu verschaffen, nicht nur nach den allgemeinen Grundsätzen der Gerechtigkeit; sondern auch nach den besonderen Verhältnissen der Einwohner bestimmt, in einer ihnen verständlichen Sprache bekannt gemacht, und durch eine ordentliche Sammlung in stätem Andenken erhalten werden sollen, haben Wir seit dem Antritte Unserer Regierung unausgesetzt Sorge getragen, daß die schon von Unseren Vorfahren beschlossene und unternommene Abfassung eines vollständigen, einheitlichen bürgerlichen Gesetzbuches ihrer Vollendung zugeführt werde.

(2.) Der während Unserer Regierung von Unserer Hofcommission in Gesetzsachen zu Stande gebrachte Entwurf ward, sowie ehedem der Entwurf des Gesetzbuches über Verbrechen und schwere Polizeyübertretungen, den in den verschiedenen Provinzen eigens aufgestellten Commissionen zur Beurtheilung mitgetheilt, in Galizien aber inzwischen schon in Anwendung gesetzt.

(3.) Nachdem auf solche Art die Meinungen der Sachverständigen, und die aus der Anwendung eingeholten Erfahrungen zur Berichtigung dieses so wichtigen Zweiges der Gesetzgebung benützt worden sind, haben Wir nun beschossen, dieses allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für Unsere gesammten Deutschen Erbländer kund zu machen, und zu verordnen, daß dasselbe mit dem 1. Januar 1812 zur Anwendung kommen solle.

Insoferne diese Absätze die Motive und die Geschichte der Codification behandeln, wurde ihr Inhalt schon in dem geschichtlichen Theile der Einleitung

<sup>1)</sup> Dieses Patent ist der concentrirteste Ausdruck jener Tendenzen, die für die österreichische Civilgesetzgebung während der vorausgegangenen sechzig Jahre — wenn auch nicht ohne Schwanken — maßgebend gewesen waren. Was in diesen Strebungen noch unsicher und fraglich war, gelangte hier zu seiner definitiven Entscheidung und Gestalt — die einzige Frage der ferneren Geltung der Provinzialrechte ausgenommen, die offen blieb, obwohl (Prot. 4. Mai 1807 und 28. Decemb. 1807) wiederholt erörtert wurde, was darüber im Kundmachungspatent zu bestimmen sei. Im Ganzen darf behauptet werden, daß das Patent die Traditionen der vorausgegangenen Zeit treu festhält und insoferne der passende Abschluß einer langen Entwicklung ist. Daher mag es wohl auch kommen, daß eine eingehende Berathung über dieses Patent nie stattgefunden hat. Seine ersten acht Absätze (von denen der erste in seinem Gedankengang übereinstimmt mit dem Eingang der Beilage zum Vortrag vom 19. Jänner 1808, der sechste aber durch die feirische Commission angeregt war) wurden bei Schluß der zweiten Lesung des Gesetzbuches ohne jede Debatte angenommen, der neunte Absatz nach der Publication des Finanzpatentes hinzugefügt — über die Entstehung des zehnten ergeben die Materialien nichts. (Vgl. oben S. 29, 34 f., unten zu N. 9 und zu S. 5 a. b. G. B. Note 42. Sonstige Erwähnungen des Kundmachungspatentes in den Materialien enthalten nichts Erhebliches.)

befprochen.<sup>2)</sup> Hier erübrigt nur eine Erklärung des dem Gesetzbuch gegebenen (in Art. 3 wiederholten) Titels: „Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch.“<sup>3)</sup>

Die herrschende Lehre nimmt an, das Gesetzbuch werde ein „allgemeines“ genannt, weil durch dieses Epitheton ausgedrückt werden sollte, daß das Gesetzbuch nur das allgemeine Privatrecht (jus generale) enthalte, d. h. nur „jene Privatrechtsnormen, welche für alle Personen und Sachen unter gleichen Verhältnissen gelten“ im Gegensatz des besonderen Privatrechts (jus speciale), der Privatrechtsnormen nämlich „für besondere einzelne Classen von Personen und Sachen.“<sup>4)</sup> Ihre Stütze findet diese Lehre in der That, daß das Gesetzbuch wirklich bloß das sogenannte allgemeine Privatrecht enthält, andere Gebiete der Gesetzgebung aber nur streift. In Wahrheit aber genügt diese herrschende Erklärung keineswegs;<sup>5)</sup> sie argumentirt aus dem Terminus „allgemeines“ Gesetzbuch, als ob das Wort „allgemein“, das doch immer in sehr verschiedenen Bedeutungen gebraucht wurde,<sup>6)</sup> ein ganz unzweideutiges wäre, und immer nur den gegenständlichen Umfang des Gesetzes bezeichneter. In der That aber war der Name „allgemeines Recht“ oder „allgemeines Gesetzbuch“ während der ganzen Codificationszeit ein ununterbrochen und zwar in dem Sinne festgehalten, daß durch denselben nicht sowohl die Begrenzung des behandelten

<sup>2)</sup> Die im ersten Absatz hervorgehobenen Momente (Gerechtigkeit, Angemessenheit, Verständlichkeit) sollen offenbar die wichtigsten im Interesse der Rechtssicherheit aufzustellenden Postulate bezeichnen, denen durch das Gesetzbuch entsprochen werden sollte.

<sup>3)</sup> Soweit dieselbe nicht oben S. 32 und Note 177 bereits gegeben wurde.

<sup>4)</sup> Diese Erklärung ist offenbar zur herrschenden geworden auf Grund von Zeiller's Darstellung im Comm. I S. 19 Marg. Anbr., S. 19, 94; sie findet sich schon bei Heß Einleitung (1813) §. 18, Wagner Das Quellenverhältniß des bürgerlichen Gesetzbuches zu den besonderen Zweigen des Privatrechts (1818) S. 15, Schuster Commentar (1818) S. 35 Nr. 6, ebenso aber auch noch bei Unger System I S. 10 Note 7, Stubenrauch (Zweite Aufl. 1864) S. 29, Winivarter (Zweite Aufl.) I S. 48, welcher den Titel des Gesetzbuches jedoch für pleonastisch hält, da der Ausdruck „bürgerliches Recht“ schlechthin lediglich das allgemeine Privatrecht umfasse, Weseler System (3. Aufl.) S. 11 Note 7.

<sup>5)</sup> Pfaff in Grünhut's Zeitschrift II S. 285 Note 54.

<sup>6)</sup> Der Name „allgemeines Recht“ wird gebraucht für jus commune, jus generale, jus universale, und bei manchen Schriftstellern bezeichnet jeder dieser Namen etwas anderes, obgleich auch bei den Schriftstellern dieser Kategorie noch kein gleichmäßiger Sprachgebrauch feststeht, während bei anderen nicht jedem eine besondere Bedeutung beigelegt wird; ähnlich verhält es sich mit den Gegensätzen des allgemeinen Rechtes, dem jus singulare, speciale und particulare. Vgl. z. B. Thibaut Syst. des Pand. R. (8. Aufl.) I §§. 30, 34. Schilling Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des Röm. Privatrechts II S. 13 f., Wächter Handb. des im Königreich Württemberg geltenden Privatrechts II S. 10, Sintenis Das prakt. gemeine Civilrecht I §. 1 Note 6, §. 9, Weseler Volksrecht und Juristenrecht S. 91 ff., Thöl Einleitung in das deutsche Privatrecht §§. 46, 47, Unger System I S. 10, 45 ff., Windscheid Pandektenrecht I §. 1 Note 1 §. 29, Stobbe Handbuch des deutschen Privats. I S. 10. Sohm in Grünhut's Zeitsch. I S. 259 ff. — Wagner, dessen Schrift über das Quellenverhältniß des bürgerl. Gesetzbuches nicht unbedienten Beifall gefunden hat, unterscheidet (S. 31) objectiv allgemeine und objectiv particuläre Gesetze, je nachdem sie alle oder nur einen Zweig der Legislation umfassen, und subjectiv allgemeine und particuläre Gesetze, je nach dem Umfang ihrer territorialen Geltung, und erklärt (S. 32 f.) die in einem besonderen Gesetze enthaltene Beziehung auf ein allgemeines gebe dem letzteren unbeschadet seines Charakters als eines allgemeinen Gesetzes zugleich auch den Charakter eines besonderen. Ebenso Neupauer in der Zeitschrift für österr. Rechtsgele. 1826 I Nr. XV bes. S. 226, nur daß er nicht von allgemeinem Recht spricht, sondern sich des Ausdruckes „gemeines Recht“ bedient. Aus älterer Zeit: „Jordan Systematische Darstellung des bürgerlichen Rechts im Königreich Böhmen“ I (Prag 1795), der (S. 5) Gesetze unterscheidet, „die allgemein für gesammte österr. Erblande . . . gegeben sind,“ von den „besonderen böhmischen bürgerlichen Gesetzen“, die „Böhmen ausschließungsweise betreffen“. In ganz anderem Sinne sagt Zeiller Natürliches Privatrecht (1802) S. 14 Note \*\*: „Die Wissenschaft, welche die natürlichen Rechte der Privatpersonen im Staate lehret, mithin erst im Staatsrechte vorgetragen werden kann, nennt man das allgemeine bürgerliche Recht.“ Ebenso Glük I S. 86; vgl. Höpfner Comm. (8. Aufl.) S. 42 f. und dagegen Schöman Handb. des Civilr. I (1806) S. 107 f.

Stoffes, als vielmehr das territoriale Geltungsgebiet des Gesezeswerkes bezeichnet werden sollte. Wie seine Geschichte zeigt, war die Bestimmung des Gesezbuches, die im Laufe der Codificationsarbeiten immer bestimmter hervortrat (S. 46 Note 250), von Haus aus keine andere als die, als Subsidiarrecht an die Stelle des gemeinen (römischen) Rechtes zu treten, also nur dieses, nicht aber die in den einzelnen Ländern bestehenden mannigfaltigen Provinzialrechte aus ihrer Geltung zu verdrängen.<sup>7)</sup> Mit anderen Worten, das Gesezbuch sollte in demselben Sinne allgemeines Recht sein, in welchem bis dahin das römische Recht es gewesen war, also gemeines Recht (jus commune), das seinen Gegensatz nicht in dem speciellen, sondern in dem particularen Rechte findet.<sup>8)</sup> Diese Behauptung läßt sich nicht erst durch die aus den Berathungsprotokollen gewonnenen Aufklärungen beweisen, sondern schon aus einer längeren Reihe längst offenkundiger Thatsachen rechtfertigen. Dahin gehört vor Allem die Thatsache, daß die Josephinische Gerichtsordnung, die bekanntlich nach dem ursprünglichen Plane den vierten Theil des Codex Theresianus bilden sollte, ebenfalls den Namen der „allgemeinen Gerichtsordnung“ führt, wofür schwerlich ein anderer Grund ersichtlich sein möchte, als die Absicht, „in Unseren gesammten deutschen Erblanden eine Einförmigkeit einzuführen.“<sup>9)</sup> Das Nämliche beweisen die Titel des Gesezbuches selbst, die es während aller Stadien seines Werdens trug<sup>10)</sup>

<sup>7)</sup> Den gleichen Zweck verfolgte auch die preussische Codification. In beiden Ländern sollten jedoch auch die Provinzialrechte selbst gesammelt und codificirt werden. Der letztere Plan ist in Preußen nur zum allerkleinsten Theile ausgeführt worden, und die Praxis hat sich, selbst wo ihr ein anwendbares Provinzialrecht zur Verfügung stand, vielfach dadurch geholfen, „daß sie, statt das zerstreute, dunkle und oft sogar sehr beschränkte Provinzialrecht anzuwenden, lieber nach dem bereiten und sicheren Allgemeinen Landrecht griff.“ Förster I S. 13. Dernburg I S. 11. Die österreichischen Redactoren verfolgten aufmerksamen Auges die Schwierigkeiten, welche sich diesfalls in Preußen ergaben. In der Sitzung vom 6. Mai 1805 rühmt Zeiller als einen Vorzug der Civilgesetzgebung eines Staates „die Allgemeinheit und Gleichförmigkeit“; „sie erleichtert die Kenntniß und Handhabung des Rechtes, den Verkehr und Credit im In- und Ausland und die Veränderung des Wohnsitzes; sie befördert den Nationalgeist und besetzt die oberste Macht;“ darauf erwähnt er, daß in Preußen die Stände der Provinzen, denen die Sammlung der Provinzialrechte vorzüglich überlassen ward, diese Arbeit nicht nur schon im zehnten Jahr verzögern, sondern auch versuchen, durch wiederholte Beschwerden das ganze Gebäude der Gesetzgebung wieder einzustürzen. — Hienach ist es durchaus nicht unwahrscheinlich, daß die Wahrnehmung der sich in Preußen ergebenden Schwierigkeiten zur Aenderung des Planes in Oesterreich beitrug; jedenfalls aber wurde die exclusive Geltung des allg. bürgerl. Gesezbuches erst nach seiner Publication ausgesprochen; das Rundmachungspatent negirt die Fortdauer der Geltung der Provinzialrechte noch nicht.

<sup>8)</sup> Vgl. oben S. 7 bei Note 28, S. 8, 28 bei Note 153. Ost, namentlich im Wechselrecht (vgl. z. B. schon Wagner Krit. Handb. des W. R. Wien 1823, I S. 11) wird freilich das gemeine Recht auch dem speciellen gegenübergestellt.

<sup>9)</sup> Rundmachungspatent vom 1. Mai 1781 (Z. O. S. Nr. 13 Al. 2, 3.) [Dem steht nicht entgegen Al. 4, denn noch im Jahre der Rundmachung und dem nächstfolgenden Jahre wurde, wie ja auch diese Alinea in Aussicht stellte, die Allgemeine Gerichtsordnung auch für die Berg-, Mercantil-, Wechsel- und Militärgerichte „adaptirt“. Pat. 1. Nov. 1781 (Z. O. S. Nr. 27), Pat. 9. April 1782 (Z. O. S. Nr. 41) und Pat. 20. April 1782 (Z. O. S. Nr. 46). Doch heißt es allerdings bei Fügler-Wessely Gerichtliches Verfahren in Streitsachen (6. Aufl. v. Damianitsch) I S. 2: „Sie ist allgemein verbindlich, d. h. nach derselben muß bei allen Gerichten der oben angeführten Kronländer verfahren werden.“]. Consequent hiezu führt die spätere, 1796 publicirte G. O. gleichfalls nach dem ihr zugemessenen Geltungsgebiete den Namen der westgalizischen: „Gerichtsordnung für Westgalizien“. Pat. 19. Dec. 1796 (Z. O. S. Nr. 329), in dessen Al. 1 als Gegensatz wieder von „einer allgemeinen für alle böhmisch-österreichischen deutschen Erblande bestimmten G. O.“ die Rede ist.

<sup>10)</sup> Der Titel des Codex Theres. lautete: „Allgemeines Recht für Dero gesammte deutsche Erblande, nach welchem sämtliche treuehorsaamste Stände, Einwohner und Untertanen und sowohl untere als obere Stellen als einem gleichförmig gewissen und festen Gesez gerichtlich und außergerichtlich sich betragen und lediglich darnach handeln und richten sollen.“ (Harrasowsky S. 49 f.) Das Josephinische G. W. heißt (f.

und die Kundmachungspatente, mittelst deren es publicirt werden sollte, bezw. wirklich publicirt wurde.<sup>11)</sup> Ganz entscheidend ist aber eine überaus große Zahl ganz unzweideutiger Aeußerungen in den Berathungsprotokollen und den sonstigen amtlichen Materialien, in denen durchgehends das Gesetzbuch darum als ein allgemeines erscheint, weil es den Gegensatz der provinziellen Gesetze und Rechte zu bilden bestimmt ist.<sup>12)</sup> Und das Gewicht dieser Aeußerungen ist ein um so

die titelartige Aufschrift nach dem Patent 1. Nov. 1786 Nr. 591 J. G. S.) „allgemeines bürgerl. G. B.“ (vgl. auch Jof. G. B. I §§. 8, 10); das westgalizische G. B. führt als (der für alle deutschen Erblande bestimmte) Entwurf ebenfalls den Titel: „Entwurf eines allgemein bürgerl. G. B.“ — dagegen ist das Epitheton „allgemein“ in dem Titel des für West- (und ebenso für Ost-) Galizien erlassenen Gesetzbuches, eben weil dasselbe kein allgemeines, sondern nur für eine einzelne Provinz bestimmt war, vermieden. (Pat. 13. Febr. 1797 J. G. S. Nr. 337; Pat. 8. Sept. 1797 J. G. S. Nr. 373; Patent zur Kundmachung der Wechselfordnung für Westgalizien vom 10. October 1797 J. G. S. Nr. 382. Alle diese Gesetze sprechen nur vom „bürgerlichen“ oder „gegenwärtigen bürgerlichen G. B.“ schlechweg. Daß dennoch im westgal. G. B. I §§. 23, 25 von dem „allgemeinen Gesetze“, den „allgemeinen bürgerl. Gesetzen“ die Rede ist, man es also nicht nöthig fand, diese Paragrafen für Galizien besonders zu formuliren, muß nicht auf Versehen beruhen, sondern läßt sich daraus erklären, daß in diesen Paragraphen auch von Freisen die Rede ist, denen gegenüber schon das für die ganze Provinz geltende Recht als das allgemeine erscheint. S. auch unten Note 12.) Das Gesetzbuch von 1811 heißt wieder das allgemeine, weil es „für Unsere gesammten deutschen Erbländer“ kund gemacht wurde. In wie hohem Grade dieser Sprachgebrauch damals der herrschende war, ergibt auch Folgendes: Die Constitution von 1791 versprach für Frankreich einen „code de lois civiles, communes à tout le royaume“ (Zacharia I S. 19), und das Epitheton „allgemein“ kann weder in dem Titel „Allgemeines G. B. für die preussischen Staaten“ noch in dem „Allgemeinen Landrecht“, wenn man sich nicht mit dem Inhalt dieser Gesetzbücher in offenen Widerspruch setzen will, daraus erklärt werden, daß diese Gesetzbücher sich auf das generelle Privatrecht beschränken; denn das erstere sagte geradezu, es enthalte alle Vorschriften, durch welche die Rechte und Verbindlichkeiten der Mitglieder des Staates überhaupt sowohl gegen den Staat als unter sich selbst bestimmt werden; das A. L. R. dagegen sagt freilich Einleitung §. 1: „Das A. L. R. enthält die Vorschriften, nach welchen die Rechte und Verbindlichkeiten der Einwohner des Staates, soweit dieselben nicht durch besondere Gesetze bestimmt worden, zu beurtheilen sind“ — und der hervorgehobene Passus ließe sich ohne Zwang vom jus speciale verstehen. Gewiß mit Recht erklärt ihn aber Koch Allg. L. R. (Commentar 6. Aufl. 1874) I S. 20 Note 3 durch die Worte: „Wird durch §. 1 des Publicationspatentes bestimmt.“ Dieser aber enthält den Gegensatz des gemeinen subsidiären und des Provinzialrechtes. Vgl. Förster I S. 12 f.

<sup>11)</sup> Schon das Patent, mittelst dessen der Coder Theres. publicirt werden sollte, hebt hervor, (Harrasowsky S. 98 f.) die Gebrechen der Justizpflege seien vorzüglich gelegen in der Unvollständigkeit, Dunkelheit und Verschiedenheit der Landesrechte, die insbesondere auch dem Bestreben nach einer engeren Verbindung der Länder entgegenstünden; darum sei es Bedürfnis, ein gewisses und gleichförmiges Recht einzuführen, und demgemäß ein klares, deutliches, verlässliches, immerwährendes und alle Lande gleich verbindendes Recht verfassen zu lassen. Ebenso betont das Kundm. Patent des Jofeph. G. B. die „Absicht, ein gleichförmig allgemeines bürgerl. Recht in Unseren gesammten deutschen Erbländern einzuführen.“ Die Publ. Patente des galiz. G. B. enthalten derartige Sätze zwar nicht, aber wohl nur darum nicht, weil sie die bis dahin dortlandes geltenden Gesetze, Constitutionen, Statuten und gesetzlichen Gewohnheiten, die, wie das Patent für Ostgalizien sagt, „einer ordentlichen Rechtspflege nicht angemessen“ waren, völlig aufhoben und für unwirksam erklärten, — eine Ausnahme, die sich mit Rücksicht auf das oben (S. 22) Bemerkte von selbst erklärt.

<sup>12)</sup> Wir theilen im Folgenden eine Anzahl der markantesten Stellen mit: Das G. B. wird sehr oft (so auch schon im a. h. Handschreiben vom 20. November 1797 oben S. 21) das „allgemeine G. B.“ schlechweg genannt, und ebenso häufig wird ihm das Provinzialrecht als das „besondere Recht“ oder die „besondere Sammlung des Provinzialrechtes“ gegenüber gestellt; so z. B. wiederholt im Prot. vom 11. Jänner 1802, in welchem es an einer Stelle heißt: „Die besonderen auf das Privatrecht sich beziehenden Provinzialverordnungen und Statuten“ sollen „für jedes Land in der Ordnung wie das allgemeine Gesetzbuch in eine besondere Sammlung gereiht und als ein Anhang für die Provinzen gesetzlich kundgemacht werden.“ In gleichem Sinne heißt es im Vortrag vom 21. Dec. 1801, es werde die Frage erheblich werden, „ob und inwieferne neben dem allg. bürgerl. G. B. auch Provinzialgesetze und Gewohnheiten künftigt noch

größeres, als der Name allgemeines Gesetzbuch (früher: Allgemeines Recht) schon

bestehen sollen.“ D. L. R. Haan betont (Prot. der Sitzungen vom 4. und 11. Jänner 1802): „Man wünsche immer, ein allgemeines, für alle Provinzen gleich verbindliches Gesetzbuch zu Stande zu bringen;“ dann müsse man aber auch davon ausgehen, „daß Alles, was juris communis sein kann, auch juris communis sein solle;“ er seinertheils würde gar keinem Particularrecht stattgeben; dem gegenüber finden andere Stimmen (in derselben Sitzung), es sei nothwendig, „neben dem allgemeinen Recht auch besondere Provinzialrechte bestehen zu lassen,“ aber „erst wenn man wisse, was künftig allgemeines Gesetz sein werde, lasse sich angeben, worin das Provinzialrecht abweiche;“ und so wird denn „bei dem bestehenden Zwecke der Gesetzgebung, die Grundsätze der bürgerlichen Rechtsverwaltung soviel als möglich allgemein zu machen“ eine Sammlung der Provinzialrechte für nothwendig erklärt. Consequent hiezu werden bei den Berathungen so manche Anträge darum entweder gar nicht zur Besprechung gezogen oder nach kurzer Debatte abgelehnt, weil sie zum Provinzialrecht gehören, oder es wird ein allgemeiner Satz statuiert und dabei eine provinzielle Aenderung vorbehalten oder ein Satz, der bisher provinziell war, zu einem allgemeinen Rechtsatz erhoben, oder über einen provinziellen Rechtsatz hinweggegangen u. dgl. Beinahe jeder derartige Vorgang läßt die wahre Bedeutung des „allgemeinen“ G. B. in ein scharfes Licht treten. So antwortet z. B. die Hofcommission (13. April 1807) auf eine die Gültigkeit der in Görz üblichen Libellarcontracte betreffende Anfrage der Obersten Justizstelle: Ohne Voraussetzung des „allgemeinen Rechtes“, welches noch in der Bearbeitung stehe, könne nicht etwas statuiert werden, was als „Ausnahme des gemeinen Rechtes zu gelten hätte.“ in der Sitzung vom 6. Juni 1803 wird eine die Landtafelsähigkeit in Böhmen, Mähren und Schlesien betreffende Bestimmung abgelehnt, weil sie „keinen Gegenstand des allg. bürgerl. G. B. ausmache, sondern in das Provinzialrecht aufzunehmen sei“ (vgl. eine ähnliche, Galizien betreffende Aeußerung oben S. 33 Note 183); vom Adbititätsrecht sagt Haan (Prot. 26. Novemb. 1807): Wenn auch solche Verträge in Galizien sehr oft geschlossen würden, so habe man doch nicht nothwendig, wegen dieser Provinzialgewohnheit, für welche in dem Provinzialrecht allerdings Vorzüge getroffen werden kann, in der allgemeinen Gesetzgebung von einem Gegenstand Erwähnung zu machen, welcher in den übrigen Provinzen bisher noch kaum gekannt wird“ (doch wurden die einschlägigen Regeln „vorzüglich in Hinsicht auf Galizien“ [Vortragsbeilage vom 19. Jänner 1808] dem Gesetzbuche einverleibt). In der Sitzung vom 11. December 1809 beantragte Pratoberera, es solle die Bestimmung des §. 555 der gal. G. D., wonach dem Advokaten die Einlösung der ihm von seiner Partei anvertrauten anhängigen Streifsache verboten sei, in das „allg. Gesetzbuch“ aufgenommen werden, da auch das preuß. G. B. eine derartige Anordnung enthalte, und es bedenklich wäre, sie in Galizien zu schwächen. Im Prot. 13. November 1809 heißt es ferner: Die Vorschrift, daß das Aufgebot auch in der katholischen Kirche vorgenommen werden soll, soll „soweit gehandhabt werden, soweit sie Anwendung hat; ist sie in der Bukowina, wo der größte Theil der Unterthanen aus nichtunirten Griechen besteht, nicht anwendbar, so wird man sich auch mit der Aufkündigung in den Bethäusern begnügen, und man könne höchstens dieser Provinz bedeuten, daß diese Vorschrift dorthin keine Anwendung habe; aber sich wegen dieser einzelnen Provinz einen Zwang in der allgemeinen Gesetzesanordnung auflegen, sei nicht nothwendig, und umfoweniger thunlich, als diese Vorschrift aus Veranlassung einer politischen Verordnung eingebracht wurde;“ ebenso wurde (Prot. 3. März 1806 und 1. Mai 1809) das bereits 1805 für die Bukowina erlassene Verbot der Afterspachtungen im G. B. übergangen (eben darum wird es als aufgehoben bezeichnet im Hofd. 16. Jänner 1813 S. G. S. Nr. 1025), und (Prot. 28. Dec. 1809) scharf betont, der Umstand, daß in Polen antichristliche Verträge oft vorkommen, „küne in dem allgemeinen Gesetzhystem keine Verwirrung machen.“ Vgl. auch oben S. 32 Note 177. — Besonders instructiv ist aber das Schicksal des (später ganz fallen gelassenen) §. 25 I. Theil des weßg. G. B. Daß die in ihm erwähnten „allgemeinen bürgerlichen Gesetze“ auch das specielle Privatrecht umfaßten, ist nach dem ganzen Zusammenhang außer Zweifel; schon der Revisionscommission (oben S. 20) erschien aber damit noch zu wenig gesagt; sie beantragte die Formulirung: „wenn sie den allgemeinen bürgerlichen und Provinzialgesetzen nicht zuwider laufen;“ auch dies jedoch war der Gesetzgebungs-Hofcommission noch zu wenig, weil die Satzungen kleinerer Gesellschaften auch den politischen Gesetzen nicht zuwider sein dürften; sie wollte daher (Prot. 11. Jänner 1802) ganz allgemein von „den Gesetzen“ gesprochen wissen. — Immer entschiedener trat in der Commission die Abneigung gegen das Sonderrecht der Länder hervor und die hier einschlägigen Aeußerungen sind nicht minder charakteristisch. Bei Beendigung der zweiten Lesung (28. Dec. 1807) bemerkte Haan: „daß über die Privatrechte kein anderes als das allg. bürgerl. G. B. bestehen solle; was in einer Provinz Recht ist, kann und soll es auch in den anderen sein, und nur auf diese Art ließe sich Einförmigkeit, Gleichheit und Simplicität

zu einer Zeit ein feststehender war, da man noch ernstlich die Frage erwog, ob in das Gesetzbuch nicht auch das specielle Privatrecht aufgenommen werden sollte.<sup>13)</sup> Diese Thatfache — und das Gesetzbuch würde gewiß keinen anderen Namen erhalten haben, auch wenn ihm das specielle Privatrecht eingefügt worden wäre — beweist daher aufs Neue die Unabhängigkeit des Namens des Gesetzbuches von seinem stofflichen Inhalt.

Da aber der Titel eines „allgemeinen Gesetzbuches“ allerdings nicht mit Nothwendigkeit auf den Gegensatz des Particularrechtes hinweist, so kann es nicht

der Gesetze, mithin jener Zweck erzielen, den sich die Regierung bei einem allgemeinen Recht vorgesetzt habe.“ In gleichem Sinne erklärt Zeiller (17. April 1809): „Abgesehen von Gewohnheiten, die sich auf die Verfassung der Provinzen oder eigene Verhältnisse derselben gründen, „müßten die in dem G. B. aufgestellten Grundsätze für alle Provinzen gleichförmig in Erfüllung gesetzt werden“ und der Vortrag vom 22. Jänner 1810 spricht es geradezu aus, die Vermuthung der Ländercommissionen, es würden die Provinzialrechte beibehalten werden, „widerspreche offenbar der Hauptabsicht, durch ein allgemeines bürgerliches Gesetzbuch der Eigenmächtigkeit der Provinzen, sich selbst besondere Rechte und Gesetze zu geben, sowie auch der dem Verkehr so schädlichen Ungewißheit und Unsicherheit des Rechtes ein Ende zu machen.“ Zugleich bemerkt dieser Vortrag, selbst die Provinzialcommissionen überzeugten sich „von dem Nutzen eines allgemeinen in allen deutschen Provinzen gleichgeltenden bürgerlichen Rechtes (in der That wird z. B. einer Note der vereinigten Hofkanzlei in dem Prot. v. 2. Sept. 1805 erwähnt, welche die Meinung des Suberniums und Appellationsgerichtes von Tirol dahin zusammenfaßt, es solle auf die Provinzialrechte keine Rücksicht genommen und in Nichts von dem „allgemeinen Gesetz“ abgewichen werden) und die mit Rücksicht auf die Wünsche einiger Ländercommissionen „angetragenen Modificationen einiger wenigen Paragraphe machten alle Provinzialstatuten entbehrlich, wodurch dem G. B. ohne gebieterischen Zwang der wichtige Zweck und Vorzug der Allgemeinheit und Gleichförmigkeit verschafft werde.“

<sup>13)</sup> Daß man noch nach Vollenbung des Codex Theresianus im Staatsrath mit dem Plane umging, nicht blos die Gerichtsordnung, die ja von vornherein einen Bestandtheil des G. B. zu bilden bestimmt war, sondern auch das Strafgesetz, das Handels- und Wechselrecht in dasselbe aufzunehmen (oben S. 14), daran sei hier darum nur nebenbei erinnert, weil so umfassende Pläne schon durch die Instruction von 1753 ausgeschlossen waren, und wiederholt durch die Instruction von 1772 und das die Sammlung der Provinzialrechte anordnende Decret vom 20. Sept. 1804 (Punkt 4: „Soll sich die Bearbeitung einzig auf die in das bürgerliche Privatrecht gehörigen Bestimmungen einschränken; somit sind solche Bestimmungen, welche nur einen Gegenstand der politischen Verwaltung ausmachen, in diese Bearbeitung keineswegs einzumengen“) ausgeschlossen wurden. Das specielle Privatrecht war aber keineswegs von vornherein ausgeschlossen. So vermiste z. B. die Innsbrucker Universität in ihren allgemeinen Bemerkungen in dem Entwurf „ein vaterländisches Lehenrecht, jene Gegenstände des Privatrechts, die bisher in dem kanonischen Recht behandelt wurden und die Materie von dem Rechte der Klagen.“ Auch der Vortrag vom 21. Dec. 1801, der doch gewiß den Charakter eines Programms der Gesetzgebungs-Hofcommission hat, enthält kein Wort von dem Plane einer solchen Ausschließung; vielmehr lassen verschiedene Umstände als nicht unwahrscheinlich erscheinen, daß noch während der ersten Lesung der Gedanke nicht weit ablag, dem G. B. auch speciell, von besonderen Redactoren bearbeitetes Privatrecht einzuverleiben. Als nämlich die Commission (13. Juni 1803; vgl. S. 37 Note 198) an die Verathung des Capitels vom getheilten Eigenthum gelangen sollte, wurde die Verhandlung darüber vertagt und sofort die Einreihung dieses Capitels in den III. Theil (der damals noch das Obligationenrecht enthielt) beschloffen; einerseits, weil die Theilung des Eigenthums hauptsächlich durch Verträge geschehe, diese aber erst im III. Theil abgehandelt werden, andererseits, weil der Bearbeiter des Lehenrechts (Prof. Fölsch) sich geäußert hatte, daß er sich in seiner Bearbeitung öfters auf die allgemeinen Grundsätze von Verträgen berufen müsse, „weswegen das Hauptstück von Lehen erst im III. Theile werde eingeschaltet werden können.“ Wir finden ferner (Prot. 6. Mai 1805) eine Erinnerung des v. v. Appellationsgerichtes, welche die Einschaltung des Lehenrechtes im zweiten Theil und die des Wechselrechtes in dem Haupttheil von zinsbaren Anleihs- und Dingungsverträgen beantragt, und das Protokoll über die Sitzung, in welcher das Kundmachungspatent beschloffen wurde (28. Decemb. 1807), läßt, so dürftig es ist, doch erkennen, daß das 7. und 8. Alinea desselben posthum sind, denn nach Alinea 6. wird bemerkt: Referent wolle nun noch weiter beisetzen . . . worauf dann im Wesentlichen die gegenwärtige Fassung jener beiden Absätze beantragt und angenommen wird.

befremden, daß auch in der Redactionszeit und sogar Seitens der Redactoren selbst hie und da ein anderer Sinn mit dem Epitheton „allgemein“ verbunden wird. Auch dies aber geschieht nicht immer in dem gleichen Sinne. Einige Male kommt es vor, daß der Ausdruck „Allgemeines Gesetzbuch“ (ohne den Zusatz: bürgerliches) auf ein alle Zweige der Gesetzgebung erschöpfendes Gesetzbuch bezogen wird;<sup>14)</sup> daß dagegen das Gesetzbuch in Gegensatz zum jus speciale gebracht wird, kommt in den Berathungsprotokollen äußerst selten vor,<sup>15)</sup> obgleich es natürlich an Beziehungen auf einzelne Zweige des sog. speciellen Privatrechtes (z. B. Berufungen auf die Seegesetze, Handelsgesetze u. dgl.) durchaus nicht fehlt. Erst als die, schon geraume Zeit genährte Idee, die Geltung des provinziellen Privatrechtes durch das Gesetzbuch gänzlich zu beseitigen, zum Entschluß zu reifen begann,<sup>16)</sup> tauchen einige Aeußerungen auf, in denen ohne Frage der Gegensatz des Allgemeinen nicht mehr das Provinzielle, sondern das Specielle ist, — Aeußerungen, die unter offener Ignorirung aller im Vorstehenden angeführten Thatsachen hinterdrein in den Titel des Gesetzbuches eine neue Bedeutung hineinzulegen streben.<sup>17)</sup> In diesem Sinne erklärt die

<sup>14)</sup> In diesem Sprachgebrauch ist selbstverständlich der Gegensatz eines solchen G. B. auch wieder nicht ein G. B. über das specielle Privatrecht, sondern dieses müßte vielmehr nothwendig in einem solchen allg. G. B. mit enthalten sein. In diesem Sinne sagt Zeiller (Vortrag 19. Jänner 1808): In Preußen scheint man Anfangs „ein allgemeines G. B.“ gewollt zu haben. Weniger correct, weil absichtlich ignorirend, daß der Herr. Gesetzentwurf „allg. bürgerliches G. B.“ hieß, ist ein zweiter Fall, in welchem dieser Sprachgebrauch in den Prot. (1. Febr. 1808) vorkommt: Aus einem Bericht vom 15. Jänner 1808 wird mitgetheilt, daß bei der böhmischen Landescommission der bei der ersten Berathung das Referat führende Freiherr von Kapauin an dem Entwurfe getadelt habe, daß darin das Verhältnis zwischen Obrigkeit und Unterthanen, der Künste und Zünften, der Gewerbe, Künste und Corporationen, der Beamten zu ihren Vorstehern, der Geistlichkeit, ferner daß die Verfassung der Gerichte, die landesfürstlichen Fiscalrechte und Anderes mit Stillschweigen übergangen sei, „da doch das Werk den Titel eines allgemeinen G. B. führe.“

<sup>15)</sup> Ein Beispiel dieser Art bietet die Sitzung vom 6. Juli 1807 (die übrigens nicht der Berathung des G. B. gewidmet ist): Die Hofkanzlei fand den Juden zu gestatten, daß die Trauung auch von Verwandten oder Juden aus angesehenen Geschlechtern, die nicht Rabbiner oder Religionsweiser der Hauptgemeinde seien, vorgenommen werde. Hierauf wurde nun nicht betont, daß die beabsichtigte Bestimmung darum nicht im G. B. ausgesprochen werden könne, weil sie nur für Galizien bestimmt war, sondern es wurde hervorgehoben, man habe in dem G. B., „weil es ohne Unterschied des Ranges und Ansehens für alle Bürger gleich gelten muß, sorgfältig alle Vorzüge vermieden, welche von der politischen Macht gewissen Personen wegen ihrer Geburt ertheilt werden“ (vgl. oben S. 47 Z. 2), worauf denn die Hofkanzlei erklärte (Prot. 17. August 1807), es werde die Vorschrift dem neuen Judensystem eingeschaltet werden. Nach der Auffassung der Redactoren gehört demnach dieser Fall nicht einmal hieher, sondern zu dem zwischen dem G. B. und den politischen Verordnungen bestehenden Gegensatz. Wohl aber gehört es hieher, wenn Zeiller (Prot. 19. Mai 1806) sagt, er würde die (dem Gewerberecht angehörige) Anordnung des §. 474 III. Thl. westg. G. B. „lieber dem besondern Civilgesetze überlassen.“

<sup>16)</sup> Nun mußte man sich sagen, daß, sobald dieser Entschluß zur That wurde, es zwar noch immer einen guten Sinn hatte, wenn das G. B. seinen Namen von seinem weitausgehobenen Geltungsgebiet entnahm, daß aber jedenfalls jener Gegensatz des „Allgemeinen“, an den allein bis dahin gedacht worden war, verschwunden sein werde. Kann es Befremden erregen, wenn nun nach einem neuen Gegensatz gesucht wurde? So gewiß aber von da an eine neue Bedeutung und ein neuer Gegensatz der „Allgemeinheit“ hervorgerufen zu werden beginnt, so darf man doch nicht vergessen, daß zur Zeit der Publication des G. B. jene Idee sich noch nicht zur That gestaltet hatte.

<sup>17)</sup> So „ward es“ z. B. (Prot. 17. April 1809) gegenüber einem Antrag, die Verschwiegenheit des Standes als Grund der Verweigerung des vormundtschaftlichen Eheconsensus anzuerkennen, „bei dem allgemeinen Gesetze belassen.“ Eine gleiche Aeußerung enthält das Kundmachungspatent N. 7. Die Worte „allgemein verbindlich“ beziehen sich nicht auf das Territorium, sondern bilden den Gegensatz zum Militärstand und den Handels- und Wechselgeschäften, für welche „besondere“ Gesetze bestehen, die von den Vorschriften (in

Beilage zum Vortrag vom 19. Jänner 1808: „Aus der Betrachtung, daß der allgemeine Civilcodez nur die allen Bürgern zustehenden Rechte und Rechtspflichten enthalten soll, schloß man davon auch das besondere, gewissen Ständen und Classen der Bürger eigene Privatrecht aus.“<sup>15)</sup>

Hiernach ist nicht zu bezweifeln, daß das Gesetzbuch seinen Namen von dem territorialen Gebiete hat, in welchem es von Anfang an zu gelten bestimmt war. Andere Factoren, aus denen sein Name zu erklären versucht wurde, sind entweder ganz vergriffen, oder sie wurden zur Erklärung erst von außen herbeigezogen, nachdem es längst schon (nämlich bereits seit dem Joseph. Gesetzbuche) außer Zweifel stand, daß der Titel: „Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch“ zu lauten habe.

(4.) Dadurch wird das bis jetzt angenommene gemeine Recht, der am 1. November 1786 kund gemachte erste Theil des bürgerlichen Gesetzbuches, das für Galizien gegebene bürgerliche Gesetzbuch, sammt allen auf die Gegenstände dieses allgemeinen bürgerlichen Rechtes sich beziehenden Gesetzen und Gewohnheiten, außer Wirksamkeit gesetzt.

Dieser Absatz bezeichet die Stellung, welche das bürgerliche Gesetzbuch dem bis dahin geltenden Recht gegenüber einnehmen will. Diese Stellung ist eine streng exclusiv; das Gesetzbuch will fortan<sup>19)</sup> allein Quelle des gemeinen österreichischen Privatrechtes, zugleich aber in noch höherem Grade maßgebend sein, als es bis dahin die als gemeines Recht auftretenden Gesetze gewesen waren, indem es selbst particularen Rechtsätzen derogirt. (S. unten Note 42.) Principiell war dieser Standpunkt schon mit dem Josephinischen Gesetzbuch angenommen worden. Vorher hatte man, so oft auch die Arbeit an einem Abschluß angelangt schien, trotz eines ersten energischen Anlaufes, nie den Muth gehabt, mit dem älteren Recht auch formell vollständig zu brechen, — stets besorgend, es werde der einheimischen Codification an der erforderlichen Vollständigkeit fehlen. So finden wir denn, daß man im Laufe der Codificationsarbeiten so verschiedenartigen Zeitströmungen folgte, daß durch die Haltung, die man zu verschiedensten Zeiten dem älteren Rechte gegenüber einzunehmen beabsichtigte, fast alle diesfalls denkbaren Möglichkeiten erschöpft werden.

Ohne Zweifel war das Streben, sich vom römischen Recht zu emancipiren, eines der Hauptmotive, die die Codification veranlaßten.<sup>20)</sup> In vielen Denkschriften, die damals veröffentlicht wurden, wird das römische Recht nur als Culturelement in Betracht gezogen, in der Rechtsschule und bei Gericht aber soll es entbehrlich gemacht werden;<sup>21)</sup> selbst von Seiten einiger der ersten Redactoren wurde behauptet, das römische Recht habe in Böhmen und Mähren keine Ge-

dem in der Sitzung vom 28. December 1807 angenommenen Entwurf hieß es: „von den allgemeinen Vorschriften“ — die Aenderung erfolgte wohl, als M. 9 hinzukam, um die Wiederholung derselben Worte in zwei so nahe bei einander stehenden Sätzen zu vermeiden) dieses G. B. abweichen. Etwas Anderes ist es, daß Rechtswohlthaten (und Privilegien) als besondere Rechte den allgemeinen Rechten gegenüber gestellt werden (z. B. w. g. G. B. I §. 49, Prot. 25. Jänner 1802).

<sup>18)</sup> Zeiller's Darstellung im Commentar (oben Note 4) schließt sich offenbar (vgl. noch oben S. 45 Note 245) an diese Stelle an. Wie wenig freilich diese „Betrachtung“ die allein maßgebende war, beweist schon der Umstand, daß in der nämlichen Vortragsbeilage und dem Vortrag selbst für die Ausschließung der einzelnen Zweige des speciellen Privatrechts (Militär-, Handels- und Wechsel-, See-, Lehen- und Privatfirchenrecht) noch ganz andere Gründe angeführt werden. Vgl. noch unten zu M. 7.

<sup>19)</sup> Der künftigen Anwendung des älteren Rechtes „auf vorher gegangene Handlungen und auf vorher erworbene Rechte“ will es nicht präjudiziren. Vgl. die ff Abs. 5 und 6 und a. b. G. B. §. 5.

<sup>20)</sup> Harrasowsky S. 37, 74.

<sup>21)</sup> Harrasowsky S. 42; vgl. auch noch aus späterer Zeit oben S. 38, 53, Note 278.

gesetzkraft, sondern werde nur als allgemeine natürliche Billigkeit und echter Vernunftschluß (ratio scripta) thatsächlich angewendet.<sup>22)</sup> So beschlossen denn auch die ersten Redactoren in ihrem Entwurf des Generalplanes, die gesetzliche Geltung des römischen Rechtes völlig auszuschließen; nur zur Begründung ihrer Beschlüsse führten sie es regelmäßig an,<sup>23)</sup> und wollten es auch aus dem Rechtsunterrichte nicht verbannt wissen, weil es zur Gesetzesanwendung geschickt mache und die natürliche Billigkeit entdecke.<sup>24)</sup> Allein eben jene Stelle des Generalplanes, welche die ausdrückliche Aufserkrasssetzung des römischen Rechtes aussprach, wurde nicht genehmigt, weil angenommen wurde, daß man zur Entscheidung jener Fälle, die in dem Codex unberücksichtigt geblieben sein würden, das römische Recht doch nicht werde entbehren können, und weil man zugleich besorgte, durch einen völligen Bruch mit der formellen Geltung des gemeinen Rechtes die auswärtige Kritik herauszufordern.<sup>25)</sup> An dieser Auffassung wurde geraume Zeit festgehalten (oben S. 14 Note 70); noch das von Zenker entworfene Rundmachungspatent zum Codex Theresianus beließ das römische Recht als subsidiäres in Geltung.<sup>26)</sup> Erst als Horten das Referat übernahm, keineswegs jedoch durch Horten, begann eine radikalere naturrechtliche Strömung größeren Einfluß zu gewinnen,<sup>27)</sup> als deren Produkt es

<sup>22)</sup> Harrasowsky S. 59 f. Diese Meinung Azzoni's hängt wohl damit zusammen, daß er dem geschriebenen Recht vor dem Gewohnheitsrecht unbedingt den Vorrang zuerkannte (Harrasowsky S. 63), das römische Recht aber in Böhmen, wie Jordan I S. 8 bezeugt, „durch ununterbrochenen Gerichtsgebrauch zum gesetzlichen Gewohnheitsrecht in allen jenen Fällen erwuchs, wo besondere Landesgesetze nichts verordneten.“ Vgl. auch Harrasowsky S. 26, der hervorhebt, daß auch in dem oben S. 6 Note 25 erwähnten Entwurf das römische Recht als Quelle benutzt war, um daraus Regeln für die im Landesrecht nicht entschiedenen Fälle zu schöpfen. — In anderen Ländern konnten solche Zweifel an der subsidiären „Blindigkeit“ des römischen Rechtes gar nicht aufstehen; so verweisen z. B. die Constitutionen von Götz und Gradiska (von 1605) in subsidium geradezu auf das römische Recht (Harrasowsky S. 14), und noch die Militärgrenzrechte vom 18. Juni 1754 verfügen, daß die Grenzgerichte sich in bürgerlichen Rechtsangelegenheiten nach dem recipirten gemeinen Recht zu halten haben. Domin S. 42. — Anderer Art waren die Zweifel an der Autorität des römischen Rechtes, welche im 18. Jahrhundert in der deutschen rechtswissenschaftlichen Literatur aufstauten (vgl. Kreittmayr I S. 71). Diese Zweifel betreffen nicht die Frage, ob überhaupt das römische Recht recipirt sei, sondern nur, ob es in complexu recipirt sei. An Zweifeln dieser Art hat es auch in weit späterer Zeit nicht gefehlt. S. z. B. Bessler Volksrecht und Juristenrecht (1843) S. 99 ff. Leist Civil. Studien I (1859) S. 12 ff. v. Stein Wegw. und Zukunft der R. und Staatsr. S. 43 ff.

<sup>23)</sup> Auch die Instruction von 1753 wies ja hin auf die Benutzung des gemeinen Rechtes und seiner besten Ausleger.

<sup>24)</sup> Harrasowsky S. 50 f., 64 f.

<sup>25)</sup> Harrasowsky S. 48.

<sup>26)</sup> Harrasowsky S. 98. In diesem Stadium war der Plan der österr. Civilgesetzgebung demnach demjenigen ähnlich, der in Baiern durch den Cod. Max. civ. zur Ausführung gelangte: Es handelte sich nicht um eine durchgreifende legislative Revision, sondern es sollte nur das fortwährende Zurückgehen auf die gemeinrechtlichen Quellen überflüssig gemacht und das bestehende Recht einheitlich zusammengefaßt werden. Cod. Max. I 2. §§. 9, 11. Kreittmayr I S. 72: „Der castrirte und gemäßigte gute Gebrauch, welchen auch unser Codex bestätigt, besteht darin, daß man erstens das Jus Justinianicum . . . nur pro Jure mere subsidiario hält, . . . zweitens, daß man es auch in Sachen, welche etwa durch besondere Localrechte nicht genug bestimmt sind, für kein Universal- und in allen Stücken durchaus infallibles Evangelienbuch ansieht, sondern nur nach Thunlichkeit in schädlichen und applicablen Dingen annimmt.“ Vgl. Stobbe Geschichte II S. 443 ff. In diesem Sinne verlangte noch 1808 der oben (S. 83 R. 14) erwähnte Freiherr v. Rapau an die Beibehaltung des römischen Rechtes als eines subsidiären allgemeinen Vernunftrechtes.

<sup>27)</sup> Harrasowsky S. 127 f. theilt den Inhalt einer Denkschrift mit, die nur das Naturrecht als Rechtsquelle anerkennen, das römische Recht ganz abschaffen, und die subsidiarische Anwendung, ja sogar das Citiren desselben verboten wissen will, weil nur so den Chicanen und Rabulistikern wirksam zu steuern möglich sei. Dieselbe Richtung findet sich auch bei Donner (Vorbericht): „Eine nach dem Beispiel der hiesigen hohen Schule allgemeine Lehre über die österreichischen Gesetze könnte diesen Gedanken (nämlich den der Rechts-

anzusehen ist, daß die Instruction von 1772 (S. 15) anordnete: „In den Gesetzen soll sich nicht an die Römischen Rechte gebunden, sondern überall die natürliche Billigkeit zu Grunde gelegt werden.“ Dieser dem römischen Recht abgeneigten Strömung folgend, verordnete das Rundmachungspatent des Josephinischen Gesetzbuches, daß dieses Gesetzbuch „in allen darin behandelten Gegenständen die alleinige Richtschnur der Handlungen Unserer Unterthanen sei, nach diesem Gesetze allein in allen Fällen, die sich vom 1. Jänner 1787 ereignen, Recht gesucht, vertheidigt und gesprochen werde. Demnach werden in Ansehn der in diesem Theile des Gesetzbuches enthaltenen Gegenstände alle sowohl vaterländische als angenommene fremde Gesetze für die künftigen Fälle von nun an aufgehoben und für unwirksam erklärt, auch wird hiemit untersagt, sich hierauf auf weldy' immer für eine Art zu berufen.“<sup>28)</sup> Ebenso ist das westgalizische Gesetzbuch vom 1. Januar 1798 an maßgebend, „ohne vom besagten Tage an auf die bisher in Westgalizien bestandenen Gesetze oder gesetzlichen Gewohnheiten, soviel es die Gegenstände des bürgerlichen Rechtes betrifft, Rücksicht zu nehmen.“ Hiernach könnte man, da Art. 4 des Patentes von 1811 nicht weniger exclusiv klingt, geneigt sein, anzunehmen, das bürgerliche Gesetzbuch habe schon zur Zeit seiner Publication dem Beispiel des Code Napoleon folgen wollen, der das ältere Recht schon dadurch als aufgehoben ansah, daß eine gewisse Lehre nur überhaupt in ihm abgehandelt war, oder in das Gebiet des allgemeinen Civilrechtes einschlug, insofern er nicht selbst auf die früheren Rechtsquellen verweist.<sup>29)</sup> Diese Annahme wäre aber wesentlich ungenau; sowie das Josephinische Gesetzbuch und der nach ihm entstandene Entwurf dem particularen und dem Gewohnheitsrecht doch noch immer einen gewissen Spielraum einräumten,<sup>30)</sup> so war (worauf schon wiederholt Beziehung genommen werden mußte) noch zur Zeit der Publication des Gesetzbuches der Plan, nach dem Vorgang der preussischen Codification die Provinzialrechte zu sammeln und dem allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche lediglich die Rolle eines subsidiären Rechtes zuzuweisen, formell nicht aufgegeben; erst sechs Wochen<sup>31)</sup> nach dem Datum des Rundmachungspatentes wurde die Ausschließung alles bisherigen Provinzialrechtes und damit die exclusive Geltung des Gesetzbuches nach Art des Code Napoleon zur bleibenden Thatsache. Seit her läßt sich der Sinn des Art. 4 etwa dahin zusammenfassen: Alles ältere österreichische Privatrecht ist aufgehoben, nicht nur soweit sein Inhalt dem des Gesetzbuches widerspricht, sondern es ist, mag es allgemeiner oder particularer Natur sein, in seinem ganzen Umfang aufgehoben, soweit seine fortdauernde Geltung nicht durch besondere gesetzliche Bestimmungen (z. B. Art. 7, 8, specielle Beziehungen des Gesetzbuches selbst auf dieses ältere Recht) gerechtfertigt werden kann.<sup>32)</sup> Dieses Ergebnis rechtfertigt sich durch folgende Ausführung:

einheit aller österreichischen Länder) in seine ganze Reise versehen oder etwan die in den Jahren der Unwissenheit eingeschlichene römischen Rechten selbst mit aller Hülfskraft wieder hinaus begeiten“ . . . „kein Fall ist mehr anzutreffen, der nicht durch eigene auf Verstand und Natur begründete Gesetze bestimmt wäre“ . . . „Da nun heut zu Tage fast alle Gelehrten Europa's in den Grundfäßen und in allem Wesentlichen des Naturrechts übereinstimmen, . . . so ist kein Zweifel, daß Oesterreich gar keiner fremden Gesetzen mehr bedürftig wäre.“

<sup>28)</sup> Ebenso exclusiv war schon das Theresianische Strafgesetz (Domin S. 55, 79) und die Josephinische Gerichtsordnung, an die sich auch diesfalls die westgal. G. D. angeschlossen. Domin S. 117, 279. Menger S. 59 ff.

<sup>29)</sup> Zachariä §§. 9, 14. Stobbe Geschichte II S. 482.

<sup>30)</sup> Hof. G. B. I §. 8 ff., Entwurf (westg. G. B.) I §§. 22, 23.

<sup>31)</sup> Hofb. 13. Juli 1811 (s. Note 42 a. G.).

<sup>32)</sup> Die späteren Rundmachungspatente beziehen sich in sehr kurzer Fassung auf das Rundmachungspatent von 1811 (oben S. 39). Bei der Einführung des G. B. in Ungarn und Siebenbürgen traten einige Beschränkungen ein; hervorzuheben ist insbesondere, daß,

## Das Kundmachungspatent setzt außer Wirksamkeit

1) „das bis jetzt angenommene gemeine Recht“. Das Wort „angenommen“ ist im Sprachgebrauch jener Zeit der technische Ausdruck für „recipirt“. <sup>33)</sup> Unter dem recipirten gemeinen Recht (namentlich aber unter den gemeinen Rechten) verstand schon der Sprachgebrauch der Codificationszeit das römische Recht, das kanonische Recht und das longobardische Lehenrecht. <sup>34)</sup> Im Kundmachungspatent scheint aber der Ausdruck „gemeines Recht“ nicht in diesem, sondern in einem engeren Sinne gebraucht, in welchem er nur das (aber freilich durch kanonisches und einheimisches Recht modifizierte) römische Recht bezeichnet. <sup>35)</sup> Dafür spricht sehr bestimmt der in den Verhandlungsprotokollen festgehaltene Sprachgebrauch, der, fast ohne Ausnahme <sup>36)</sup> die Ausdrücke gemeines und römisches Recht identificirt. <sup>37)</sup> Entscheidend aber

insoferne es sich um die gültige Abschließung, die Verhandlung über die Ungültigkeit einer Ehe, um eine Scheidung von Tisch und Bett oder eine Ehetrennung handelte, das G. B. in Ungarn und seinen Nebenländern nur für die evangelischen und jüdischen, in Siebenbürgen nur für die jüdischen Glaubensgenossen maßgebend wurde. (Art. III, IV vgl. aber auch X der betreffenden Kundmachungspatente.) Seit dem Patent vom 8. October 1856 (R. G. B. Nr. 185) blieb das G. B. in Ansehung der berührten Fragen des Eherechtes nur für die Juden in der ganzen Monarchie und für die evangelischen Glaubensgenossen in den deutsch-slavischen Kronländern sowie in Kroatien und Slavonien und für die nicht unirten Griechen in den deutsch-slavischen Kronländern in Geltung. Ueber die späteren Aenderungen s. das Eherecht.

<sup>33)</sup> Vgl. z. B. Kundm. Pat. zum Jos. G. B.: „Angenommene fremde Gesetze“ im Gegensatz der „vaterländischen“; Hofb. 10. Febr. 1789 (S. G. S. Nr. 967); Donner §. 4 (abgedruckt in der folgenden Note); Wiener Heinemann I (= Erklärung der römischen Institutionen nach dem Leitfaden des Heinemann und dem Geist der öffentlichen Vorlesungen an der Wiener Hochschule. (Wien 1796) S. 13. Zeiller Comm. I S. 23, 81. — Höpffner Inst. Comm. (8. Aufl. v. Weber) sagt bald „aufgenommen“, bald „angenommen“, bald „recipirt“ z. B. S. 1, 24, 29, 32 Note 1. Vgl. Glück Comm. I z. B. S. 268, 303, 311, 359.

<sup>34)</sup> S. z. B. Höpffner S. 1. Glück I S. 268, 304, 378 f., aber auch S. 392. Donner §. 4: „Die bürgerlich- oder weltlichen Gesetze sind ferner die angenommenen und die eigenen; jene bestehen in den Römisch-Kanonischen, dann in dem Lehenrechte, welche bei Abgang der eigenen Gesetze als ein Hinterhalt angenommen werden;“ Donner will aber hiemit nicht das ganze kanonische Recht umfassen; bei Besprechung der „göttlichen Gesetze“ (§. 2) handelt er auch von „anderen Gesetzen in geistlichen Sachen, welche von der Kirche gemacht sind.“ Vgl. noch Heß §. 14 f., 59.

<sup>35)</sup> Diese Auffassung darf als die herrschende bezeichnet werden. Sie wurde begründet von Wagner Quellenverhältniß S. 117 ff.; ihm schlossen sich an Schuster Comm. S. 2, Nippel I S. 11 f. Winwarther I (erste Aufl.) S. 30 f., (zweite Aufl.) S. 32 f. Stubenrauch I (erste Aufl.) S. 27 ff., (zweite Aufl.) S. 12 f. Ellinger (6. Aufl.) S. 19. Kirchstetter S. 4 f. Doch ist die Formulierung bei den einzelnen Schriftstellern eine so verschiedene, daß man sich versucht fühlen könnte, drei verschiedene Meinungen vertreten zu glauben.

<sup>36)</sup> Es scheint nur eine einzige Stelle (und diese gehört nicht zu den Beratungen über das G. B. selbst, sondern zu den über das in Salzburg und Berchtesgaden einzuführende Eherecht — Prot. 8. October 1807) vorzukommen, in welcher der Ausdruck „gemeines Recht“ schlechtweg das kanonische Recht bezeichnet. Wohl aber findet sich der Terminus in diesem Sinne einigemal bei Zeiller Comm. z. B. I S. 186 Note \*\*, S. 216 Note \*. Die Redactoren bezeichnen das kanonische Recht lieber als das „geistliche Recht“, z. B. Prot. 14. April 1806; ebenso Donner §. 2. — Zeiller im Commentar und Dolliner Eherecht (2. Aufl.) bedienen sich sehr verschiedener Namen: Kirchenrecht (Zeiller I S. 178 Note \*, S. 217 Note \*), Kirchengesetze (Zeiller I S. 211, 214 Note \*\*), gemeines Kirchenrecht (Dolliner I S. 2, 72, 79, 158, Zeiller I S. 289), gemeines geistliches Recht (Zeiller I S. 225), u. a. — Auch das Lehenrecht wird zuweilen, doch sehr selten unter dem Namen „gemeines Recht“ begriffen vgl. oben S. 38.

<sup>37)</sup> Schon der Vortrag vom 21. December 1801 thut dies in der entschiedensten Weise; insbesondere heißt es in ihm: „Die Frage, ob ein einheimisches vollständiges bürgerliches G. B. mit Aufhebung des gemeinen oder römischen Rechtes für die österr. Erbstaaten aufgestellt werden solle, könne nicht mehr zur Verathschlagung kommen.“ (Vgl. Heß §. 40: „Das römische Recht war vor wenigen Jahren noch fast die einzige Entscheidungsnorm in bürgerlichen Rechtsangelegenheiten.“) Im Einzelnen bedienen sich

ist für diese Auffassung, daß sich nachweisen läßt, daß das Gesetzbuch und sein Kundmachungspatent weder an der Geltung der Quellen des Lehenrechtes noch des bestehenden Kirchenrechtes etwas ändern wollte. Das „besonders bestehende Lehenrecht“ wird nämlich im §. 359 a. b. G. B. ausdrücklich aufrecht erhalten, es kann also schon darum nicht unter Abs. 4 Rdm. Pat. fallen.<sup>35)</sup> Ebensonenig ist dieser aber auf das kanonische Recht, soweit dieses nicht im römischen Recht begriffen gedacht<sup>39)</sup> war, zu beziehen. Denn das kanonische Recht war, was die wichtigsten das Privatrecht betreffenden Bestimmungen desselben (das Eherecht) anbelangt, schon durch das Ehepatent vom 16. Jänner 1783 §. 57 (Z. G. S. Nr. 117), dessen Inhalt auch in das Josephinische Gesetzbuch übergegangen war, aufgehoben; andere kirchenrechtliche Bestimmungen aber waren entweder durch Al. 8 des Rdm. Pat. ausdrücklich aufrecht erhalten, oder sie schienen den Redactoren so weit vom Recht oder wenigstens vom Privatrecht abzuliegen, daß es an jedem Anlaß fehle, ihrer im Kundmachungspatent auch nur irgendwie zu gedenken.<sup>40)</sup> — Aufgehoben wurde ferner

- 2) das Josephinische und

3) das westgalizische Gesetzbuch und zwar nach ihrem ganzen Inhalt, nicht nur soweit sie allgemeines Privatrecht enthalten.<sup>41)</sup> Endlich

die Protokolle allerdings sehr verschiedener Termini: „Römisches G. B.“ (z. B. Vortrag von 1801 cit. Prot. 4 und 11. März 1805), „das Justinianische Gesetzbuch“ (Vortrag v. 1801), die „römische Gesetzsammlung“ (ebenda), die „römische Legislation“ (ebenda: Man nähre die Hoffnung, die „römische Legislation durch eine vaterländische entbehrl. zu machen“), „römisches Recht“ (Prot. 5. Dec. 1803 und sonst sehr oft), „gemeines Recht“ (Prot. 5. Dec. 1803, 1. April, 13. Mai, 20. Mai 1805, 30. Nov. 1809), „gemeines römisches Recht“ (4. April 1803) u. s. w. Diese Ausdrücke sind den Redactoren in der Regel völlig gleichbedeutend (vgl. auch Zeiller Comm. I S. 81: „Da das in seinem ganzen Umfang angenommene römische Recht den Verhältnissen . . . in vielen Stücken nicht angemessen war, so entstanden durch Gewohnheiten . . . mehrere von dem gemeinen Recht mehr oder minder abweichende Rechtsvorschriften oder Statuten . . .“). Zuweilen, doch selten genug kommt es vor, daß unter gemeinem Recht nur das reine römische Recht (z. B. Prot. 5. Dec. 1803) oder im Gegensatz dazu nur das heutige gemeine Recht (z. B. Prot. 7. Juli 1806; „neueres gemeines Recht“ Prot. 4. März 1805) verstanden oder Sätze des älteren und neueren römischen Rechtes sich geradezu entgegen-  
gesetzt werden.

<sup>35)</sup> So mit Recht schon Wagner S. 63 ff., dem sich die Späteren meist angeschlossen haben. Doch haben freilich die Redactoren den §. 359 durchaus nicht dahin verstanden, daß durch denselben das Longobardische Lehenrecht aufrecht erhalten werden solle, sondern diesen Sinn haben erst spätere Ereignisse in denselben hineingelegt. Da man, wie am 1. Februar 1808 ausgesprochen wurde (s. oben S. 37 Note 198), das Zustandekommen einer kaiserlichen Lehenordnung „noch in diesem Jahre erwartete“, so versteht es sich, daß die Redactoren diese im Auge hatten, als sie im §. 359 auf das besonders bestehende Lehenrecht Bezug nahmen, und daß sie, als sie am 28. Dec. 1807 das Kundmachungspatent beschlossen, davon ausgingen, es werde das Longobardische Lehenrecht entweder schon vor dem Inseltretreten des G. B. oder doch gleichzeitig mit diesem durch die Lehenordnung außer Wirksamkeit gesetzt werden. Allein dies ist nur ein Grund mehr, den Ausdruck „gemeines Recht“ in Al. 4 nicht auf das Lehenrecht zu beziehen.

<sup>39)</sup> Insoweit also Sätze des kanonischen Rechtes bis dahin als Sätze des „bürgerlichen Privatrechtes“ gegolten hatten. Diese wurden durch das b. G. B. entschieden aufgehoben. Es kommt für dieses Resultat nicht einmal darauf an, daß diese Sätze unter den Passus „gemeines Recht“ fallen. Sind sie nicht als Modificationen des Röm. Rechtes zu denken, so sind sie — und das Nämliche gilt auch von jenen Sätzen der libri feudorum, die nicht das Lehen- sondern das bürgerliche Recht betreffen — gewiß durch den Schlußsatz des 4. Abs. des Kundm. Pat. beseitigt.

<sup>40)</sup> Vgl. darüber bei Al. 7, 8 unten.

<sup>41)</sup> So mit Recht Menger System I S. 87 f. Note 7, jedoch gegen die stets herrschend gewesene Meinung, welche diesen Gesetzbüchern, sofern ihr Inhalt nicht die Gegenstände des b. G. B. betrifft, noch für die Gegenwart Gültigkeit zugest. Wohl unter dem Einflusse dieser herrschenden Lehre erklärte das Hofd. 10. April 1813 (Z. G. S. Nr. 1037), es sei die im w. g. G. B. II §. 175 enthaltene Vorschrift über die Verhängung des Gegners noch ferner zu beobachten, und das Hofd. 15. Juli 1826 (Z. G. S.

4) alle übrigen älteren auf die im bürgerlichen Gesetzbuch behandelten Gegenstände sich beziehenden Gesetze und Gewohnheiten, soweit sie nicht durch anderweitige gesetzliche Bestimmungen aufrecht erhalten sind.<sup>42)</sup> Dieser Passus des Kundmachungspatentes ist es, in welchem nun eine Exklusivität des bürgerlichen Gesetzbuches begründet ist, wie sie der Code Napoleon<sup>43)</sup> von vornherein für sich in Anspruch nahm, so daß selbst Lücken des Gesetzbuches nicht aus dem älteren Recht, sondern lediglich durch Analogie im Geiste des Gesetzbuches auszufüllen sind.<sup>44)</sup><sup>45)</sup>

Nr. 2202), es könne bei den Verlassenschaftsabhandlungen auf das 18. Hauptst. des westg. G. B., soweit es nicht durch das a. b. G. B. aufgehoben sei, Rücksicht genommen werden — und erneuerte damit einige durch das Kundm. Pat. längst aufgehobene Vorschriften. Soweit aber erneuerte Specialgesetze nicht vorliegen, erscheinen beide Gesetzbücher durch das a. b. G. B. außer Geltung gesetzt. Dagegen Rippel I S. 13 f., Ellinger S. 20. Allein wenn es in der Absicht der Gesetzgebung gelegen hätte, diese Gesetzbücher in Beziehung auf processualische oder politische Anordnungen aufrecht bestehen zu lassen, so müßte sich wohl in den Protokollen bei den von Rippel bezogenen Materien eine Andeutung finden; allein kein Wort deutet diese Absicht an, obgleich in den betreffenden Sitzungen (25. Jänner 1802: Verathung über Privilegien; 22. Febr. 1805, 11. Mai 1807 und 13. November 1809: Verathung über das Ehehinderniß der Minderjährigkeit; 12. August, 19. August, 2. und 9. Sept. 1805, 18. Dec. 1809: Verathung über eheliches Güterrecht) sehr häufig vom früheren Recht, namentlich vom Josephinischen G. B. die Rede ist. In Wahrheit hat das G. B. die ältere Auffassung vom Wesen des Privilegiums nicht acceptirt (vgl. Weinarter I S. 98 und vorzüglich Unger System I S. 595 Note 53), obgleich das freilich besterweitert nicht in so klarer und bewußter Weise geschehen ist, als man nach §. 13 a. b. G. B. meinen möchte (vgl. die Erläuterung dieses Paragraphen unten). Von den „aus den Commentaren des römischen Rechtes in das Jos. G. B. aufgenommenen Vorschriften“ über das Wohnheitsrecht (I §. 9—12) sagt die Vortragsbeilage v. 19. Jänner 1808 gradezu, daß sie durch §. 10 a. b. G. B. „überflüssig“ werden. Jos. G. B. III §. 7 dürfte mit Rücksicht auf die Instr. von 1772 Punkt 3 (oben S. 15) fallen gelassen worden sein, und in Rücksicht der im Jos. G. B. privilegierten Ansprüche der Ehegattin im Concurs des Mannes wird in den Protokollen als selbstverständlich vorausgesetzt, daß die Ehefrau, wenn sie nicht durch Ausbedingung einer Sicherstellung für ein Vorzugsrecht gesorgt hat, den übrigen Gläubigern ihrer Classe gleich steht. Vgl. auch Kaiserer Commentar zur österr. Concursordnung S. 91. Daß auch w. g. G. B. I Hauptst. 6 nicht in Geltung bleiben sollte, darüber s. oben S. 31 Ziff. 1. In der That möchte auch durch die Aufhebung der beiden älteren Gesetzbücher kaum eine fühlbare Lücke im österreichischen Rechte entstanden sein.

<sup>42)</sup> Letzteres gilt von den im b. G. B. denn doch berührten Gebieten des speciellen Privatrechts (s. Al. 7, 8). Dagegen ist das Verhältniß des Al. 4 zu §§. 10, 11 einfach dieses: Alle das allgemeine Privatrecht betreffenden Provinzialstatuten und Wohnheitsrechte sind schon durch das Kundmachungspatent aufgehoben; insofern sie dennoch fernerweit gelten sollen, kann dies nur der Fall sein in Kraft einer neuen gesetzlichen Sanction. Weil dies das Verhältniß ist, bedurfte es, als man den Plan, aus den Provinzialstatuten einen Anhang des G. B. zu machen, aufgegeben hatte, nicht erst einer Außerkraftsetzung derselben, sondern nur der Erklärung: „Se. Majestät haben keinem besonderem Rechte oder Statuten für die einzelnen Provinzen neben dem a. b. G. B. Statt zu geben befunden“ (Hofb. 13. Juli 1811. Michel Nr. 23).

<sup>43)</sup> Art. 1. Les lois sont exécutoires dans tout le territoire francais . . . . Gesetz vom 30. Vent. XII. Art. 7; s. oben Note 29.

<sup>44)</sup> Diese Exklusivität, die sich ebenso im hessischen und sächsischen Entwurf (und im sächs. G. B. Publ. Pat. v. 2. Jänner 1863 Nr. 2, 3), und im bairerischen Entwurf von 1861 statuirt findet, wird von Arnolds Ges. Civ. Schriften III S. 287, 392, 477 gebilligt: Die neue Gesetzgebung „muß doch vor Allem aus sich selbst und nach ihrem Geiste durch Analogie weiter entwickelt werden.“ Vgl. Förster I S. 13 f. Gewiß ist es anerkennenswerth, daß trotz der dem G. B. gegebenen exclusiven Geltung Zeiller (Mater. VI S. 318 ff.) mehr als zehn Jahre später (1822) die Frage, ob es rathsam sei, dem römischen Recht subsidiäre Geltung zuzugestehen, nicht als eine definitiv abgethane behandelte — gewiß ein Beweis, daß er, wenn die mit dem Gesetzbuch gemachten Erfahrungen einen solchen Schritt hätten wünschenswerth erscheinen lassen, zur Umkehr gerathen haben würde. Vgl. über diese Frage aus neuerer Zeit Lang Der Entw. eines b. G. B. für das Königreich Bayern (1861) I S. 9—27, aber auch Arnolds a. a. O. S. 477 f.

<sup>45)</sup> Die (durch die Allodialisirung der Lehen an praktischer Bedeutung immer mehr

(5.) Wie Wir aber in dem Gesetzbuche selbst zur allgemeinen Vorschrift aufgestellt haben, daß die Gesetze nicht zurück wirken sollen; so soll auch dieses Gesetzbuch auf Handlungen, die dem Tage, an welchem es verbindliche Kraft erhält, vorhergegangen, und auf die nach den früheren Gesetzen bereits erworbenen Rechte keinen Einfluß haben; diese Handlungen mögen in zweiseitig verbindlichen Rechtsgeschäften, oder in solchen Willenserklärungen bestehen, die von dem Erklärenden noch eigenmächtig abgeändert, und nach den in dem gegenwärtigen Gesetzbuche enthaltenen Vorschriften eingerichtet werden könnten.

(6.) Daher ist auch eine schon vor der Wirksamkeit dieses Gesetzbuches angefangene Erstickung oder Verjährung nach den älteren Gesetzen zu beurtheilen. Wollte sich jemand auf eine Erstickung oder Verjährung berufen, die in dem neueren Gesetze auf eine kürzere Zeit als in den früheren Gesetzen bestimmt ist; so kann er auch diese kürzere Frist erst von dem Zeitpunkte, an welchem das gegenwärtige Gesetz verbindliche Kraft erhält, zu berechnen anfangen.

Die Erläuterung dieses Abs. f. bei §. 5 a. b. G. B.

(7.) Die Vorschriften dieses Gesetzbuches sind zwar allgemein verbindlich; doch bestehen für den Militär-Stand und für die zum Militär-Körper gehörigen Personen besondere, auf das Privatrecht sich beziehende Vorschriften, welche bey den von, oder mit ihnen vorzunehmenden Rechtsgeschäften, obgleich in dem Gesetzbuche nicht ausdrücklich darauf hingewiesen worden ist, zu beobachten sind. Handels- und Wechselgeschäfte werden nach den besondern Handels- und Wechselgesetzen, insofern sie von den Vorschriften dieses Gesetzbuches abweichen, beurtheilt.

(8.) Auch bleiben die über politische, Cameral- oder Finanz-Gegenstände kund gemachten, die Privatrechte beschränkenden, oder näher bestimmenden Verordnungen, obgleich in diesem Gesetzbuche sich darauf nicht ausdrücklich bezogen würde, in ihrer Kraft.

Wie die Absätze 5 und 6 gegenüber der exclusiven Bestimmung des Absatzes 4 dem älteren Rechte in Ansehung der älteren Fälle seine Geltung wahren, so sind M. 7 und 8<sup>46)</sup> dazu bestimmt, andere Zweige der Gesetzgebung gegen den derogativen Einfluß des Gesetzbuches zu schützen, und sie sprechen dieses insoweit ausdrücklich aus, als die Vorsicht des Gesetzgebers ein Mißverständniß diesfalls für möglich halten konnte.

Im Vortrag vom 21. December 1801 heißt es: „Das Staatsrecht stelle das Subject der obersten Macht, die Regierungsform dar. Die politische Gesetzgebung habe das Verhältniß der Einzelnen zum Ganzen, sie habe die Mittel zur Aufrechthaltung der äußeren und inneren Sicherheit, die Vielfältigkeit der Nahrungswege, die Behebung und Verwaltung der Staatseinkünfte zum Gegenstande.“<sup>47)</sup> Das Criminalrecht schütze die Rechte der öffentlichen Verwaltung und der Privaten gegen unmittelbare vorsätzliche Angriffe durch thätig angedrohte Strafen. Das bürgerliche Recht bestimme die gegenseitigen Privatrechte der einzelnen Einwohner und die bürgerliche Gerichtsordnung bezeichne die gesetzlichen Wege, sie im Staate geltend zu machen.“<sup>48)</sup> Die Beilage zum Vortrag von

zurücktretende) Frage, ob das römische Recht oder das l. G. B. Subdiarquelle des Lehenrechtes sei, gehört nicht hieher. Unger Syst. I S. 10 Note 9.

<sup>46)</sup> Ebenso auch Abs. 9, der aber, weil einen ganz speciellen Punkt behandelnd, selbständiger Untersuchung vorbehalten werden kann. Dagegen müssen Abs. 7 und 8 besprochen werden, als wären sie ein einziger Absatz. Zudem unsere Commentare diese beiden Absätze von einander trennen, verlieren sie die Möglichkeit, die Grenzen zu erkennen, welche die Redactoren zwischen den Gebieten des allgemeinen und besondern Privatrechts und der Verwaltung gezogen dachten, trotzdem diese schon aus dem „Vorkenntnissen“, die Zeiller seinem Commentar vorausschickt, großentheils erkennbar waren. Es verdient aber dieser Gegenstand um so mehr Beachtung, als die ganze Frage auch heut noch bei weitem nicht zu den ausgetragenen gehört.

<sup>47)</sup> Dieser Satz folgt offenbar Sonnensels Grundsätze der Polizei, Handlung und Finanzwissenschaft I Abs. 12 ff.

<sup>48)</sup> Etwas ausführlicher die oben (S. 49 Note 264) mitgetheilte Stelle aus dem Vortrag vom 19. Jänner 1808. Vgl. Zeiller Comm. I S. 15—18, der insbesondere hervorhebt (S. 17), „daß alle diese Zweige der öffentlichen Verwaltung mehr oder minder

1808 knüpft an eine ähnliche Unterscheidung dieser großen Hauptgebiete der Gesetzgebung noch einige weitere Ausführungen (s. oben S. 49 N. 264) an, die sowohl durch das, was sie enthalten, als durch das, was sie verschweigen, gleich charakteristisch sind, und fährt dann fort: „Aus der Betrachtung, daß der allgemeine Civilcodex nur die allen Bürgern zustehenden Rechte und Rechtspflichten enthalten solle, schloß man davon auch das besonderen gewissen Ständen und Classen der Bürger eigene Privatrecht aus,“ nämlich

1) das Militärrecht, mit dessen Abfassung ein besonderes Departement beschäftigt sei, dem man von den einschlägigen Paragraphen des Gesetzbuches Mittheilung gemacht habe.<sup>49)</sup> Uebrigens habe man sich damit begnügt, im Gesetzbuche bei den Berührungspunkten nur auf die Militärgesetze hinzuweisen;<sup>50)</sup> es reiche dies hin, den Leser aufmerksam zu machen, und schaffe jenem Departement vollkommen freie Hand.<sup>51)</sup> — Doch kann es, da das Gesetzbuch auch für das Militär am 1. Jänner 1812 in Wirksamkeit trat, und Absatz 7 des Kundmachungspatentes bereits am 28. December 1807 beschloffen wurden, kaum zweifelhaft sein, daß die Codification des Militärprivatrechtes keine vollständige sein, sondern das Militärprivatrecht nur soweit umfassen sollte, als es vom allgemeinen Privatrecht abweichende Bestimmungen enthält;<sup>52)</sup>

in einander greifen, und daß die Grenzen zum Theil noch problematisch, zum Theil aber durch . . . eingewurzelte . . . Praxis hier und da verrückt worden seien.“ Trendelenburg Naturrecht S. 182: „Verwaltung und Rechtspflege, Polizei und Justiz führen vielfach über das Gebiet, das ihnen zusteht. . . Streit.“ Einen (noch sehr lehrswürdigen) Versuch, die Grenzen zwischen Justiz und politischen Gegenständen schärfer zu bestimmen, machte Prato bevera Mat. I S. 1–59, vgl. noch über die Anschauungen der damaligen Zeit Hef S. 16 ff., 30 ff., 37 ff.; aus neuerer Zeit Buchta Justiz S. 22 ff.; aus neuester Zeit Koesler Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts I (1872) S. 1–13 und dazu Lustkandl in Grünhut's Zeitschr. I S. 584–607, 637–679.

<sup>49)</sup> Vgl. oben S. 49 Note 265. Die Mittheilung, die hier erwähnt ist, erfolgte an die Justizabtheilung des Hofkriegsrathes bereits am 28. Mai 1804 in Ausführung des Cabinetschreibens vom 23. April 1804 aus allen jenen Hauptstücken, die damals dem Kaiser bereits vorgelegt waren. Sie umfaßte die §§. 24, 28, 32–34, 47, 59, 94, 116, 139 und 160 der damaligen (mit der des westg. G. B. schon nicht mehr zusammenfallenden) Zählung, correspondirend den §§. 24, 29, 33–35, 54, 69–71, 73, 112, 148, 174, 175 und 195 des G. B. von 1811.

<sup>50)</sup> Ob nicht das Eshinderniß des Militärstandes durch das G. B. meritorisch geregelt werden sollte, war übrigens einige Zeit Gegenstand einer zwischen dem Hofkriegsrath und den Redactoren geführten Amtscorrespondenz.

<sup>51)</sup> Der Vortrag von 1808 selbst betont den letzten Punkt viel schärfer; er legt alles Gewicht darauf, daß das in Bearbeitung stehende Militärrecht noch manchen Veränderungen unterliegen dürfte; daher habe man, um die Factoren der Militärgesetzgebung nicht zu beeinträchtigen, nur auf die Militärgesetze hingewiesen und in dem Kundm. Pat. auf dieselben aufmerksam gemacht.

<sup>52)</sup> Vgl. Prato bevera Mat. I S. 246. Zur Zeit, da Horten das Referat führte, wollte jedoch der Hofkriegsrath noch an einem durchgehends eigenen Militärprivatrecht festhalten. Als er nämlich um sein Gutachten über das Recht der Militärstände angegangen wurde, meinte er, das Civilgesetzbuch könne nicht für Militärpersonen gelten und verlangte die unveränderte Aufrechthaltung der Militärfreiheiten. Die Gesetzgebungscommission aber negirte schon damals den Bestand von Militärfreiheiten im Sinne von Privilegien, und bemerkte, das Militär habe nur darum unter der Herrschaft eines besonderen (des römischen) Rechtes gestanden, weil die Landesrechte so verschieden gewesen seien und es an einem Kriterium für die Entscheidung der Frage gefehlt habe, welches dieser Landesrechte auf das Militär anzuwenden sei. Wenn aber ein einheitliches Recht für das ganze Reich geschaffen werde, so sei kein Grund vorhanden, das Militär von dessen Anwendung auszunehmen. Garrowowsky S. 139 f. Den Sieg dieser Auffassung markirt der Abs. 7 des R. B. (verb. „allgemein verbindlich;“ vgl. Art. X der R. B. für Ungarn und Siebenbürgen). Schon hienach kann es nicht zweifelhaft sein, daß die zuweilen (z. B. von Schuster Comm. S. 3, Nippel I S. 11, Ellinger 6. Aufl. S. 19, 282) behauptete subsidiäre Geltung des römischen Rechtes auf dem Gebiete des Militärprivatrechtes seit

2) das Handels-, Wechsel-<sup>53)</sup> und Seerecht;<sup>54)</sup>

3) das Lehensrecht, das in einigen Provinzen gar nicht gelte, in anderen wenig Bedeutung habe und provinziell verschieden sei; dadurch legitimire es sich zu einer besonderen Sammlung;<sup>55)</sup> endlich

4) das Privatkirchenrecht<sup>56)</sup> („von dem öffentlichen kann hier gar keine Rede sein“) werde für die Geistlichkeit als ein besonderer Rechtstheil gelehrt. „Allein vieles davon gehört in die verschiedenen Theile der Theologie, vieles, wie z. B. das Eherecht, die Begünstigung der Kirchengüter in Rücksicht der Verjährungszeit in das eigentliche Civilrecht . . . Einiges davon gehört in das Strafgesetzbuch oder in die Gerichtsordnung, das Uebrige, wie z. B. die Kirchenpolizei, selbst das Patronats-, das Lehens- und Beneficiatrecht wird bei uns von den politischen Behörden nach politischen Gesetzen behandelt.“<sup>57)</sup>

dem Insebetreten des a. b. G. B. aufgeführt hat. Zu demselben Ergebniss führt auch das Hofd. v. 4. Dec. 1816 (bei Winwartner Handb. der Gesetze und Verordnungen [dritte Auflage] II S. 117, 233), welches jene Gesetze, die in den §§. 402, 600 berufen sind, ershöpfend bezeichnete. Stubenrauch (1. Aufl.) I S. 29 f., 783 f., II S. 364 ff.; (2. Aufl.) I S. 17, 521, 798 f.

<sup>53)</sup> Auch der Vortrag von 1808 gedenkt bei im Zuge befindlichen Codificationsarbeit und wiederholt beziehen sich die Protokolle auf dieselbe. (Prot. 22. Juli 1805: die Verfertigung des Handelsrechtes werde auf §. 286 w. g. G. B. III. Thl. = §. 1179 G. B. v. 1811 großen Einfluß nehmen, daher dieser Paragraph nur „bermal beibehalten“ wird; Prot. 25. August 1806: die Wechselordnung oder das Handelsrecht müsse und werde auch von den Anweisungen unter Kaufleuten handelt u. f. w.)

<sup>54)</sup> Weber das Kundmachungspatent, noch der Vortrag von 1808, der wesentlich eine Erläuterung dieses Patenten geben will, gedenkt des Seerechtes, obgleich das G. B. selbst wiederholt (§§. 1043, 1292) darauf verweist. Schon von der Doctrin zu Anfang des Jahrh. wurde es zum Handelsrecht gerechnet. (Wagner Quellenverb. §. 48 Note a, der sich dagegen ausspricht.) Die Protokolle ergeben aber einen anderen Grund für das Schweigen des Kundm. Pat. und des Vortrags v. 1808: Bei den Beratungen (Prot. 14. und 21. Dec. 1809) waren einige Stimmen dafür, jede Verweisung auf die See Gesetze auch im G. B. zu streichen, „nachdem der österr. Staat, der keinen Handel zur See und kein Küstenland hat, auch keine See Gesetze habe.“ Seit diese Gründe entfallen sind, hat es auch an Anlässen zu einer Codification des Seerechtes nicht gefehlt; vgl. z. B. Entwurf des österr. Privatrechtes für die Provinzen, in welchen das a. b. G. B. Wirksamkeit hat (Wien 1848) — bisher jedoch ohne zum Ziele zu führen. Vgl. Goldschmidt Handb. des Handelsrechtes (2. Aufl.) I S. 93 f., 102 ff., 128.

<sup>55)</sup> Auch dieses ist (s. oben S. 88 N. 38) im G. B. §. 359 ausdrücklich aufrecht erhalten, der Vortrag von 1808 gedenkt desselben jedoch nicht, wohl auch wieder darum, weil er sich nur über den Inhalt des vorgelegten Kundm. Pat. auslassen wollte.

<sup>56)</sup> „Diese praktisch im Einzelnen schwer durchführbare und schiefe Classification“ des Kirchenrechtes in ein öffentliches und privates wird von den Neueren (vgl. Arndts Jurist. Encyclopädie und Methodologie §. 95, Savigny I S. 27, Stahl Philos. d. R. II I. S. 301, Brinz Pand. (2. Aufl.) I S. 109, Ahrens in Holtendorff's Encycl. (2. Aufl.) I S. 49, Bluntzschli Allg. Staatsrecht, 5. Aufl. 1876 S. 6), namentlich von den Canonisten entweder ausdrücklich (z. B. v. Schulte Lehrb. des kath. Kirchenrechtes 1873 S. 2 Nr. IV, VI, Groß Zur Begriffsbestimmung und Würdigung des Kirchenrechtes 1872 bes. S. 27, Hinschius in Holtendorff's Encyclop. 2. Aufl. I S. 610) oder stillschweigend (z. B. Walter Lehrb. des Kirchenr. 14. Aufl. 1871 S. 6) abgelehnt; während der Redactionszeit des a. b. G. B. war sie in Oesterreich allgemein anerkannt, spielte im Studienplan von 1810 eine große Rolle und war insbesondere dem officiellen Lehrbuch von Reichberger zu Grunde gelegt (Heß §. 42 ff.) und ist noch auf Pachmann Lehrb. des R. N. (2. Aufl.) §. 43 von verschiedenem Einfluß gewesen.

<sup>57)</sup> Heß §. 44 sagt geradezu: Die in den meisten Zweigen des öffentlichen und besonders des Privatkirchenrechtes erschienenen vaterländischen Verordnungen machen das mühsame genauere Studium der canonischen Gesetze (des corp. jur. canon.) immer mehr und mehr entbehrlich, so zwar, daß das ganze Kirchenrecht kaum mehr den Namen eines canonischen (durch Kirchengesetze, Canonen, zu bestimmenden) verdient, sondern vielmehr nur eine Sammlung österreichischer Verordnungen über kirchliche Angelegenheiten enthält.“ Demnach erscheint von diesem Standpunkt aus der 8. Abs. des Kundm. Pat. als derjenige Rechtsatz, kraft dessen das geltende Kirchenrecht, soweit nicht das sog. Privatkirchenrecht durch das G. B. selbst materiell oder formell eine neue Gestalt erhält, trotz Abs. 4 des

Nur der eben genannten Zweige des speciellen Privatrechtes gedenkt die Beilage zum Vortrag von 1808; weil aber auch ihr das Privatkirchenrecht in den politischen Gesetzen aufgeht und (Note 54) „der österreichische Staat . . . keine Seegeetze“ hatte, nennt der Vortrag von 1808 und das Rundmachungs-patent als die Gebiete des Specialprivatrechtes geradzu nur das Militär-, das Handels- und Wechselrecht.<sup>55) 59)</sup> Das erstere ist wesentlich das Recht eines besonderen Standes, das Handels- und Wechselrecht dagegen konnte schon zur Zeit des Erscheinens des b. G. B. nicht ausschließlich als das Recht eines besonderen Standes angesehen werden;<sup>60)</sup> mochte auch der Gesichtspunkt, das Handelsrecht sei das Recht eines Standes, damals noch in weit höherem Grade zutreffen, als dies seit der Geltung der allgemeinen Wechselordnung und des Handelsgesetzbuches der Fall ist,<sup>61)</sup> so war es doch schon damals wahr, daß das

Rundm. Pat. durch die Einführung des b. G. B. unberührt blieb. Selbst wo das G. B. einschlägige Lehren berührt, pflegt es nur auf die politischen Gesetze zu verweisen (z. B. §§. 27, 539, 867); nur selten (z. B. §§. 1472, 1485) enthält es selbst eine dahin einschlägige Disposition.

<sup>59)</sup> Das Lehenrecht mag wohl nur darum nicht hervorgehoben worden sein, weil man erwartete, die Lehenordnung ungefähr gleichzeitig mit dem b. G. B. publiciren zu können; ohne Zweifel hielt man das Lehenrecht für einen Zweig des speciellen Privatrechts; und betrachtete es also trotz seines historischen Zusammenhanges mit dem Ständerecht (Befeler System §§. 145, 146, S. 603, 606 der 3. Aufl.) nicht als einen Zweig der politischen Gesetzgebung. Vgl. Heß S. 47: „Das Lehen- und das Wechselrecht kommen darin überein, daß beide nichts anderes, als die Lehre von zwei Contracten enthalten, welche ihrer ganz eigenthümlichen, durch besondere Gesetze angeordneten Bestimmungen wegen aus dem bürgerlichen G. B. weggelassen wurden, daß sie also Supplemente des Lehrvortrages über das a. b. G. B. bilden.“ Die gleiche Auffassung findet sich auch z. B. bei Donner III S. 4—88. Ganz anders noch, offenbar unter dem Einfluß des alten Gegensatzes von Land- und Lehenrecht (Zöpsfl Deutsche Rechtsgeschichte, 4. Aufl. I S. 139 f. Nr. XIII) Jordan System. Darstellung des bürgerl. R. im Königreich Böhmen (1795) I S. 4 f.: „In dieser Hinsicht heißt das Recht ein Kirchen-, Lehen-, Staats- oder bürgerliches Recht, je nachdem die gesammelten Gesetze die Kirche, den Lehenzernus, den Staat oder die bürgerlichen Handlungen der Staatsbürger unter einander beabsichtigen . . . und es werden unter den bürgerlichen Handlungen alle jene verstanden, welche die Bewohner . . . begehren, und wobei weder das innere noch äußere öffentliche Verhältniß des Staates, weder die Strafbarkeit, noch ein Lebenszusammenhang in Betrachtung gezogen werden.“ Vgl. noch Roth Bayr. Civilrecht II S. 502: „Das Lehenrecht war früher ein Theil des öffentlichen Rechts.“

<sup>59)</sup> Auch Wagner Quellenverh. Zweite Abtheilung, II—IV. Abschnitt untersucht in Rücksicht des speciellen Privatrechts im modernen Sinne nur das Quellenverhältniß des G. B. zum Lehen-, Handels-, Wechsel- und Kirchenrecht; denn das „Gewohnheits- und Provinzialstatutarrecht (V. Abschn.) gehört zu den subjectivpartikulären Privatrechtszweigen“ §. 72 (oben S. 78 Note 6), und „die Gesetze über das Gerichtsverfahren (VI. Abschn.) . . . betreffen . . . ganz verschiedene Gegenstände“ §. 81.

<sup>60)</sup> Wagner Quellenverh. §. 48, 49, findet zwar die „einzig mögliche Grenze des Handlungsrechtes“ in dem jetzt sog. subjectiven System, wonach ein „eigentliches Handelsgeschäft ausschließlich dasjenige ist, welches nur von einem Handelsmanne als solchem unternommen werden kann“ (ein System, welches noch gegenwärtig von Thöl Handelsrecht 5. Aufl. I §. 25 vertreten wird), und meint, daß „nach der reinen Idee des Wechselinstitutes dasselbe (ebenfalls) ein ausschließendes Institut für Handelsleute sein sollte,“ gibt aber zu, daß diese Grenze auf das in Oesterreich bestehende Wechselrecht nicht anwendbar sei. Geschichtlich ist allerdings in älterer Zeit das subjective System das überwiegende gewesen vgl. Goldschmidt I S. 437 ff. bes. Note 14. Sehr entschieden tritt aber das objective System schon hervor in dem Aufsatz von v. Wapna in der Zeitschr. f. österr. R. G. 1828 I S. 154 ff., trotz der nach dem subjectiven System klingenden Aufschrift: „Ueber die Nothwendigkeit besonderer Gesetze für Handelsleute.“ Vgl. Schiebe (Pardeffus) Lehrb. des Handelsrechts (1838) S. 4, 37 u. f. w. v. Fahn Commentar I S. 1 f., II S. 1 ff., Puchelt Comm. (1874) S. 487, Stobbe Handbuch I S. 280 VI, Befeler System S. 606 II u. A.

<sup>61)</sup> Goldschmidt I S. 431 ff.; Berger die österr. Wechselordnung (2. Aufl. Wien 1850) S. 19 ff., 25 ff. (der sich energisch gegen die durch die W. D. statuirte allgemeine Wechselfähigkeit ausspricht).

Handelsrecht nicht nur das Recht des Handelsstandes, sondern auch die für den Handel geltenden Normen enthielt.<sup>62)</sup> Es ist aber durchaus nicht gleichgiltig, ob man die eine oder die andere Auffassung zu Grunde legt; jede von beiden rechtfertigt es zwar, daß das Handelsrecht den Gegenstand eines besonderen Gesetzbuches bildet,<sup>63)</sup> aber nur von dem letzteren Gesichtspunkt aus kann man anerkennen, daß diese Sonderstellung „nur auf Rücksichten praktischer Zweckmäßigkeit“ beruht, und „diese Theile des Rechtes gleichwohl wesentlich zum Civilrecht gehören, wenn auch mitunter polizeiliche Rücksichten eingreifen.“<sup>64)</sup> „Das Handelsrecht ist kein von dem allgemeinen Privatrecht völlig loszureißendes Recht; es ist in den meisten Beziehungen, wie . . . Vähr<sup>65)</sup> . . . sagt, unser eigentliches, ich möchte sagen potenziertes Volkrecht, umsomehr, je großartiger und vielseitiger sich der Handelsverkehr entwickelt.“<sup>66)</sup> Dieses Verhältniß des Handelsrechts zum allgemeinen bürgerlichen Recht tritt in dem bürgerlichen Gesetzbuch sehr bestimmt hervor; nicht nur enthält letzteres Verweisungen auf die Handelsgesetze (§§. 1179, 1216, 1317, 1410) und regelt Verhältnisse und Geschäfte, die schon damals (§§. 239, 252, 995, 1027—33, 1179, 1201, 1203, 1204, 1207, 1214, 1216, 1299, 1430) oder jetzt (§§. 970, 1164, 1288 ff., 1292, 1316) als handelsrechtliche angesehen werden, geradezu, sondern das Kundmachungspatent will ja von vornherein Handels- und Wechselgeschäfte nur insofern den besonderen Handels- und Wechselgesetzen unterstellen, als „sie von den Vorschriften dieses Gesetzbuches abweichen.“ Es kann daher nur gebilligt werden, daß die Mehrzahl unserer Schriftsteller stets daran festgehalten hat, daß seit Einführung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches dieses und nicht mehr das römische Recht auch als Subidiarquelle des Handels- und Wechselrechtes anzusehen sei.<sup>67)</sup>

Alle anderen Privatrechtszweige, die man unter dem Namen des speciellen Privatrechtes zu begreifen pflegt,<sup>68)</sup> freilich aber außerdem noch manches Andere, was gar nicht von privatrechtlichem Gehalte ist, faßt das Kundmachungspatent unter dem Namen der politischen Verordnungen zusammen, und grundsätzlich stand für die Redactoren fest, daß das Gesetzbuch von diesen Gegenständen nicht zu handeln habe.<sup>69)</sup> Hienach erscheint den politischen Verordnungen anheim-

<sup>62)</sup> Das Kundm. Pat. betont sogar nur die letzterwähnte Seite — nur die Geschäfte, und das möchte kaum zufällig sein. Vgl. o. S. 47 B. 2. Vgl. noch Unger System I S. 312 Note 24.

<sup>63)</sup> Arndts Civ. Schrift III S. 274, Goldschmidt I S. 364.

<sup>64)</sup> Diese polizeilichen Gesichtspunkte griffen allerdings im älteren österr. Handelsrecht bedeutend tiefer als h. z. E. vgl. Heß §. 48, 49. Fischer — Ellinger Handelsrecht (dritte Aufl. 1854) passim.

<sup>65)</sup> Die Anerkennung (2. Aufl.) S. 297.

<sup>66)</sup> Arndts III S. 110, 149 f.; etwas strenger scheint Goldschmidt §. 3 die Sonderstellung zu fassen; aber vgl. denselben §. 37.

<sup>67)</sup> So Wagner Quellenverb. S. 53 ff., Wechselrecht I S. 41; Haimeri Zeitschr. f. österr. R. G. 1836 II S. 76, Anleitung zum Studium des Wechselrechtes (1855) S. 25 f., Kaufs. Syst. Darst. des Wechselrechtes (1843) S. 13 f., Ellinger S. 21, Fischer — Ellinger §. 7 a. E., Stubenrauch (1. Aufl.) I S. 42 f. und II. Dagegen Sonnleithner Leitfaden über das österr. Handels- und Wechselrecht (1815) S. 50, 75, 206, Winwarter (1. Aufl.) S. 37. (In der zweiten Aufl. stimmt auch er mit der herrschenden Lehre überein.) Ueber den jetzigen Rechtszustand vgl. Art. I H. G. B. und dazu Goldschmidt I S. 363 ff., Thöl I §. 22. Näher kann an diesem Orte auf diese Frage (Unger System I S. 10 Note 10) nicht eingegangen werden.

<sup>68)</sup> Vgl. namentlich Beseler System (drittes Buch: die Specialrechte mit Einschluß des Ständerechtes), welcher den speciellen Theil seines Systems in das gemeine Landrecht (= allg. bürgerl. Recht) und die Specialrechte gliedert. Uebrigens ist noch durchaus nicht unbestritten, was zum speciellen Privatrecht zu rechnen sei; vgl. z. B. noch Zachariä franz. C. R. §. 25 und Ahrens a. a. O. S. 56 f.

<sup>69)</sup> Am eingehendsten führt dies das Prot. v. 21. und 22. März 1811 aus: Man habe unverrückt daran festgehalten „blos zeitliche, auf vorübergehende Anstalten und außer-

gegeben die Regelung des besonderen Rechtes der Geburts- und Berufsstände, sowie jener Specialrechte, welche „ohne ständische Beigabe erscheinen,“ also<sup>70)</sup> des besonderen Rechtes des Adels, der Bürger und Bauern, der Geistlichen und Beamten, des Berg-, Landwirtschafts- und Gewerberechtes, des Forst- und Jagdrechtes, des Wasserrechtes, des Kirchen- und Seerrechtes, von welsch<sup>71)</sup> letzteren Specialzweigen auch wieder einige mit dem Ständerechte entweder in geschichtlichem oder auch noch praktisch bedeutendem Zusammenhang standen.) Mit

ordentliche Zeitumstände berechnete und von wandelbaren politischen Verhältnissen abhängige Vorschriften, wenn sie gleich auf die Privatrechte und Verbindlichkeiten Einfluß haben, nicht hinein zu ziehen, sondern die Festsetzung und Kundmachung (von) derselben Anordnungen (wie z. B. der Jagd, Forst, Commertz, der das Dienstgesind oder das Verhältniß zwischen Grundherren und Grundbesitzern betreffenden Ordnungen, der verschiedenen Ständerechte, Privilegien, Regalien, Fiskalrechte u. dgl.) der politischen Verwaltung und Gesetzgebung zu überlassen,“ in dem b. G. B. lediglich darauf zu verweisen und im Kundm. Pat. die entsprechende Bestimmung zu treffen. Vgl. oben S. 49 Note 264 d; Zeiller Jahrb. Beitr. I S. 52 ff., Comm. I S. 17 f. Auch das Hoffsch. 5. Nov. 1814 (3. G. S. Nr. 1108: „Da das a. b. G. B. nur reines Privatrecht enthält. . .“) will nur die politischen Verordnungen als ausgeschlossen von dem Inhalt des G. B. bezeichnen.

<sup>70)</sup> Nach Auscheidung des Lehen-, Handels- und Wechselrechtes und des Militärprivatrechtes, die wirklich als specielle Privatrechte gedacht wurden.

<sup>71)</sup> Das b. G. B. wollte also den Einfluß der Geburts- und Berufsstände auf das Recht und insbesondere auch auf das Privatrecht keineswegs negiren (vgl. oben S. 47 Note 256), aber es wollte ihn als einen zufälligen und veränderlichen nicht selbst zum Ausdruck bringen (oben S. 49 Note 264 d); in der That war auch noch während der ersten Hälfte des Jahrhunderts (über die Zeit des Jos. G. B., welches den Einfluß der ständischen Stellung bedeutend abschwächte, vgl. Donner Erstes Buch, Titel 2, 5 ff., zweites Buch §. 346 ff., §. 462, drittes Buch, Titel 14 und an vielen anderen Stellen) der Einfluß des Adels- und namentlich des Bauernstandes auf das Privatrecht ein durchaus nicht unbedeutender, umso mehr als mit diesen beiden Ständen auch der Gegensatz der Grundherren und Grundbesitzer zwar nicht zusammenfiel, aber doch zusammenhing. Seither sind nicht nur jene Bestimmungen entfallen, welche einen unterthänigen Bauernstand voraussetzen (vgl. Unger System I S. 310 f.), sondern neuestens sind auch jene Gesetze, „deren leitendes Princip in der Erhaltung des Landgutes in seinem wirtschaftlichen Bestande besteht“ (Untheilbarkeit der Bauerngüter, Individualsuccession des Auerben) in den meisten österreichischen Ländern aufgehoben worden. (Vgl. nach Stobbe Handb. I S. 279 f. IV.) Der Adel (und Bürgerstand) hat auf das heutige österr. Privatrecht keinen nennenswerthen Einfluß mehr; insbesondere ist nach österr. Recht die Errichtung von Familienfideicommissen kein Vorrecht des Adels, und es besteht also zwischen diesem Jusstitut und dem Adel nur ein geschichtlicher, aber kein dogmatischer Zusammenhang mehr (Unger I S. 309 Note 9; vgl. Arndts Civ. Schr. III S. 274 ff.); soweit der Adel im Privatrecht dennoch in Betracht kommt, ist dies eine Folge des öffentlichen Rechtes (z. B. Art. 14 der b. B. Acte, §. 182 a. E. a. b. G. B.; gewiß ist als solches auch gedacht das besondere Privatrecht der Mitglieder des Kaiserhauses arg. §. 20 a. b. G. B., vgl. Egger I §. 90, 344, Rippel Comm. I S. 140, Unger I S. 110), oder der freien Privatautonomie. Das b. G. B. spricht zwar in einigen Paragraphen (92, 146, 165, 182) von der Erwerbung des Adels, aber es „geschieht dies nur nebenher, um die Wirkungen einer juristischen Thatsache nach allen Seiten hin festzustellen“ Unger a. a. O. — Das besondere Privatrecht des Beamtenstandes ist im G. B. fast ganz unberührt geblieben (S. §. 195); selbst die diesfälligen Verweisungen auf anderweitige Gesetze (z. B. §. 47, 450, 518) sind meist sehr allgemein gehalten, so daß manche derselben der Beamten nicht einmal ausdrücklich erwähnen. — Der Geistlichen und Ordenspersonen (einschl. Nonnen) geschieht häufiger Erwähnung, bald so, daß geradezu ein Rechtsatz in Rücksicht ihrer statuirte, bald so, daß nur auf politische Gesetze verwiesen wird und zwar wurden jene sie betreffenden Sätze, denen man Dauerhaftigkeit vindiciren zu können glaubte (§. 63, 179, 192, 195, 281, 538, 573, 591, 597 vgl. auch §. 160), in das G. B. selbst aufgenommen, auf diejenigen dagegen, die von vorübergehender Natur schienen (§. 539, 761) nur verwiesen. — Im Bergrecht, zu dessen gesonderter Behandlung in der Gesetzgebung „eine tiefer eingreifende Mischung privatrechtlicher und öffentlicher, namentlich staatswirtschaftlicher Beziehungen. . . Veranlassung gegeben hat“ (Arndts Civ. Schr. III S. 110), „steht neben dem Rechte der Bergleute das für das Bergwerk und für die Bergbauunternehmung geltende, und ähnlich in dem Landwirtschafts- und Gewerberecht.“ (Beseler System S. 606 II.) Bergrechtliche Bestimmungen fehlen im G. B. fast ganz; nur §. 1277 enthält eine solche, aber auch diese

andern Worten: Diese speciellen Zweige des Privatrechtes erschienen den Redactoren gar nicht als speciell Privatrecht, sondern als Theile des öffentlichen Rechtes, welches in erster Linie die „Pflichten der Einwohner zur Erhaltung der öffentlichen Ordnung und allgemeinen Wohlfahrt“ bestimmt,<sup>72)</sup> und nur in zweiter Linie die Privatrechte beschränkt oder näher bestimmt.<sup>73)</sup> Es begreift sich, daß es bei dieser maßlosen Ausdehnung, die dem Begriff der politischen Verordnungen gegeben wurde, ganz unmöglich sein mußte, denselben anders als negativ zu definiren.<sup>74)</sup> Es ist aber auch nicht richtig, daß alle jene Bestimmungen, die nach dem Programm der Redactoren dem Gesetzbuch fremd bleiben und den politischen Gesetzen vorbehalten werden sollten, vom Inhalt des Gesetzbuches fern gehalten wurden. Materien, die ohne Zweifel nach der Anschauung der Redactoren selbst der politischen Gesetzgebung zu überlassen gewesen wären, sind im Gesetzbuch nicht nur bezogen,<sup>75)</sup> sondern eingehend geregelt,<sup>76)</sup>

ist verbunden mit einer Verweisung auf die „Gesetze über den Bergbau,“ die denn auch sonst noch in verschiedenen Redewendungen (§. 382, 385, 511) bezogen werden. Häufiger wird das Gewerbe- und Landwirthschaftsrecht im G. B. berührt (vgl. in ersterer Richtung z. B. §. 233, 252, 298, 367, 414 ff., 1027—33, 1059, 1151 ff., 1299, 1430, in letzterer §. 294 ff., 357 ff., 383 f., 387, 405 ff., 420 ff., 433 f., das Hauptst. v. Dienstbarkeiten, von Bestand, Erbpacht und Erbzinsverträgen u. s. w.) aber es sind doch meist allgemeine Sätze, die nur das specielle Recht auch betreffen und umfassen, oder es sind Materien, die wirklich sowohl ein Gegenstand der privatrechtlichen als der politischen Gesetzgebung sind. (Dies wurde z. B. Prot. 18. Dec. 1809 von den Erbpacht-, Erbzins- und Bodenzinsverhältnissen ausdrücklich bemerkt und darum §. 1146 a. b. G. B. aufgenommen.) Vgl. Prato bevera Mat. I S. 24 ff. Des Forst- und Jagdrechtes wird überhaupt nicht besonders gedacht (doch vgl. §. 383, 503) des Wasserrechtes (abgesehen von den Wasser-Servitutten: §§. 477, 490, 496, 497) nur in wenig dürftigen Bestimmungen (§. 287, 340, 407—413, 854, 1459), Fragen des Kirchenrechtes, soweit es in's „eigentliche Civilrecht“ gehört, sind in dem Eherecht und in dem letzten Hauptst. (§§. 1471, 1472, 1485) behandelt, und sonst ebenfalls auf die politischen Gesetze verwiesen (z. B. §§. 27, 539, 867 vgl. §. 356.)

<sup>72)</sup> Zeiller Comm. I S. 16.

<sup>73)</sup> An dieser Annahme, daß den Redactoren das specielle Privatrecht gar nicht wesentlich als Privatrecht erschien, daß nicht irre machen der Umstand, daß der Vortrag von 1808 und Zeiller Comm. I S. 19 (oben S. 84, 91) betont, das b. G. B. solle ein „allgemeines, somit auf alle Bürger anwendbares Recht sein.“ Dieser posthume Gedanke scheint erst durch die eben 1808 hervorgetretene Bemängelung des G. B. in Rücksicht seines angeblich den Stoff nicht erschöpfenden Inhalts veranlaßt zu sein (s. oben S. 83 N. 14). Zeiller selbst findet es am a. a. D. nothwendig, sich noch auf „besondere Gründe“ für die Auscheidung einiger „Zweige der Gesetzgebung von dem Civilcodex“ zu berufen. Diese besonderen Gründe, die die eigentlich entscheidenden gewesen sein dürften, wurden bereits oben (Note 51, 53, 54, 58 und Text dazu) angeführt.

<sup>74)</sup> Während noch Donner §. 3 positiv definierte: „Die weltlichen Gesetze . . . sind Publica, wenn sie die Rechte des Landesfürsten und der Unterthanen betreffen . . ., Politica, wenn sie eine sittliche Person, b. i. eine ganze Gemeinde; und Justitiales, wenn sie das Recht einzelner Personen zum Gegenstande haben,“ und das ganze peinliche Recht zu den „Publica“ rechnet, unterschreibt Egger (1809) I §. 80 öffentliche und Privatgesetze und bemerkt in der Note: „Die öffentlichen Gesetze werden oft auch politische und die Privatgesetze Justizgesetze genannt, ohne daß übrigens unter jede Art immer in der Ausübung genau subsumiret würde. So rechnet man die Criminalgesetze öfters zu den Privat- also Justizgesetzen, obgleich sie an sich zu den öffentlichen, und daher politischen, gerechnet werden müssen . . .“ und Zeiller Commentar I S. 15 erklärt geradezu, unter politischen Gesetzen werden „der Kürze wegen, alle außer der Sphäre der Civil- und Criminalgesetzgebung liegende Vorschriften bezeichnet.“ Vgl. Hef §. 32, 52 f. In diesem Sinne ist der Terminus auch in Abf. 8 des Rundm. Pat. und sehr häufig im G. B. selbst gebraucht, und es würde Abf. 8 keinen anderen Sinn haben, wenn in demselben die Worte „Cameral- oder Finanz“ fehlten. — Einen engeren Begriff der Justiz- und damit einen noch weiteren Begriff der politischen Gesetze vertheidigt Prato bevera a. a. D. (Materialien I S. 9 ff.)

<sup>75)</sup> Das entsprach dem Programm der Redactoren, (S. 49 Note 264 d. a. E.), und ber auf Belehrung des Bürgers gerichteten Tendenz des G. B.

<sup>76)</sup> Vgl. z. B. Zeiller Comm. I S. 409 Note \* S. 413: „Die Bevormundung . . . ist im Grunde eine politische Vorsehrung, die aus besonderen Nebenbetrachtungen der

und umgekehrt entschieden Privatrechtliches mit Stillſchweigen übergangen.<sup>77)</sup> Das mag ſich zum Theil aus den immer ſchwimmend geweſenen Grenzen der einzelnen Zweige der öffentlichen Verwaltung und „aus beſonderen Gründen“ erklären.<sup>78)</sup> Jedenfalls kann nicht zweifelhaft ſein, daß von einer klar bewußten Scheidung des allgemeinen und des speciellen Privatrechtes, wie die neuere Doctrin eine ſolche dem Programm der Codification unterlegen zu dürfen glaubte, nur in äußerſt beſchränkter Weiſe die Rede ſein kann, und daß ſowohl zu den Quellen des allgemeinen, wie des speciellen öſterreichiſchen Privatrechtes auch eine ſehr große Zahl ſowohl älterer, dem Geſetzbuch vorausgegangener, als auch neuerer Verordnungen gehören, die in die Kategorie der ſogenannten politiſchen Geſetze geſtellt ſind, — gleichviel, ob ſie im Geſetzbuch ausdrücklich angeführt ſind oder nicht, und gleichviel, ob die moderne Auffaſſung ſie dem öffentlichen Recht, oder dem allgemeinen oder speciellen Privatrechte zuweiſt — wofern ſie nur überhaupt das Privatrecht direct oder indirect betreffen.<sup>79)</sup>

(9.) Inſbeſondere ſind die auf Selbſtzahlungen ſich beziehenden Rechte und Verbindlichkeiten nach dem, über das zum Umlauf und zur gemeinen Landes- (Wiener) Währung beſtimmte Geld, bereits erlaſſenen Patente vom 20. Hornung 1811, oder nach den noch zu

Civil-Behörde überlaſſen wird.“ S. auch Berger Zeiſch. f. öſterr. R. G. 1846. I S. 10. v. Stein in Haimert's B. Z. Schr. XVI Nr. VIII. Andere Beiſpiele bei Prätobevera S. 11 f. vgl. S. 27. Nicht ganz ſo ſteht es mit der Aufnahme der Lehre vom Erwerb der Staatsbürgerſchaft in das G. B. Die Redactoren verkannten zwar nicht, daß es ſich auch hier um eine gemiſchte Materie handle; ein Vortrag v. 27. März 1809 legt dem Kaiſer den bei den Berathungen entſtandenen Zweifel vor, „ob dieſer Gegenſtand, da er auch in dem Joſ. G. B. übergangen wird, nicht vielmehr der politiſchen Geſetzgebung zu überlaſſen ſei“ — eine Frage, die noch, als die Lehre bei der dritten Leſung zur Sprache kam (Prot. 13. Nov. 1809) nicht entſchieden war — und gewiß war Zeiller, wie ſeine Boten zu den Anträgen der Ländercommiſſionen (vgl. auch Comm. I S. 135 f.) zeigen, der Meinung, daß die Frage in der politiſchen Geſetzgebung zu löſen ſei. Allein ſchon der cit. Vortrag erklärt „die Betrachtung, daß der volle Genuß aller bürgerl. Rechte den eigentlichen Staatsbürgern vorbehalten werden ſoll, habe die Commiſſion beſtimmt, die Arten, die Staatsbürgerſchaft zu erlangen, in das b. G. B. aufzunehmen.“ Daß dieſer Grund nicht ſchlagend iſt, leuchtet ein. Der wahre Grund lag wohl in der Beſorgniß, die Lehre vom ſtatus (als dieſe iſt das erſte Hauptſt. des G. B. gedacht) werde unvollständig erſcheinen, wenn in ihr der ſtatus civitatis nicht abgehandelt ſei.

<sup>77)</sup> Prätobevera S. 8: „Ich will nur beiſpielsweiſe auf Gewerbs- und Zunftſachen, auf Angelegenheiten und Rechte der weltlichen und geiſtlichen Gemeinheiten und ihrer Mitglieder unter ſich, auf die Vertheilung der Kriegſchäden, Injurien, Dienſtboten-Angelegenheiten u. dgl. hindeuten.“ Vgl. Note 71. Das Verhältnis zwischen Herrſchaften und Dienſtpersonen bildete im weſtg. G. B. das 6. Spſt. des erſten Theils; in der erſten Leſung [Prot. 23. Auguſt 1802] wurde jedoch, weil dieſes Verhältnis „im Grunde keine Geſellſchaft“ ſei, da Herr und Diener verſchiedene Zwecke beabſichtigen [vgl. Zeiller Nat. P. R. S. 172, 135] beſchloſſen, einen Theil dieſer Lehre beim Dingungsvertrag abzuhandeln. In der Sitzung vom 8. Juli 1805 aber einigte man ſich, den Gegenſtand der politiſchen Legislation zu überlaſſen; denn ſei auch der Grund des Rechtsverhältniſſes ein Vertrag, ſo treten doch auch politiſche Rückſichten ein, das Verhältnis ſelbſt ſei nicht das gleiche in kleinen und großen Städten und auf dem Lande und könne nicht „dem bedächtlichen Zuſtitzgange . . . zugewieſen werden“. So wurde denn [Sitzung 2. Nov. 1807] S. 1172 a. b. G. B. formulirt.) Die modernen Syſtematiker, namentlich die Germaniſten, behandeln ſehr viele von jenen Materien, welche das öſterr. G. B. der politiſchen Geſetzgebung überließ, in ihren privatrechtlichen Syſtemen, vgl. z. B. Roth Bayr. Civilrecht I S. 33 ff., II S. 122 ff., S. 169 ff., III S. 239 ff., S. 281 ff.

<sup>78)</sup> Vgl. Note 73.

<sup>79)</sup> Unger System I S. 14 ff. Daß die Kraft jener politiſchen Geſetze, die mit dem Privatrecht keinen Zusammenhang haben, durch die Einführung des b. G. B. nicht alterirt wurde, konnte nie zweifelhaft ſein. Dieſer brauchte daher auch das Rundm. Pat. nicht zu gedenken. — Die Sammlungen, in welchen die politiſchen Verordnungen enthalten ſind ſ. S. 75 f. und bei S. 3.

erlassenden besonderen Gesetzen, und nur bey deren Ermanglung, nach den allgemeinen Vorschriften des Gesetzbuches zu beurtheilen.

Daß dieser Absatz, dessen Bestimmung ebenfalls dahin ging, ein „politisches“ Gesetz vor dem derogirenden Einfluß des Gesetzbuches zu schützen, der Niederschlag langer und schwieriger, durch die mißlichen Geldverhältnisse zu Anfang des Jahrhunderts veranlaßter Verhandlungen zwischen der Gesetzgebungscommission und der Hofkammer ist, wurde bereits in anderem Zusammenhange ausgeführt (S. 32—35). Hier mag noch hinzugefügt werden, daß höchst wahrscheinlich die Einfügung dieses Absatzes es war, welche verhinderte, daß die privatrechtliche Codification Oesterreichs, nachdem sie längst vollendet war, an unvorhergesehenen Klippen scheiterte. Die folgenden Bemerkungen aber wollen in erster Linie eine Skizze nicht nur der Zustände, welche das in dem neunten Absatze aufrechterhaltene sogenannte Finanzpatent hervorriefen, sondern mehr noch der Anschauungen geben, auf welche dasselbe bei den Redactoren des Gesetzbuches traf.<sup>80)</sup> Zu diesem Behuf muß aber etwas weiter zurückgegriffen werden.<sup>81)</sup>

Das erste Papiergeld in Oesterreich wurde in der schweren Noth des siebenjährigen Krieges (1761) emittirt,<sup>82)</sup> von vornherein mit der Bestimmung, nur so lange in Umlauf zu bleiben, bis ein unter der Garantie der Stände der böhmischen und österreichischen Erblande zu contrahirendes Staatsanlehen von 18 Mill. Gulden zu Stande gekommen sei. Es wurden einerseits „Darlehensobligationen“, die nicht Papiergeld, sondern öffentliche Schuldscheine waren, andererseits „Zahlungsobligationen“ ausgegeben; die letzteren waren auf den Ueberbringer lautendes, zu 6 % verzinsliches Papiergeld, das in der Gesammtsumme von 10 Mill. Gulden emittirt, bei den öffentlichen Cassen zum Tageswerthe angenommen werden mußte, im Uebrigen aber keinen Zwangscurs hatte. Der angestrebte Zweck wurde erreicht und nach fünf Jahren wurden diese Zahlungsobligationen aus dem Umlauf gezogen und vertilgt.

Der nämlichen durch den Krieg hervorgerufenen Finanznoth entsprang 1762 die auf dem kais. Patent 15. Juni 1762 beruhende Emission der sogenannten

<sup>80)</sup> Es ist gewiß vollkommen richtig gewesen, daß Zeiller in seinem Commentar die Bestimmungen des Finanzpatentes theils in die Lehre vom Darlehen, theils in die von der Cession, theils (und zwar zum größten Theile) in die von der Zahlung verwebte (III 1 S. 233 ff., IV S. 86, 143 ff.). Als er seinen Commentar schrieb, bildete das Finanzpatent das tägliche Brod des praktischen Civilisten. Ebenso verdient es keine Mißbilligung, wenn die späteren Commentare (Stubenrauch ausgenommen), deren Tendenz nicht minder eine überwiegend praktische war, sich mit dem Finanzpatent nur sehr flüchtig zu beschäftigen pflegten; verlor doch dasselbe seit 1816 an praktischer Bedeutung von Tag zu Tag. Heut aber ist uns das Kundmachungspatent nicht nur das Gesetz, welches das v. G. B. einführt, sondern auch ein historisches Dokument von noch ganz anderem als bloß praktischem Interesse. Wir handeln daher an dieser Stelle (anders als Stubenrauch, der hier eine Uebersicht über die Geschichte des österr. Geldwesens bis auf die Gegenwart gibt) von der Geschichte des österr. Geldwesens nur soweit, als sie zum Verständniß des Finanzpatentes und der damit zusammenhängenden Maßregeln nothwendig ist. Die Darstellung des heut von Geldzahlungen geltenden Rechtes bleibt, obgleich Abs. 9 auch auf dieses bereits verweist, der Erläuterung jener Abschnitte des v. B. vorbehalten, in welche es einschlägt.

<sup>81)</sup> Vgl. einschlägige Literaturangaben in dem in Note 84 a. E. cit. Werke von Hauer S. 1 f.; dazu das unvollendete Werk von C. Schwabe v. Waifersreund Versuch einer Geschichte des österr. Staats- Credits- und Schuldenwesens. Wien, 2 Hefte (zusammen 172 SS.) 1860, 1866. (Umfaßt nur die ersten 2 Decennien des 18. Jahrh., berührt aber doch gelegentlich auch spätere Zeiträume, und insbesondere S. 57 ff. Note 120 fragen, die mit dem Finanzpatent zusammenhängen.) Den ganzen hier in Frage stehenden Zeitraum bespricht der Vortrag von Michel: Aeltere Geschichte des Papiergeldes in Oesterreich (1863. Abdruck aus der Grazer Tagespost. 23 SS.); vgl. auch A. Nagl Jur. Bl. 1875 Nr. 19, 20.

<sup>82)</sup> Notificationspatent 30. Juni 1761 und Bestätigungspatent 1. August 1761 (Michel a. a. D. S. 4).

Bankozettel im Betrag von 12 Mill. Gulden.<sup>53)</sup> Sie waren zwar ausgegeben von „gemeiner Stadt Wien Banko-Hauptcasse“,<sup>54)</sup> dennoch aber nicht, wie ihr Name glauben machen könnte, Banknoten im modernen Sinne, sondern ihrem Wesen nach lediglich Staatspapiergeld, für welches auch die Stadt Wien, trotzdem die Zettel die Unterschrift des Wiener Bürgermeisters trugen, durchaus keine Garantie übernommen hatte. Die Bankozettel gelangten auch lediglich dadurch in Circulation, daß sie zur Befreiung des Staatsaufwandes bei Auszahlung von Gehältern, Pensionen u. s. w. verwendet wurden. Zur Bedeckung der neuen Zettel waren dem Banko gewisse Landeseinkünfte zugewiesen worden. Außerdem hatten sie die halbe Steuerfundation d. h. sie sollten bei allen öffentlichen Cassen wie bares Geld bis zur Hälfte der fälligen Steuer oder Abgabe unweigerlich angenommen werden;<sup>55)</sup> ja gewisse Zahlungen an den Staat mußten zu einem bestimmten Bruchtheile geradezu in Bankozetteln geleistet werden. Dagegen erklärte das Patent (S. 6) ausdrücklich, daß unter Privatpersonen Niemand schuldig sei, Bankozettel an Zahlungsstatt anzunehmen.<sup>56)</sup>

Die Nachfrage nach den neuen Geldzeichen war eine so starke, daß man für sie bald ein Agio bis zu  $2\frac{1}{2}\%$  bezahlte. Die Werthverminderung derselben, die schon zur Zeit ihrer Ausgabe befürchtet worden war,<sup>57)</sup> war also nicht eingetreten. Gar bald spielte denn auch in den Finanzplänen, mit denen

<sup>53)</sup> Die Regierung scheint sich trotz des sehr günstigen Verlaufs der Zettelaussgabe von 1761 sehr ungern zu weiterer Zettelaussgabe entschlossen zu haben. Vgl. Hof Staatsrath S. 15 f. Das Patent ist abgedruckt z. B. in der „Sammlung aller k. k. Verordnungen und Gesetze vom Jahre 1740—1780, die unter der Regierung des Kaisers Joseph II. theils noch ganz bestehen, theils zum Theil abgeändert sind, als ein Hilfs- und Ergänzungsbuch zum Handbuch aller unter der Regierung des Kaisers Joseph II. für die k. k. Erbstaaten ergangenen Verordnungen und Gesetze . . . in einer chronologischen Ordnung“ IV. Bd. (Zweite Aufl. Wien 1787) S. 109 Nr. 642.

<sup>54)</sup> Das Patent vom 15. Juni 1703 (Michel S. 7) hatte befohlen, nach dem Muster der anderwärts bestehenden Banken einen Banco del Giro mit einer Dotation von 4 Mill. in Wien zu errichten. Thatsächlich war das gewählte Muster schon in dem Patent nicht festgehalten. Die Bank war lediglich eine vom Staat dotirte Casse, vorzugsweise bestimmt, die Staatsschulden allmählig abzutragen und der Finanzverwaltung die künftigen Verlegenheiten Aushilfe zu gewähren. Die Functionen einer Girobank verlas sie zwar auch, doch war die zuerst erwähnte Function ohne Frage die Hauptaufgabe des Instituts. Dasselbe bestand übrigens nur bis 1706. In diesem Jahre wurde auf neuer Basis der Stadtbanko gegründet. Ein Vertrag zwischen der Regierung und dem Magistrat der Stadt Wien überließ der Stadt (zunächst auf die Dauer von 15 Jahren) den Bezug gewisser Gefälle, und die Stadt übernahm als Selbstschuldnerin gewisse Passiven des Staates und stellte den an sie gewiesenen Staatsgläubigern eigene (mehrfach privilegirte) Obligationen aus, und ließ das Institut auch sonstige Bankgeschäfte betreiben — Alles unter Aufsicht einer hiezu bestellten Ministerial-Banko-Hofdeputation. Diese aber zog immer mehr und mehr die ganze Geschäftsführung an sich, und seit der Mitte des 18. Jahrhunderts war auch dieses Institut entschieden zu einer Staatscasse geworden. Vgl. Beiträge zur Geschichte der österr. Finanzen von Jos. Ritter v. Hauer (Wien 1848) S. 103—122, 165 ff. und die hierauf gestützte auszugsweise Darstellung bei D. Hübnert Die Banken (Leipzig 1853) S. 145—155.

<sup>55)</sup> Landrath Freih. v. Gärtner (oben S. 33 Note 181) charakterisirt (Separatvotum zum Vortrag vom 24. Jänner 1811 — s. unten) die Bankozettel als Partialtheile über eine unverzinsliche Schuld, welche der Staat theils durch unmittelbare Einlösung, theils „mittelfst einer Art von Compensation“ durch Annahme anstatt der Steuer zu tilgen versprochen habe.

<sup>56)</sup> Wer aber die neuen Papiere fruchtbringend anlegen wollte, konnte sich dieselben nach ihrem vollen Nennwerthe, ohne bares Geld zulegen zu müssen, in 5% Banko-Obligationen umzuwechseln lassen, wosfern sich nur die zu convertirende Summe auf wenigstens 200 Gulden belief. Die auf diesem Wege an die Bank zurückgelangten Zettel sollten so gleich vernichtet werden. Von dieser Möglichkeit, die Bankozettel in Obligationen umzuwechseln, wurde sehr stark Gebrauch gemacht; in den zwei ersten Jahren gelangten auf diesem Wege 7 Millionen Gulden an die Bank zurück. Hauer S. 172.

<sup>57)</sup> Hof a. a. D.

man sich in einer Zeit beschäftigte, die keineswegs eine Zeit der Finanznoth war, das Project weiterer Emissionen von Papiergeld eine bedeutende Rolle,<sup>88)</sup> und das Patent vom 1. August 1771<sup>89)</sup> kündigte auch eine abermalige Hinausgabe von 12 Mill. Gulden in Bankozetteln an. Diese Zettel hatten nun die ganze Steuerfundation, d. h. man durfte die Abgaben vollständig in Bankozetteln entrichten. Die früher gestattete Umwechslung in verzinsliche Bankobligationen entfiel; wohl aber wurde abermals ausdrücklich ausgesprochen, daß die neuen Bankozettel keinen Zwangscurs haben sollen und es wurden zur Erleichterung der Umwechslung in den Provinzen Bankozettelcassen errichtet.

Im Jahre 1785<sup>90)</sup> wurden sämmtliche Bankozettel der bisherigen Emissionen aus dem Umlauf gezogen und durch neue Zettel im Betrage von 20 Mill. Gulden ersetzt, weil die älteren Zettel durch die Circulation schon stark gelitten hatten und viele als unbrauchbar vertilgt worden waren. Die Erhöhung der Summe aber erfolgte, weil die Zettel inzwischen auch in Ungarn, Siebenbürgen und Galizien Eingang gefunden hatten. Zwangscurs erhielten auch die Zettel dieser Emission nicht, vielmehr war das Gegentheil ausdrücklich ausgesprochen.<sup>91)</sup>

Trotz der Vermehrung des Papiergeldes blieb dessen Curs fortwährend günstig. So meinte man denn, dasselbe noch weiter vermehren zu können, ohne den Credit des Staates zu schädigen; 1788 wurden neuerdings etwa 11, 1794 etwa 8 Mill. Gulden Bankozettel ausgegeben, obgleich die Summe der abgenützten und darum vernichteten Zettel lange nicht diesen Betrag erreichte. Auch dadurch wurde der Curs des Papiergeldes nicht geschädigt. Eine Wendung trat erst ein, als 1796<sup>92)</sup> die Einziehung der älteren und die Ausgabe neuer Bankozettel in abermals veränderter Gestalt angekündigt, hiebei aber weder die Gesamtsumme der neu zu emittirenden Scheine bekannt gegeben, noch auch die in allem früheren Fällen ertheilte Zusicherung, daß das Papiergeld keinen Zwangscurs habe, wiederholt wurde. Es war zwar auch das Gegentheil nicht ausgesprochen,<sup>93)</sup> aber schon das Schweigen des Gesetzes über diesen wichtigen Punkt war geeignet, das Vertrauen in die stete Einlösbarkeit des Papiergeldes zu erschüttern; und als 1797 die Einlösung wirklich beschränkt und das Publikum amtlich belehrt wurde, „die Billigkeit und das allgemeine Wohl fordere, daß die Bankozettel auch in Privatzahlungen als bares Geld angesehen werden müssen, daß folglich ihre Annahme in dem vollen Werthe nicht verweigert werden dürfe,“<sup>94)</sup> war damit factisch der Zwangscurs geschaffen, der denn auch nicht

<sup>88)</sup> Sod S. 79—92.

<sup>89)</sup> Michel S. 11.

<sup>90)</sup> Pat. 1. Juni 1785. (Handbuch aller unter der Regierung des Kaisers Joseph II. für die k. k. Erbstaaten ergangenen Verordnungen und Gesetze in einer system. Verbindung. Band IX [zweite Aufl. 1787] S. 269.) Das Pat. erzählt, die B. Z. seien so begehrt gewesen, „daß die Bankozettelcassen sich nicht selten in Verlegenheit fanden, die Anfrage der Parteien nach denselben zu befriedigen.“ Die meisten Bestimmungen dieses Patentens wiederholen sich in mehreren späteren Patenten.

<sup>91)</sup> Pat. cit. S. 7: „In Zahlungen von Privaten an Privaten bleibt die Annahme dieser Bankzettel, wie bisher, freiwillig und nach jedes Willkühr.“ Auch wurde die Versicherung ertheilt, daß die Cassen stets mit ausreichenden Mitteln für die Umwechslung versehen sein würden.

<sup>92)</sup> Pat. 19. August 1796. (Abgedruckt z. B. Kropatschek VIII S. 155.)

<sup>93)</sup> Pat. cit. S. 4 hieß es: „Da die B. Z. bares Geld vorstellen (vgl. auch S. 10 ebda), so müssen solche . . . bei allen öffentlichen Cassen . . . in dem vollen . . . Werthe als bares Geld angenommen und ebenso wechselseitig bei allen Aerialzahlungen an Zedermann ausgegeben werden.“

<sup>94)</sup> Michel S. 12. (Dasselbst ist auch eine Kundmachung des steierischen Gouvernements erwähnt, in welcher die Annahme von B. Z. gegen einen Abzug als eine wucherische Handlung, und die Weigerung, sie zum vollen Nennwerth anzunehmen, als strafbarer Ungehorsam gegen die landesfürstlichen Anordnungen bezeichnet wurde.)

lange nachher<sup>95)</sup> gesetzlich ausgesprochen wurde. Seither stieg das Disagio der Zettel mehr und mehr. Die wiederholten Versuche der Regierung, das Geldwesen auf gesündere Grundlagen zurückzuführen,<sup>95a)</sup> vereitelte die Kriegsnoth der Zeit. Nur dem Verkehrsbedürfniß, das durch Ausführung der Scheidemünze entstanden war, wurde durch Ausprägung großer Quantitäten sehr geringhältiger (also zur Agiotirung nicht verlockender) Kupfermünzen<sup>96)</sup> abgeholfen. Der Betrag der emittirten Bankozettel aber war so ungeheuer angewachsen,<sup>97)</sup> und ihm entsprechend stieg auch das Disagio derselben derart,<sup>98)</sup> daß die Finanzverwaltung sich veranlaßt sah, die Verminderung der Papiergeldmassen auf neuen Wegen zu versuchen.

Das Patent vom 26. Februar 1810<sup>99)</sup> erklärte, daß sich der Staat des Rechtes begeben, das Papiergeld noch weiter zu vermehren, und leitete die Einziehung der Bankozettel in herabgesetztem Werthe durch ein neues Papiergeld ein. Es wurde nämlich (§. 3) aus fünfzehn Abgeordneten der Stände aller Provinzen und der Handelsgremien von Wien und Prag die „Vereinigte Einlösungs- und Tilgungsdeputation“ gebildet, welche unabhängig von allen landesfürstlichen Behörden die „Ausfertigung“ eines neuen Papiergeldes (der „Einlösungsscheine“),<sup>100)</sup> die allmähliche Einziehung der Bankozettel mittelst der Einlösungsscheine und die Verwaltung eines Tilgungsfondes leiten sollte. Die Einziehung sollte ohne Zwang zu jenem Curse geschehen, welchen die Deputation von Zeit zu Zeit bestimmen werde, der aber nie ungünstiger sollte sein dürfen, als 300 : 140, d. h. für 15 fl. B. Z. sollten nie weniger als 7 fl. C. Sch. gegeben werden. Die Mitglieder der Deputation wurden darauf, daß nicht mehr Einlösungsscheine emittirt würden, als zur Einlösung der Bankozettel nothwendig seien, feierlich vereidigt und zur periodischen Veröffentlichung der Ergebnisse ihrer Arbeit verpflichtet.

Auch diese Maßregel, die, so wie sie geplant war, sehr lange Zeit zu ihrer Durchführung in Anspruch genommen haben würde, führte ebensowenig zum Ziel, als andere in demselben Jahre, theils im Interesse des Staates, theils der Privatschuldner versuchte Maßregeln<sup>101)</sup> des Uebels Herr zu werden vermochten.

<sup>95)</sup> Patent 15. Juli 1800; wiederholt Pat. 23. Juli 1807. (Ropatschek XXIII S. 500 ff.)

<sup>95a)</sup> Vgl. Hauer S. 188 ff.

<sup>96)</sup> Während früher aus einem Centner Kupfer Münzen im Nennwerth von 82 bis 100 fl. geprägt wurden, prägte man nun daraus Münzen im Nennwerth von 164, dann 320, endlich (Hofb. 20. März 1807 Pol. G. S. Vb. 28 S. 58) (in 30 und 15 Kreuzersücken) sogar mehr als 1600 Gulden. Michel S. 13, 14. Vgl. überhaupt Hauer S. 181 ff.

<sup>97)</sup> Im Finanzpatent ist er mit 1060,798755 Gulden angegeben.

<sup>98)</sup> Ende des J. 1809 wurde officiell angenommen, daß 300 fl. in Bankozetteln gleich seien 100 Silbergulden, indem der Staat bei gewissen Zahlungen die Bankozettel nicht nach ihrem Nennwerth, sondern zu dem eben bezeichneten Curse annahm. In den in den Sitzungen vom 3. und 24. Jänner 1811 abgegebenen Boten der Mitglieder der Gesetzgebungscommission wird wiederholt angegeben, daß die Bankozettel derzeit (u. zw. seit dem Pat. 26. Febr. 1810) auf  $\frac{1}{10}$  bis  $\frac{1}{12}$  ihres Nennwerthes gesunken seien, und das Finanzpatent constatirt selbst: Es „schwante die Valuta des Papiergeldes immer mehr, änderte sich beinahe von einem Tage zum andern in eben so großen als unregelmäßigen Sprüngen, und sank durch einige Tage gegen das Metallgeld schon zu mehr als 1200.“

<sup>99)</sup> Pol. G. S. Band 33 S. 127 ff. Goutta Vb. 27 S. 157 ff., vgl. Hauer S. 194 ff. Auch dieses Patent wird „Finanzpatent“ genannt, ein Name, der jedoch später, schlechtweg gebraucht, das Patent 20. Febr. 1811 bezeichnet.

<sup>100)</sup> Wie es in den früheren Bankozettelpatenten regelmäÙigieß, daß die B. Z. bares Geld vorstellen, so sagte nun §. 2 dieses Pat., daß die Einlösungsscheine Conventionsmünze vorstellen.

<sup>101)</sup> So hatten es z. B. zwei Patente vom 8. September 1810 (Goutta Vb. 28 Nr. 199 und 200, S. 311 ff., 319 ff., über ähnliche Maßregeln aus älterer Zeit vgl. Hauer S. 50 ff.) mit einer 10% Steuer „sowohl von dem unbeweglichen als beweglichen

Erst das Finanzpatent hieb den Knoten durch. Bei seiner Bearbeitung wurde aber die zu lösende Frage in zwei Fragen gespalten: Wie hat sich die Staatsverwaltung als Emittent des Papiergeldes zu verhalten, um dasselbe zu vermindern und seinen Werth zu heben? und: Was ist Rechtens in Rücksicht der Zahlung schon bestehender, namentlich privatrechtlicher Schuldenverhältnisse? Diese beiden Fragen wurden, so enge sie ohne Zweifel zusammenhingen, zunächst behandelt, als stünden sie zu einander in keiner Beziehung. Es tritt das darin hervor, daß die zweite Frage — nur diese — völlig selbständig Gegenstand eingehender Untersuchung in der Gesetzgebungscommission wurde. Man darf hieraus vielleicht den Schluß ziehen, daß das Finanzpatent die privatrechtlichen Schuldenverhältnisse nach einem ganz anderen Maßstabe gemessen haben würde, als thatsächlich geschah, wenn die Juristen der Gesetzgebungscommission einen solchen mit dem ganzen Gewicht ihrer Autorität in Vorschlag hätten bringen können. Erst, als es feststand, daß sie dies nicht vermochten, wurde ausschließlich der Gesichtspunkt der Finanzmänner der maßgebende.

Ein a. h. Cabinetsschreiben vom 18. August 1810 ordnete eine Verathung der Hof- und Staatskanzlei, der vereinigten und der ungarischen Hofkanzlei, der obersten Justizstelle und der Hofkammer an über die Frage, ob Zahlungen, welche von Oesterreichern in Bantozetteln nach Baiern geleistet werden, nach dem jeweiligen Course in allen oder in welchen Fällen zu leisten seien und ob das Nämlliche auch dann gelte, wenn österreichische Schuldner österreichischen Gläubigern Summen abzutragen haben, die sie in Conventionsgeld oder dessen Werth erhalten hatten? An den der Gesetzgebungscommission mitgetheilten hierüber erstatteten Vortrag des obersten Kanzlers knüpfte der Kaiser die Frage, „was in dieser Sache zu verfügen wäre.“ Die Commission, die in ihrer Sitzung vom 13. December 1810 (oben S. 33 Note 182) eine neue Textirung des Hauptstückes vom Darlehen beschloffen und sich dabei mit der oben bezeichneten Frage ebenfalls schon beschäftigt hatte,<sup>102)</sup> erörterte sie nun auf's Neue in ihren

---

Stammvermögen“ versucht; das Finanzpatent (S. 22) ließ es davon abkommen und befahl die Zurückstellung der bereits entrichteten Beträge; ein Patent v. 11. December 1810 gewährte den Privatschuldnern ein Moratorium für Zahlungen in klingender Münze bis 1. October 1811, während welcher Zeit die Forderung durch gerichtlichen Erlaß in W. Z. zum Course von 600 sichergestellt werden mußte.

<sup>102)</sup> Schon in dieser Sitzung trat ein scharfer Gegensatz der Meinungen hervor. Aichen vertrat die Anschauung, es sei in dem G. B. „das Papiergeld von dem gemünzten Geld gar nicht zu unterscheiden . . . das Papiergeld sei wirkliches Geld; es werde im inneren Verkehr im vollen Nennwerthe bei allen Zahlungen angenommen und müsse so angenommen werden; ja es sei sogar für den innerlichen Verkehr alle klingende Münze außer Course gesetzt und in den österr. Staaten kein anderes als Papiergeld vorhanden. Sein Mißverhältniß zur klingenden Münze beziehe sich nur auf den Handel mit dem Auslande; sein Werth sei nicht vermindert, sondern nur der Werth der klingenden Münze erhöht worden.“ Alle anderen Botanen dagegen meinten, man dürfe „dieses Vorstellungszeichen des Geldes in dem G. B., wenn man auch nur die allgemeinsten Rechtsgrundsätze darinn aufstellen will,“ nicht übergehen, da nach dem Begriffe des Darlehens der Anleiher dem Darleiher tantundem, d. h. eine „ähnliche Sache in der nämlichen Quantität und vom nämlichen wahren, nicht Nennwerthe zurückzustellen verpflichtet“ sei, und die Thatsachen zeigten, daß auch im Inland der wahre und der Nennwerth des Papiergeldes sehr differiren könne. Pratoberera und Scheypl beantragten übrigens in Separatvoten für den Fall, als das Papiergeld im G. B. keine eingehende Regelung finden sollte, die unverweilt Festsstellung gerechter Normen über diesen Gegenstand, während die Majorität es nicht für ihre Aufgabe hielt, bei dem Entwurfe des nur für das künftige wirkamen G. B. sich in derartige Normen einzulassen. — Diese principielle Meinungsdivergenz fand natürlich ihren Ausdruck auch bei der Verathung der einzelnen Paragraphen des Entwurfs. Die Majorität beschloß, was die hier in Frage kommenden Punkte anbelangt: 1) Ist eine gewisse Summe „ohne Rücksicht auf eine bestimmte Münzsorte dargeliehen worden,“ so kann der Schuldner entweder die gleiche Summe in klingender Münze, oder Papiergeld

Sitzungen vom 3. und 24. Jänner 1811. Daß man die Tragweite und Schwierigkeit der aufgeworfenen Frage deutlich erkannte, zeigt schon die Thatsache, daß der Präsident nach der ersten Berathung das Votum des Referenten (Zeiller) mit den Acten wegen der Wichtigkeit des Gegenstandes circuliren ließ

nach dem Course zur Zeit der Zahlung zurückzahlen. (Nicht wollte in diesem Falle schlechtweg Rückzahlung in Papiergeld nach dem Nennwerth gestattet, denn auch damit erhalte der Gläubiger, wie er die Summe in Landeswährung hingegeben habe, die gleiche Summe ebenfalls in Landeswährung. Die Majorität fand dem gegenüber, man dürfe „bei Festsetzung der Rechte und Verbindlichkeiten nicht mit Worten spielen,“ sondern es sei Pflicht des gerechten Gesetzgebers, „das wirkliche Eigenthum der Staatsbürger zu sichern;“ und es würde schreiendste Ungerechtigkeit sein, wenn man dem Schuldner gestatten wollte, sich mit dem Schaden des Gläubigers dadurch zu bereichern, daß er ihm ein Papiergeld aufbringe, dessen Entwerthung der emittirende Staat selbst anerkannt habe. Damit war auch Prato bevera einverstanden, und wollte nur speciell hervorgehoben wissen, daß die Rückzahlung nur dann in Papiergeld zum vollen Nennwerth geschehen dürfe, wenn „die Gattung der gegebenen Barschaft nicht erwiesen“ sei.) 2) Daß die Verabredung, das Darlehen in jener Münzsorte zurückzahlen, in der es empfangen wurde, rechtsverbindlich sei — darüber waren alle Stimmen einig. 3) Ebenso, daß der Anleiher, wenn eine gesetzliche Münzveränderung inzwischen eingetreten sei und über die Art der Rückzahlung nichts Besonderes verabredet wurde, „die Summe nach dem äußeren zur Zeit der Zahlung bestehenden gesetzlichen Nennwerth der Münzsorte zu entrichten“ habe. 4) „Ist Papiergeld dargeliehen worden, so hat der Anleiher die empfangene Summe in Papiergeld von der nämlichen Gattung nach dem äußeren Nennwerth zurückzuführen.“ Dieser Satz wurde, da sich die Stimmen sehr theilten, nur durch künstliches Zusammenzählen verwandter Voten (oben S. 25 bei Note 134) angenommen. Nicht lehnte den Paragraph als überflüssig schlecht hin ab, Ehrenberg und Scheppel wollten Rücksicht nehmen auf den Course zur Zeit der Hin- und Zurückgabe, Prato bevera wollte dem Schuldner nicht erlauben, das Papiergeld bei der Zahlung zu besserem Course zu berechnen, „als welchen der Staat selbst bei den ihm zu leistenden Zahlungen bestimmt,“ Zeiller und Haan waren für die Annahme des Paragraphen, weil der Gläubiger, wenn er das Papiergeld zu Hause behalten hätte, auch nicht mehr haben würde, als er nun durch die Rückzahlung bekomme, und Gärtner war ebenfalls für die künftigen Fälle, bei denen sich der Contrahent durch Verabredung schützen könne, für die Annahme des Paragraphen; in Rücksicht der älteren Fälle stimmte er mit Ehrenberg. 5) „Vertragszinsen sind in gleicher Gattung und Münzsorte, wie das Capital selbst, gesetzliche Zinsen aber in der gangbaren Barschaft zu entrichten.“ — Aus den erwähnten Separatvoten muß Folgendes hervorgehoben werden. Prato bevera erklärte es für eine „laut dringende Forderung“ der Gerechtigkeit, für die schon bestehenden Fälle unverweilt „eine gerechte Norm und Erklärung“ darüber zu publiciren, wie die Privatverhältnisse zwischen Schuldnern und Gläubigern von den Gerichtshöfen zu entscheiden seien. „Wir sehen bereits die schrecklichste Ungewißheit in den Aussprüchen der Gerichtshöfe, und ich habe soeben drei Prozesse von 50000, 21000 und 34000 Reichsthl. Preuß. Cour. unter der Feder, wo von der ersten Behörde Bankozettel ohne Agio, von dem Appellationsgerichte Bankozettel nach dem Course gegen das Preuß. Courant zuerkannt worden. Was soll aus der Rechtsverwaltung und selbst aus dem Papiergelde werden, wenn diese ganz gesetzlose Willkühr fortbauert? Was werden die Fremden davon urtheilen?“ Erkenne der Staat, indem er sein Papiergeld nicht mehr al pari nimmt, an, daß dasselbe entwerthet sei, so wäre es ungerecht, den Zwangscours nur noch für Privatschulverhältnisse bestehen zu lassen. Darum verlangt V. eine Bestimmung über die Rückzahlung von Darlehen, die zur Zeit eines besseren Courses in Papiergeld, oder die in Conventionsmünze ohne Ausbedingung der Rückzahlung in gleicher Münze gegeben worden, ferner über die Art der Entrichtung der Zinsen und ob es zulässig sei, die Rückzahlung eines in Papiergeld gegebenen Darlehens in gemünztem C. M. Geld zu stipuliren. In dem Votum Scheppel's dagegen, welches ebenfalls ein Regulativ für die Behandlung der Forderungen aus älteren Schulverhältnissen verlangt, ist eine eigenthümliche Interpretation der den Zwangscours einschreibenden Bestimmung des Pat. 15. Juli 1800 merkwürdig. Das Gesetz verfüge, daß die Bankozettel im Privatverkehr als bares Geld nach dem Nennwerth angenommen werden sollen. „Privatverkehr“ könne hier nur „den täglichen Handel und Wandel“ bedeuten; denn abgesehen davon, daß in dem cit. Pat. „noch immer joviell bares Geld für die öffentlichen Cassen zugesichert worden ist, als zum Privatverkehr erforderlich sein dürfte, so kann auch nur im täglichen Handel und Wandel eine Ausgleichung zwischen den Verkehrenden getroffen werden, ohne daß ein Theil verfürzt wird,“ während ein Gläubiger aus älterer Zeit, der die W. Z. im Nennwerth annehmen müßte, um so sicherer verfürzt würde, als bereits erklärt ist, daß nur die Einlösungsscheine die C. M. unmittelbar vorstellen.

und nach der zweiten Verathung alle Mitglieder ihre ausführlichen Vota schriftlich einlegten. Pratobervera erklärte in diesem seinem Votum geradzu: „In meiner ganzen Geschäftslaufbahn ist mir kein Gegenstand von so hoher Wichtigkeit zur Beurtheilung vorgelegt worden;“ die Meinungen seien denn auch sehr getheilt, weil die Aufgabe weder von dem Juristen, noch von dem Financier allein gelöst werden kann, „sondern klare Begriffe aus beiden Zweigen dazu gehören.“<sup>103)</sup> In der That, die Meinungen waren nur zu sehr getheilt; zwar darüber waren alle Stimmen einig, daß nach Baiern zu antworten sei, es stehe der Rechtsweg offen, und beinahe alle Botanten sprachen aus oder setzten doch voraus, daß die Lage des Staates und seiner Gläubiger in die vorliegende Frage nicht eingemengt werden solle.<sup>104)</sup> In der Hauptsache aber meinte der Referent, es sei kein neues Gesetz zu erlassen, sondern „die aufgeworfenen Fragen in Rücksicht der vergangenen Fälle der Entscheidung der Gerichtshöfe zu überlassen,“<sup>105)</sup> und trat nur eventuell zunächst für eine Vernehmung der obersten Justizstelle und die Erlassung eines Gesetzes ein, welches den Schaden zwischen Schuldner und Gläubiger theile;<sup>106)</sup> alle übrigen Stimmen dagegen hielten dafür, daß ein Gesetz, welches über die Art der Rückzahlung älterer Schulden Bestimmungen gebe, ein Bedürfniß sei;<sup>107)</sup> was aber der Inhalt dieses Gesetzes sein solle,

<sup>103)</sup> Wie sehr Pratobervera erregt war, zeigt das Pathos in dem ersten Satze seines Votums: „Und wenn die Wahrheit von der ganzen Erde verbannt würde, so müßte sie in dem Herzen der Könige eine Zufluchtsstätte finden.“ Und an einer späteren Stelle heißt es: „Noch nie hab' ich mich von der Wahrheit so durchdringen gefühlt, als iht, daß Regierungen ohnmächtig und kraftlos sind, daß sie wider Willen und selbst ohne es zu ahnden, von Unrecht zu Unrecht, von Bedrückung zu Bedrückung fortgerissen werden, sobald sie die sichere Bahn der einfachen Gerechtigkeit verlassen.“

<sup>104)</sup> Pratobervera motivirte dies drastisch durch die Bemerkung: Weil die Staatsgläubiger in „Elend und Noth“ seien, müßten nicht auch Privatgläubiger zur Annahme einer Scheinzahlung gezwungen werden, die an die von den Demagogen durchgesetzten novae tabulae der Römer erinnern würde (ähnlich sagte Ehrenberg: Die Abhilfe dürfe nicht damit geschafft werden, „daß man mit den Staatscassen auch die Privatcassen ausleere“); Gärtner dagegen damit, daß von vornherein ein erheblicher Unterschied zwischen Staats- und Privatschulden bestche. Der dem Staat Creditirende müsse von Haus aus darauf gefaßt sein, „daß Unglücksfälle den Staat einige Zeit hindurch außer Stand setzen können, volle Zahlung zu leisten. Diese Gefahr werde durch Steuerfreiheit, Rabatt, höhere Interessen, Prämien, Pünktlichkeit in der Zahlung, Sicherheit vor kostbaren und langwierigen Processen vergütet“ — Vortheile, deren der trotzdem auch nicht selten gefährdete Privatgläubiger entbehre. — Nur Ehrenberg's Votum enthält auch einige Vorschläge, der Noth des Staates zu feuern.

<sup>105)</sup> Sein durchschlagendes Motiv lag in dem „rühmlichst angenommenen Grundsatz“, daß Gesetze nicht zurückwirken, gegen welchen man seiner Meinung nach verstoßen würde, möchte man die zu erlassende Vorschrift auch nicht Gesetz, sondern authentische Interpretation oder Erklärung nennen. Dagegen würden einige gerichtliche Urtheile, die jenen Schuldnern ungünstig wären, die ihre in C. M. contrahirten Schulden in B. Z. nach dem Nennwerth bezahlen wollten — und bisher sei wenigstens in jenen Fällen, in welchen Rückzahlung in C. M. bedungen gewesen sei, auch immer darauf erkannt worden — auch andere Schuldner zu einem billigen Ausgleich bestimmen. Und Zeiller hielt es für gewiß, daß die Urtheile in diesem Sinne ausfallen würden, wenn der Kaiser ordnete, daß die Gerichte solche Streitigkeiten in der nächstfolgenden Zeit in voller Rathsverammlung zu entscheiden hätten, und das G. B. baldigt kundgemacht werde, um die Richter zu tieferem Nachdenken über den in Frage stehenden Gegenstand zu veranlassen. — Nebenbei betonte Zeiller die Schwierigkeit eines umfassenden Gesetzes, das Aufsehen, welches durch dasselbe erregt werden müsse, den Ruin zahlloser Schuldner, der die Folge desselben sein könne, und daß die Staatscassen in schiefem Licht erscheinen würden, wenn sie die Zinsen an die Staatsgläubiger wie bisher fortbezahlen würden, während das neue Gesetz Private zu erhöhten Zinsen vertheile.

<sup>106)</sup> Doch wollte Zeiller dies falls einen Unterschied machen: Ausländischen Gläubigern könne man Anweisungen eines fremden Staates, zumalen wenn sie im Werthe gesunken sind, gegen ihren Willen nicht aufbringen.“

<sup>107)</sup> Und daß es den Vorwurf, es wirke zurück, nicht zu fürchten habe; denn es

darüber gingen die Ansichten aus einander: Während eine Stimme beantragte, es sollen, wenn nichts anderes bedungen sei, die Bankozettel unbedingt bei allen Zahlungen zum vollen Nennwerth angenommen werden müssen,<sup>108)</sup> gingen zwar alle übrigen von der entgegengesetzten Anschauung aus, daß, mögen Gläubiger und Schuldner In- oder Ausländer sein,<sup>109)</sup> die Zahlung in allen Fällen nach dem jedesmaligen Course zu leisten sei;<sup>110)</sup> von diesem gemeinsamen Ausgangs-

würde nur „die in der Natur der Sache ursprünglich gegründete Billigkeit gegen Deutelei, Eigennutz, Willkühr der Richter“ sicherstellen (Pratobevera); es würde nur eine Consequenz ziehen aus schon bestehenden Gesetzen (Nicht); Rückwirkung werde bei Gesetzen ausgeschlossen, weil sie die Norm künftiger Handlungen sein sollen und erworbene Rechte nicht entziehen dürfen. Hier aber handle es sich darum, eine Vorschrift über Zahlungen zu geben, die dieser Vorschrift erst nachfolgen werden, und es solle durch diese Vorschrift nicht eigentlich die Verbindlichkeit des Schuldners verändert, „sondern nur nach solchen Grund- sätzen näher bestimmt werden, die zur Zeit der entstandenen Schuld von beiden Theilen für gerecht und billig hätten anerkannt werden müssen. . . . Grade die rechtlichen Verhältnisse der Staatsbürger im Wesentlichen unverändert zu erhalten und jede vererbliche Einwirkung späterer unvorhergesehener Zufälle und derzeit nicht mehr anwendbarer Gesetze zu vermeiden“ sei die Absicht (Gärtner).

<sup>108)</sup> Es war dies Achen's Meinung; seine Gründe sind (abgesehen von den praktischen Schwierigkeiten, zu denen jeder andere Vorgang führen müsse) die nämlichen, die er schon bei einer früheren Gelegenheit (Note 102) vorgebracht hatte.

<sup>109)</sup> Schon darum, weil ein solcher Unterschied, wenn er gemacht würde, durch Cessionen leicht umgangen werden könne. (Gärtner.)

<sup>110)</sup> Fast alle diese Voten betonen, mehr oder weniger scharf den Argumentationen Achen's entgegnetend, das Papiergeld habe keinen inneren Werth, es sei nur ein Vorstellungszeichen des Geldes, „kein wirkliches Geld, wozu es kein Gesetz umwandeln kann;“ diese Vorstellung sei nur soweit wahr, „als man damit eben das, was mit wahren Gelde richten kann,“ und dies könne man nur unter der Voraussetzung, daß man bei den öffentlichen Cassen wirkliches Geld für Papiergeld einwechseln könne. Man könne nicht sagen, es sei nicht das Papier gefallen, sondern nur die Münze gestiegen; seit Beginn des vorigen Jahrhunderts sei der Werth des Silbers nicht erheblich gestiegen; vielmehr sei nur das Papiergeld durch seine Vermehrung unendlich gefallen. „Wo existirt die Münze, die unsere Bankozettel vorstellen!? In ganz Europa existirt nicht so viel Münze, als im Patent vom 26. Febr. 1810 nur in B. Z. angegeben worden ist.“ Könnte man durch einen Zauberstab die B. Z. in C. M. verwandeln, so würde doch die Theuerung nur unbedeutend sinken, eben weil die Menge des Geldes die gleiche geblieben wäre. So Ehrenberg. Ganz ähnliche Sätze als Prämissen aufstellend, macht Pratobevera aufmerksam auf die durch die Zettelwirtschaft eingetretenen Verrückungen von juristischen Gesichtspunkten, wie sie das Gesetz gewiß nicht wollen könne; wer z. B. 5 Dukaten entwende, die nach dem Münzpatent 22 fl. 30 kr. W. W. gelten, sei kein Criminalverbrecher; wer aber ein Paar Stiefel im Werthe von 25 fl. W. W. B. Z. stehle, werde dem Criminalrichter übergeben, und doch habe der erste Dieb mehr als den Werth von acht Paar Stiefeln entwendet! In der That liege „der ganze Begriff von Reichthum oder Eigenthum in dem Vermögen und in der Macht, sich eine relative Quantität äußerer Güter oder Arbeit zu verschaffen. Man füllt dies, und gibt dem Gläubiger den guten Rath, das Papiergeld aufzubewahren, bis es besser wird (und wenn es nicht besser würde?) oder wieder als Capital anzulegen! Er muß ein Capitalist bleiben, wenn er auch dabei verhungert. . . . und doch ist er (wenn er den gleichen Betrag, den er in C. M. hingegeben hat, in den auf  $\frac{1}{10}$  gesunkenen B. Z. zurückempfangen hat) so reich nach dem Nennwerth, als zur Zeit des gegebenen Darlehens.“ Da die Regierung selbst zwischen B. Z. und Geld unterscheidet, ist nicht abzusehen, wie einzig in odium der Privatgläubiger auf einer grundlosen Fiktion beharrt werden sollte. — Gärtner hebt nebst ähnlichen Bemerkungen hervor, daß der Schuldner, wenn er die B. Z. nicht nach dem Nennwerth zur Zahlung verwenden könne, nicht geschädigt werde. Er habe ja das Empfangene ohne Zweifel nicht aufbewahrt, sondern in seinem damaligen Werthe verwendet. Ihm geschehe also nicht Unrecht, wenn er es nach dem gegenwärtigen Werthe zurückzahlen müsse. Nach dieser Seite sei nur auf den Gläubiger Rücksicht zu nehmen, damit er, da er sich schon Jahre lang mit  $\frac{1}{10}$  der Interessen begnügen mußte, nicht auch nur  $\frac{1}{10}$  des Capitals erhalte. — Haan endlich urgirt, daß die Natur des Darlehens Restitution von tantumdem verlange und das den Zwangscurs einführende Patent schon darum kein neues Rechtssystem einführen wolle, weil die bedeutende Cursverschlechterung der B. Z. diesem Patent erst nachfolgte, und das Patent selbst versicherte, die B. Z. würden bei den öffentlichen Cassen immer eingelöst werden.

punkt kamen die einzelnen Botanten aber doch wieder zu Anträgen, die unter einander sehr stark differirten. Ehrenberg wollte den Gerichtshöfen gestattet wissen, „mit reifer Erwägung aller Umstände auf eine billige Cursvergütung zu schließen;“ weniger weit wollte Pratobervera gehen; er wollte auch gegen zwei gleichförmige Urtheile die Revision an die oberste Justizstelle gestattet wissen, und erst dieser das Regulativ Ferdinand's II. vom 26. April 1625. (Cod. Austr. II S. 45 f.) ertheilen, daß sie „alle in factio einlauffende Umstände fleißig erwägen und solchen Strittigkeiten ex aequo et bono secundum conscientiam legibus informatam vel transigendo vel decidendo . . . ihr abhelfliche Maaß geben soll;“ Scheppel, Gärtner und Präsident Haan wünschten zwar eine bestimmtere Vorschrift als die Verweisung auf ein vages richterliches Ermessen, aber die entschiedene Mehrheit der Botanten war darüber einig, daß erst „eine mehrere, reifere Berathung“ diese bestimmtere Vorschrift an die Hand geben könne, da die Schwierigkeit, ein so umfassendes Gesetz zu entwerfen, so lange nicht a. h. Orts ein maßgebender Grundsatz gebilligt sei, eine ganz außerordentliche sei. Hienach ist eine lange Reihe von Vorschlägen, die in diesen Voten auftreten,<sup>111)</sup> nicht so zu verstehen, als hätten die Antragsteller von der Annahme dieser Vorschläge die wirkliche und gründliche Behebung der bestehenden Uebelstände erwartet. Hervorzuheben ist, daß Haan am Schlusse seines Votums ausspricht, „es wäre sehr zu wünschen, daß diese Papiere ehestens anstatt ihres täuschenden Nennwerthes auf einen festen, wie immer gearteten wahren Einlösungswertb gesetzt würden.“

Dieser Wunsch fand seine Erfüllung durch das Finanzpatent vom 20. Februar 1811<sup>112)</sup> (publicirt in allen Hauptorten des Reiches am 15. März 1811). Schwerlich aber hatte die Berathung der Justizmänner einen Einfluß auf den Inhalt dieses Patenten, wie sich schon aus der Unfertigkeit der oben mitgetheilten Beschlüsse ergibt. „Die eingetretene Verkettung von Umständen“ gebot „die Ergreifung einer . . . großen Maßregel ohne allen Zeitverlust“ (Fin. Pat. Abf. 6). Ihr Inhalt ist im Wesentlichen<sup>113)</sup> folgender:

1) Die Bankozettel sollten bis zum 31. Jänner 1812<sup>114)</sup> zum fünften Theile ihres Nennwerthes gegen Einlösungsscheine eingezogen werden (§§. 1, 2 des Pat.), bis dahin aber zum fünften Theile ihres Nennwerthes bei allen öffentlichen Cassen und von Privaten unweigerlich angenommen werden (§§. 3, 14). Die Einlösungsscheine sollten nur in dem zur Einlösung der Bankozettel erforderlichen Betrage (etwas über 212 Mill. Gulden) ausgegeben werden (§. 5) und wurde die vereinigte Einlösungs- und Tilgungsdeputation bei ihrem Eide dafür verantwortlich gemacht, daß diese Summe nicht überschritten werde (§. 7);

<sup>111)</sup> Beantragt wurden in diesem Sinne ein längeres Moratorium, Gestattung der Weigerung der Zahlungsannahme bei ungünstigem Curs, Zahlung der Schulden aus der Zeit des Paristandes nach dem Curs, aber Verdoppelung der Zinsen bis zur Zeit der Zahlung, Theilung des Cursverlustes zwischen Schuldner und Gläubiger, Anspruch auf Zahlung nach dem Curs nur, wenn der Gläubiger auf eine fruchtbringende Realität oder anderen Betrieb, wovon der Schuldner Cursmäßigen Nutzen beziehen konnte, dargeliehen hat u. dgl.

<sup>112)</sup> J. G. S. Nr. 929. Das Urtheil der Gesetzgebungscommission über dieses Patent ist oben (S. 34) mitgetheilt. Im Commentar (a. a. D.) ist Zeiller überwiegend bestrebt, die Bestimmungen des Patenten zu rechtfertigen. Vgl. auch Hauer S. 199 ff.

<sup>113)</sup> Soweit er an diese Stelle gehört. Das ist aber nur in Ansehung der leitenden Grundsätze, soweit sie die Art der Geldzahlungen betreffen, der Fall. Außer Betracht bleiben daher eine nicht unbedeutende Zahl von (zum Theil nicht in's Privatrecht einschlagenden) Verordnungen, die bald darauf zur Durchführung des Patenten erlassen wurden, und ebenso die in dem Finanzpatent selbst (§. 24) ausgesprochene Herabsetzung der Zinsen der meisten öffentlichen Obligationen.

<sup>114)</sup> Nur die Appoints von 1 und 2 Gulden blieben noch bis 31. October 1812, jedoch ohne Zwangscurs im Verkehr. Pat. 6. Jänner 1812 (vgl. Pat. 20. Juni 1811 Pol. G. S. Bd. 36 S. 195 S. 5).

auch stellte das Patent (§§. 6, 7) die Gründung eines eigenen Amortisationsfondes zur allmählichen Einlösung des Papiergeldes in Aussicht.

2) Vom Tage der Publication des Patentes an hatten die Einlösungsscheine nach ihrem Nennwerth (bis zum 31. Jänner 1812 neben ihnen auch die Bankozettel jedoch nur zum fünften Theil ihres Nennwerthes) „als das einzige Papiergeld in unseren Erbstaaten,“ „als Wiener Währung“<sup>115)</sup> und die einzige Valuta für das Inland“ zu gelten (§§. 4, 8, 11), und sollten alle Contracte zwischen österreichischen Unterthanen, „insoferne sie sich nicht etwa auf das Ausland beziehen,“ bei sonstiger Ungiltigkeit nur in dieser Währung eingegangen werden dürfen. Eine Ausnahme von dieser Regel wurde nur insofern gemacht, als bei Darlehen, die in einer bestimmten Münzsorte gegeben wurden, auch die Rückzahlung in dieser Münzsorte wirksam bedungen werden durfte (§§. 9, 10).

3) Alle Steuern, Abgaben und Gebühren mußten vom Tage der Kundmachung des Patentes entweder in ihrem einfachen Betrag in Einlösungsscheinen oder fünffach in Bankzetteln, so lange diese noch circuliren durften (im einfachen Betrage jedoch, sofern es sich um eine schon vor dem 15. März fällige Leistung handelte) bezahlt werden; die nämliche Regel galt auch umgekehrt in Ansehung der von öffentlichen Cassen zu bezahlenden Befoldungen, Pensionen, Löhningen u. s. w. (§§. 19, 20).

4) Ueber Zahlungen aus privatrechtlichen Titeln traf das Gesetz seine Bestimmungen mit folgender Unterscheidung:

a) War in dem die Schuld begründenden Acte — gleichviel ob er der Zeit des Paristandes der Bankozettel oder einer späteren angehörte — die Zahlung in einer bestimmten Münzsorte eigens bedungen, so mußte sie in der bedungenen Weise geleistet werden (§. 12 a. E. §. 15 a. E.), und ebenso die Zinsen (Hofb. 27. Dec. 1811 J. G. S. Nr. 965).

b) War Zahlung in klingender Münze bedungen<sup>116)</sup> (nicht in einer bestimmten Münzsorte), so mußte sie zwar nicht in klingender Münze, aber doch im vollen Betrag in Einlösungsscheinen oder im fünffachen Betrag in Bankzetteln geleistet werden (§. 15 arg. §. 12).

c) In Rücksicht aller übrigen Fälle dagegen ist der Zeitpunkt der Begründung<sup>117)</sup> der Schuld, je nachdem er vor oder nach dem 1. Jänner 1799, als dem Zeitpunkt des Auftretens eines nennenswerthen Disagio, liegt, als entscheidend bezeichnet. War nämlich die Verpflichtung vor dem 1. Jänner 1799 entstanden, so mußten Capital und Zinsen nach dem vollen Betrage in Einlösungsscheinen oder im fünffachen Betrage in Bankzetteln bezahlt werden (§. 12). Für Forderungen dagegen, deren Begründungsact zwischen dem

<sup>115)</sup> Im Sinne des Finanzpatentes sollte der Gulden W. W. zusammenfallen mit dem Gulden C. M. In diesem Sinne sagten schon vor dem Finanzpat. die Redactoren im Anschluß an den Ausdruck der Pat. 26. Febr. 1810 u. 2. Oct. 1810, daß nur die Einlösungsscheine die C. M. unmittelbar vorstellen (Schepp's Botum v. 13. Dec. 1810). Man vollzog die Einwechslung der Bankozettel „zum Course von 500“ u. n. setzte sie auf den „fünften Theil ihres Nennwerthes“ herab. Schon in dieser Bezeichnungsweise liegt die behauptete Gleichstellung, da ja (Pat. 23. Juli 1807 §. 5) die Bankozettel dem baren Gelde gleichgestellt gewesen waren. — Die sofort wieder eintretenden Schwankungen des Courses machten freilich diese Gleichstellung illusorisch.

<sup>116)</sup> Ebenso wenn die Zahlung bedungen war in Gold- oder in Silbermünze (Hofb. 13. Nov. 1811 J. G. S. Nr. 962 fünftens); oder in Dukaten oder Thalern schlechthin (Hofb. 27. März 1813 J. G. S. 1033). Vgl. noch Hofb. 16. Mai 1812 J. G. S. Nr. 991.

<sup>117)</sup> Eine Reihe hier einschlägiger Fragen, die der Praxis entweder wirklich als zweifelhaft erschienen waren oder leicht als zweifelhaft hätten erscheinen können, lösen das Circulare vom 18. März 1811 J. G. S. Nr. 937, das Hofkammerdecret 13. Nov. 1811 J. G. S. Nr. 962, das Hofb. 10. Juli 1812 J. G. S. Nr. 996, das Hofb. v. 2. April 1813 J. G. S. Nr. 1034 u. a., von denen jedoch mehrere in einzelnen Punkten Bestimmungen enthalten, die aus dem Finanzpatent selbst keineswegs zu gewinnen wären,

1. Jänner 1799 und dem 14. März 1811 lag, wurde Umrechnung nach dem Durchschnittscurs, welchen die Bankozettel zur Zeit der Entstehung der Forderung hatten, und sodann Zahlung entweder in diesem reducirten Betrage in Einlösungsscheinen oder in dem fünffachen deselben in Bankozetteln vorgeschrieben. Als Basis der Reduction dient eine dem Patent beigegebene Scala, welche den berechneten Durchschnittscurs für jeden Monat des bezeichneten Zeitraumes enthält (§§. 13, 14).<sup>118)</sup> Zahlungen jedoch, welche schon vor dem 15. März 1811 fällig waren und zur Zeit ihrer Fälligkeit nicht in klingender Münze, sondern in Bankozetteln nach deren Kennwerth zu leisten gewesen wären, sollten auch fortan nur in Bankozetteln nach deren Kennwerth angesprochen werden können (§. 17).<sup>119)</sup>

5) Die Kupfermünzen endlich wurden theils einberufen, theils (im Verhältniß zu den Einlösungsscheinen) entsprechend herabgesetzt (§. 23), und alsbald eine Ausprägung neuer Kupfermünzen angeordnet. —

Ehe noch der Erfolg dieses neuen „Finanzsystems“ vollkommen zu übersehen war, traten abermals störende Ereignisse ein. Der Krieg gegen Rußland (1812) veranlaßte eine neue Papiergeldemission. Weil der Vermehrung der Einlösungsscheine jener Eid entgegenstand, welchen die Mitglieder der Einlösungs- und Tilgungsdeputation geleistet hatten, wurde ein neues Papiergeld, die „Anticipationscheine“<sup>120)</sup> creirt und im Betrage von 45 Mill. Gulden ausgegeben. Sie sollten den Einlösungsscheinen gleich stehen und binnen zwölf Jahren eingelöst und vertilgt werden. Statt dessen folgten aber während der Kriege der folgenden Jahre stärkere Emissionen von Anticipationscheinen und damit wieder sehr erhebliche Verschlechterungen des Curses des Papiergeldes.<sup>121)</sup> Erst nach der Wiederherstellung friedlicher Zustände konnte daran gegangen werden, „die Regelmäßigkeit in dem zerrütteten Geldwesen wieder herzustellen.“<sup>122)</sup> Der

<sup>118)</sup> Das Finanzpatent selbst unterscheidet innerhalb des letztgedachten Zeitraumes die Forderungen aus der Zeit vom 1. Jänner 1799 bis 30. Sept. 1810, und jene aus der Zeit vom 1. Octob. 1810 bis 14. März 1811; nur in Rücksicht der ersteren verweist es auf die Scala, in Rücksicht der letzteren verfügt es, daß sie nach dem Curs von 500 zu reduciren seien. Allein das Gleiche ergibt sich auch aus der Scala selbst, die vom October 1810 bis März 1811 ununterbrochen den Curs von 500 nachweist. (Die Scala konnte freilich in manchen Fällen zu nicht beabsichtigten Ergebnissen führen, wie z. B. wenn Jemand ein Haus gekauft, die darauf haftenden Schulden übernommen hatte und diese Schulden sich nun plötzlich in Folge des Finanzpatents auf das Vier- oder Fünffache erhöhten. Solche Fälle waren es, die sehr bald die Frage veranlaßten, ob den in die Scala fallenden Schuldnern nicht ein Moratorium bewilligt werden solle — eine Frage, die jedoch von der Gesetzgebungscommission aus guten Gründen verneint wurde. Vortrag vom 15. Juli 1811.)

<sup>119)</sup> Jedoch restringirt das Hofd. 13. Nov. 1811 J. G. S. Nr. 962 diese Anordnung mit Recht auf den Fall, wenn die Zahlung wegen eines von Seiten des Gläubigers eingetretenen Hindernisses nicht rechtzeitig in Empfang genommen wurde.

<sup>120)</sup> So genannt, weil in ihnen eine Vorwegnahme künftiger zur Bildung eines Anticipationsfondes bestimmter Steuereingänge durch Contrahirung einer schwebenden Schuld gelegen sein sollte. Pat. 16. April 1813 (Pol. G. S. Bd. 40 S. 77). Die Emission selbst wurde angeordnet mit Pat. 7. Mai 1813 (Pol. G. S. Bd. 40 S. 88). Vgl. Hauer S. 203 f.

<sup>121)</sup> Im März 1815 bestand ein Curs von 350.

<sup>122)</sup> Worte des Pat. v. 1. Juni 1816 J. G. S. Nr. 1248. (Ueber die nun zur Verfügung stehenden Mittel s. Hauer S. 204 ff.) Doch hatte schon das Hofd. v. 24. April 1816 J. G. S. Nr. 1233 die Strenge des Finanzpatentes insofern gemildert, als es gestattete, daß man sich bei einem in W. W. gegebenen Darlehen, dessen Betrag in bestimmten Münzsorten nach dem Curs des Tages der Hingabe berechnet wurde, die Zahlung in diesen bestimmten Münzsorten bedinge, vorausgesetzt, „daß dabei von den Parteien rechtlich und unverstellt zu Werke gegangen werde.“ Erst das cit. Pat. v. 1. Juni 1816 (§. 3) gestattete, „in sämmtlichen Urkunden Beträge auf conventionsmäßige und andere gesetzliche Gold- und Silbermünzen oder Papiergeld abzuschießen,“ (vgl. dazu das interpretirende

größte Theil der zu diesem Zwecke angeordneten Maßnahmen beruht auf den vier Patenten vom 1. Juni 1816.<sup>123)</sup> Die wichtigsten Aufgaben bei der Einziehung des Papiergeldes „auf dem Wege einer freiwilligen Einlösung“ fielen der zu errichtenden privilegierten österreichischen Nationalbank<sup>124)</sup> zu; in zweifacher Weise sollte die Bank die Einziehung des umlaufenden Papiergeldes vermitteln; einerseits wurde Jedermann freigestellt, für  $\frac{2}{7}$  des Nominalbetrages seines (von der Bank zu vertilgenden) Papiergeldes „Zahlungsanweisungen, die zu jeder Zeit in klingender Münze realisiert werden können“, d. h. Banknoten, und für die restlichen  $\frac{5}{7}$  zu  $1\frac{1}{10}$  in C. M. verzinsliche Staatsobligationen bei der einseitigen Verwaltung der zu constituirenden Nationalbank zu verlangen;<sup>125)</sup> andererseits trug die Nationalbank schon durch ihre Fundirung selbst<sup>126)</sup> sehr erheblich zur Verminderung des Papiergeldes bei. Es sollte nämlich ihr Gründungscapital durch Ausgabe von 100.000 Actien gebildet, auf jede Actie aber 1000 fl. in Einlösungs- oder Anticipationscheinen und 100 fl. in C. M. eingezahlt werden,<sup>127)</sup> und das dabei eingehende Papiergeld ebenfalls vernichtet werden.<sup>128)</sup>

Hofb. v. 28. Febr. 1817 J. G. S. Nr. 1322) und erst das Hofb. vom 20. Oct. 1817 (= Hofb. 25. Oct. 1817 J. G. S. Nr. 1382) dehnte diese Bestimmung „auch auf mündliche Beträge und Verabredungen“ aus, und erklärte, es sei „bei Vollziehung der von nun an geschlossenen Beträge und Verabredungen . . . nunmehr allein“ das a. b. G. B. maßgebend.<sup>123)</sup> J. G. S. Nr. 1248, 1249, 1250, 1251. Das erste dieser Patente bezeichnet überhaupt — nachdem es erklärt hat, es solle „von nun an nie mehr die Ausfertigung eines neuen Papiergeldes mit Zwangsverwerb und Zwangsumlauf oder irgend eine Vermehrung des gegenwärtig im Umlauf befindlichen Statt haben“ — die Wege, auf denen das vorhandene Papiergeld „aus dem Umlauf gezogen und die Gelbcirculation auf die Grundlage der conventionmäßig ausgeprägten Metallmünze zurückgeführt“ werden sollte; das zweite bezeichnet speciell einige Staatseinnahmen, bei welchen die Zahlungen ausschließlich in Banknoten (oder C. M.) geleistet werden sollten; das dritte regelt die Einrichtung der zu bildenden privil. österr. Nationalbank und die Thätigkeit ihrer am 1. Juli in Wirksamkeit tretenden provisorischen Direction (ihre definitiven Statuten und Privilegien erhielt die Nationalbank erst durch Patent 15. Juli 1817 J. G. S. Nr. 1347); das vierte setzt die Bedingungen fest, unter welchen die circuirende Kupferscheidemünze bei den in C. M. zu leistenden Zahlungen verwendet werden durfte.

<sup>124)</sup> Vgl. überhaupt E. Frh. v. Leberer Die priv. österr. Nationalbank, ihre Gründung, ihre Entwicklung und ihr Wirken (Wien 1847), bes. S. 5 ff., 11—16, 55—85. Hauer S. 218 ff., Hübner S. 126—145. „Zur Geschichte der österr. Actien-Gesellschaften I.“ (Zn: „Der kleine Capitalist“, Beilage zur „Presse“. 1856. Beilage 1—5, 7, 8.) Die österr. Nat. Bank und ihr Verhältniß zu dem Staate. Ein Beitrag zur Beurtheilung der Bankfrage. Wien, 1861. Außerdem trug das wenige Monate später (29. Oct. 1816) ausgeschriebene Anleihen zur Verminderung des Papiergeldes bei: den Staatsgläubigern wurde freigestellt, ihre in W. W. verzinslichen Obligationen gegen neue zu  $5\%$  in C. M. verzinsliche Staatsobligationen umzutauschen, wenn sie noch einen gewissen Betrag. (die „Anrofrung“) in Papiergeld aufzählten. Wer z. B. eine ältere  $4\%$  Obligation im Nominalwerth von 100 fl. und dazu 120 fl. in Einlösungs- oder Anticipationscheinen erlegte, bekam eine neue Obligation zu 100 fl. zu  $5\%$  in C. M. verzinslich. Auf diesem Wege wurden an alten Obligationen 120 Mill. Gulden und an altem Papiergeld an 130 Mill. vertilgt. Hauer S. 221 f.

<sup>125)</sup> Pat. cit. Nr. 1248 §§. 4—6, 12, 13; Nr. 1250 §§. 16, 17, 23. Auf diesem Wege wurden etwa 50 Mill. Gulden des cursirenden Papiergeldes vertilgt. Die Operation wurde übrigens bald sistirt, da die Einlösung zu einem für die Staatsverwaltung äußerst unglünstigen Course geschah.

<sup>126)</sup> Unter ihren Aufgaben steht in dem cit. Pat. Nr. 1250 §. 16 obenan die, „die Einlösung des Papiergeldes nach den in einem besonderen Patente festgesetzten Modalitäten (zu) besorgen.“ Vgl. Pat. Nr. 1248 §. 7 Z. 1.

<sup>127)</sup> So jedoch erst das Statut von 1817 §. 1. Das Patent von 1816 (Nr. 1248) §. 10, Nr. 1250 §§. 8, 29 statuirte nur 50000 Einlagen aber in doppelt so hohen Beträgen, als sie im Text genannt wurden. Es wurden übrigens nicht alle Actien sofort ausgegeben, sondern nur etwas über die Hälfte der Gesamtzahl (der Rest erst 1853); auch auf diesem Wege wurden rasch mehr als 50 Mill. Gulden des älteren Papiergeldes der Vernichtung zugeführt.

<sup>128)</sup> Pat. Nr. 1248 §. 12 Z. 2, 3, Nr. 1250 §. 6 lit. d, §. 24. — Die vom

Die von der Bank ausgegebenen Noten sollten auf Verlangen der Inhaber „jederzeit nach ihrem vollen Betrage in Metallmünze umgewechselt werden können,“ und „werden als ein von den Gesetzen anerkanntes Zahlungsmittel erklärt, dessen Anwendung ~~im~~ Privatverkehr jedoch vom gegenseitigen Uebereinkommen abhängen wird, ohne daß eine Zwangsverpflichtung zur Annahme derselben stattfindet. Die Staatsverwaltung wird sie in allen öffentlichen Cassen gleich der Conventionsmünze nach ihrem Nominalwerth annehmen und bei einigen Abgaben zwangsweise fordern.“<sup>129)</sup>

In Folge dieser Maßregeln besserte sich auch der Cours des älteren Papiergeldes und fixirte sich nach wenigen Jahren auf 246—251. Als dieser Cours im Verkehr feststand, in diesem also längst angenommen wurde, daß das Papiergeld zum Silber und zu Banknoten in dem Verhältniß von  $2\frac{1}{2}$ :1 stehe, wurde in dem Uebereinkommen zwischen Staat und Bank vom 3. März 1820 (§. 2) bestimmt, es habe die fernere Einlösung des Papiergeldes durch die Nationalbank ohne Zwang, jedoch nach dem von Seite der Staatsverwaltung als unabänderlich festgesetzten Verhältniß von 100 fl. C. M. für 250 fl. W. W. stattzufinden. Seither hat das alte Papiergeld bis zu seinem Verschwinden<sup>130)</sup> den Cours von 250 nie wieder verlassen, weil es eben immer nur zu diesem Course von der Bank eingelöst wurde.<sup>131)</sup> Diese Einlösung vollzog sich nun aber, nachdem die Ordnung des Geldwesens im Ganzen wieder hergestellt war, sehr langsam und ohne Störung.

(10.) Wir erklären zugleich den gegenwärtigen Deutschen Text des Gesetzbuches als den Urtext, wornach die veranstalteten Uebersetzungen in die verschiedenen Landesprovinzen unserer Provinzen zu beurtheilen sind.

Die erste officiële deutsche Ausgabe des Gesetzbuches erschien (vgl. oben S. 35) im Jahre 1811. Sie führt auf dem Titelblatt ihren vollen Titel (S. 32 Note 177), dann folgt: „I. Theil,“ der Reichsadler, und „Wien. Aus der k. k. Hof- und Staatsdruckerey. 1811.“ Gr. 8. Nach dem Titelblatt folgen 7 nicht paginirte Blätter, enthaltend das Rundmachungspatent und Inhaltsverzeichnis, dann 110 SS.; II. Theil, 395 SS.; III. Theil, 56 SS.; Alphabetisches Register CLXXVI SS. — jede dieser Abtheilungen mit selbständiger Paginirung, und in jeder dieser Abtheilungen auch die Druckbogen selbständig durch Buchstaben bezeichnet; nur fehlt auf sämmtlichen Bogen des ersten Theils und auf den Bogen V und U des zweiten die Norm: Theil I (II), und sind die Buchstaben V und W bei der Bogenbezeichnung übergangen worden. Die Ausgabe ist (typographisch) vorzüglich correct; weitaus die meisten Fehler derselben sind in Wahrheit nicht als Druck-, sondern als Redactionsfehler zu betrachten.<sup>132)</sup>

Staat der Bank für ihre in seinem Interesse vorgenommenen Leistungen gegebene Deckung ist hier ohne Interesse.

<sup>129)</sup> Pat. Nr. 1248 §. 7 Z. 1, §. 16; vgl. §§. 5, 14. Nr. 1250 §§. 18, 19, 35. Statut von 1817 §. 17.

<sup>130)</sup> Noch im Jahre 1858 sollen bei 2 Mill. Gulden des alten Papiergeldes nicht zur Einlösung gelangt gewesen sein. Nagl a. a. O. S. 250.

<sup>131)</sup> Nur in diesem Sinne ist es wahr, daß das alte Papiergeld 1820 noch einmal und zwar auf  $\frac{1}{2}$  seines Nennwerthes herabgesetzt worden sei. Nagl S. 249. Eingehendere Mittheilungen über diese Submission von 1820 bei Lederer S. 56 ff.

<sup>132)</sup> Von dem Manuscript, auf Grund dessen diese Ausgabe hergestellt wurde, sind erhalten geblieben 131 Bogen (ob mehr?), umfassend die §§. 1—982. Das erste Blatt (Umschlagblatt) dieses Manuscriptes führt die Bezeichnung: „Neues bürgerliches Gesetzbuch in Abschrift a) Erster und zweiter Theil von §. 1—928 (sic), aus der Druckerey . . . . Empfangen von Herrn H. R. von Zeiller den 4. Mai 1811.“ Unterchrift fehlt. Ein zweiter Umschlagbogen hat die Aufschrift: „Des neuen bürgerlichen Gesetzbuches (N. B.: Druckabschrift) I. Theil. Von §. 1—284 bestehend 1 bis 37 Bogen.“ Ein dritter: „Des neuen bürgerlichen Gesetzbuches (N. B. Druckabschrift) II. Theil. Von §. 285—982 be-

Dieser ersten Ausgabe folgten in sehr verschiedenen Zeitpunkten (zuletzt in der ersten Hälfte des sechsten Decenniums) mehrere andere Ausgaben, die, da sie ebenfalls die Jahreszahl 1811 tragen und wenigstens in Rücksicht der leicht in das Auge fallenden Charaktere (Format, Paginirung, Abbrechen der Zeilen, Art der Lettern) mit der ersten Auflage meist entweder übereinstimmen oder ihr doch nahe kommen, offenbar als bloße Vergrößerung der ersten Auflage angesehen werden wollen. Zwar die erste dieser Auflagen hat den Redactionsfehler der überhaupt ersten Ausgabe im §. 591 nicht mehr,<sup>133)</sup> und an diesem Kriterium ist sie leicht zu erkennen;<sup>134)</sup> in den späteren aber findet sich nicht nur dieser Fehler wieder, sondern auch viele andere, so daß sich mit Sicherheit schließen läßt, es sei wenigstens bei der jüngsten weder das Manuscript, noch die erste Ausgabe, sondern die ihr unmittelbar vorhergehende zu Grunde gelegt worden.<sup>135)</sup> Diese beiden Ausgaben sind von einander am sichersten durch die Fehler zu unterscheiden, die ihnen eigenthümlich sind; die letzte Ausgabe enthält zwar die meisten<sup>136)</sup> Fehler ihrer Vorgängerin, hat aber deren noch weit mehr neu hin-

stehend in 94 Bogen von Bogen 38—131.“ Daß dieses Manuscript wirklich beim Druck benützt wurde, ergibt sich daraus, daß die Grenze zwischen je zwei Druckbogen vollkommen übereinstimmend mit der gedruckten Ausgabe in der Handschrift regelmäßig bezeichnet ist, z. B. nach §. 91: C. p. 33, in §. 126: D. p. 49, nach §. 164: E. p. 65, in §. 208: F. 81, in §. 247: G. p. 97. Diese fortlaufende Nummerirung der Bogen setzt sich im Manuscript noch im Anfang des zweiten Theiles fort (in späteren Ausgaben findet sich wirklich die fortlaufende Bogenbezeichnung durch das ganze Werk), indem es noch nach §. 288 heißt: H. p. 113. Dann aber wurde selbständige Paginirung in jedem Theile beliebt, daher es denn schon in §. 329 heißt: I. p. 17 u. f. w. Allerdings aber zählen die Differenzen zwischen dem Inhalt des Manuscriptes und dem des Druckes nach vielen hunderten (selbst die Nummerirung der Hauptstücke in der zweiten Abtheilung des zweiten Theiles war im Manuscript noch eine selbständige), nur sind die meisten dieser Differenzen sehr untergeordneter Natur — wie sie eben der Autor bei der Correctur beinahe auf jeder Seite anzubringen Anlaß hat (vgl. oben S. 32 Note 174). Doch sind einzelne dieser Abweichungen immerhin von Gewicht; so fehlt z. B. (sowohl in den in den Protokollen verzeichneten Beschlüssen, als auch in dem Manuscript) im §. 896 der ganze Schlußsatz, und die Worte „auch ohne geschene Rechtsabtretung“ sind in das Manuscript erst nachträglich hineincorrigirt (wie sie denn auch im Prot. fehlen); §. 933 war in folgender Fassung beschlossen und so steht er auch noch in der Druckabschrift: „Wer die Gewährleistung aus dem Grunde, daß ihm eine nicht mehr vorhandene oder von einem Dritten angesprochene Sache veräußert worden ist, fordern will, muß sein Recht in drey Monathen, nachdem ihm dieser Umstand bekannt geworden ist; in allen übrigen Fällen aber bei unbeweglichen Sachen binnen drey Jahren; bei beweglichen, binnen sechs Monathen geltend machen, sonst ist das Recht erloschen;“ ebenso bedeutend sind die Correcturen am §. 966 u. a. Es versteht sich, daß das Manuscript durch diese zahlreichen während des Druckes vorgenommenen Abänderungen an selbständiger Autorität sehr viel verliert; werthlos wird es aber nicht; wir sehen daraus doch z. B. daß alle erheblichen stylistischen und sachlichen Fehler der ersten Ausgabe des G. B. in Wahrheit nicht Druck- sondern Redactionsfehler sind, denn wie in den Protokollen, so finden sich auch in diesem Manuscripte, trotzdem es an sehr vielen Stellen von Zeiller's Hand corrigirt ist (namentlich fehlten im Manuscript sehr zahlreiche, in dem Druck enthaltene Verweisungen), die in der officiellen Ausgabe enthaltenen bekannten Versehen in §§. 163, 290, 303, 591, 595 u. 743. (Vgl. Pfaff in Grünhut's Zeitschr. II S. 301 Note 85.) Die Worte „des Erbrechts“ in §. 308 sind dagegen wirklich Druckfehler, das Manuscript hat: „das Erbrecht“. Ebenso steht im Manuscript ganz richtig die Marg. Rubr., welche der Druck bei §. 900 hat, bei §. 901, und die bei §. 973 gedruckte Marg. Rubr. bei §. 972, wohin sie seinem Inhalt nach auch wirklich gehört. —

<sup>133)</sup> M. Schuster Beiträge zur Hermeneutik des österr. Priv. R. in der Zeitschr. f. österr. R. G. 1828 II S. 189.

<sup>134)</sup> Stubenrauch (2. Aufl.) I S. 27. Unger Syst. I S. 14.

<sup>135)</sup> Beide Ausgaben können von der ersten leicht unterschieden werden schon durch ihr weißeres Papier und die schärferen Lettern. Auch sind in ihnen die Bogen durch das ganze Werk trotz selbständiger Paginirung jedes Theiles und des Registers mit fortlaufenden Zahlen (nicht Buchstaben) nummerirt.

<sup>136)</sup> Nicht alle; die ältere enthält z. B. auffällige Fehler in den §§. 326 (3. 3:

zugefügt, und es ist die Incorrectheit dieser Ausgabe schon vor geraumer Zeit gerügt worden.<sup>137)</sup>

Eine weitere Ausgabe erschien (ebenfalls in der Staatsdruckerei) in etwas kleinerem Format 1812,<sup>138)</sup> mehrere andere Ausgaben, in der Ausstattung der ersten ohne Angabe des Jahres ihres Erscheinens,<sup>139)</sup> und 1814 eine weitere amtliche Ausgabe in Kl. 8, in welcher zwar der Fehler im §. 163 berichtigt ist, die aber dagegen umsomehr andere Druckfehler aufweist.<sup>140)</sup>

Die correcteste amtliche Ausgabe ist jene, die sich in der J. G. S. Nr. 946 (der betreffende Band trägt auf dem Titelblatt die Jahrzahl 1816) findet. Insbesondere sind in dieser Ausgabe die Fehler in den §§. 163 und 591 berichtigt, der erste in einer Note, der letztere im Texte selbst.<sup>141)</sup> Auf die Berichtigung des §. 163 in der J. G. S. macht das Hofd. v. 5. April 1822 J. G. S. Nr. 1858 speciell aufmerksam.<sup>142)</sup> Zu beachten ist jedoch, daß dem Abdruck in der J. G. S. die Marginalrubriken fehlen.

Sorgfältig durchgesehen waren auch die officiellen Ausgaben für Ungarn und Siebenbürgen sammt den dazu gehörigen Anhängen (oben S. 41 Note 275). Es dürfte dabei die erste officielle Ausgabe zu Grunde gelegt worden sein.<sup>143)</sup> Von nicht amtlichen Ausgaben sind jene in der Goutta'schen Sammlung (unten bei §§. 2, 3) und die Manz'sche Taschenausgabe (oben S. 70) zu erwähnen.

Ueber das Princip der alleinigen Authenticität des deutschen Textes<sup>144)</sup> vgl. bei §§. 2, 3; ein Verzeichniß der Uebersetzungen s. bei Michel Handbuch I S. 1. Suppl. S. 1.<sup>145)</sup> 146)

„rechtlicher Besitzer“), 340 (3. 1: „Besitz“ statt Besitzer), welche sich in der jüngeren nicht finden.

<sup>137)</sup> Von Berger Krit. Beitr. S. 97 f. In einem Anhang hat Berger (S. 189 bis 192) die Fehler dieser Ausgabe zusammengestellt und (jedoch nicht ganz correct — vgl. seine Verbesserungen zu den §§. 591, 812 und 1472 mit der Originalausgabe und Berger selbst S. 97) verbessert. In der älteren Ausgabe finden sich dagegen nicht jene Fehler der jüngeren, welche Berger als der letzteren angehörend bei den §§. 74, 97, 153, 230, 340, 357, 534, 563, 637 (a), 753, 784, 789, 792, 851, 852, 928, 967, 993, 1014, 1054, 1063, 1183, 1085, 1154, 1160, 1168, 1170, 1177, 1227, 1231, 1252, 1290, 1297, 1353, 1360, 1401, 1447, 1456, 1459, 1471, 1483, 1485, 1487, 1490, 1492, 1493 und 1494 verzeichnet.

<sup>138)</sup> Schuster a. a. D. S. 189.

<sup>139)</sup> Stubenrauch I S. 27.

<sup>140)</sup> Schuster S. 186, Stubenrauch a. a. D.

<sup>141)</sup> Da diese Berichtigung schon früher (Hofd. 2. Oct. 1812, Goutta's Gesetzsammlung VII S. 208) erfolgt war. Beides scheint Schuster a. a. D. S. 186 f., 189 übersehen zu haben.

<sup>142)</sup> Auf die Existenz und den Inhalt dieses Hofd., in welchem jedoch (ungenau) der im §. 163 vorkommende Fehler ein Druckfehler genannt wird, gründet sich die Annahme, es sei officiell bekannt, daß auf den Abdruck des G. B. in der J. G. S. besondere Sorgfalt verwendet wurde. Unger I S. 75. — Auch das vorliegende Werk folgt in Ansehung des Gesetzestextes dem in der J. G. S. enthaltenen Abdruck, und wird jede Abweichung von diesem Text besonders zu rechtfertigen sein.

<sup>143)</sup> Eine Anzahl von Fehlern in diesen Ausgaben wurde durch die Verordnung vom 25. Mai 1860 (R. G. B. Nr. 133) berichtigt; die meisten dieser Fehler finden sich auch schon in der officiellen ersten Ausgabe und in dem Abdruck der J. G. S.

<sup>144)</sup> Der gleiche Plan bestand schon in Ansehung des Codex Theresianus (ob. S. 13).

<sup>145)</sup> Vgl. noch Winivarter I S. 42 f. Stubenrauch I S. 27, und über die italienischen Uebersetzungen insbes. Dolliner in der Ztschr. f. österr. R. G. 1838 II S. 333—337.

<sup>146)</sup> Das Kundmachungspatent ist datirt, gezeichnet und gegengezeichnet, wie folgt (was ebenfalls, so wie der Titel des Kaisers am Eingang, in der J. G. S. fehlt): „Gegeben in Unserer Haupt- und Residenzstadt Wien, den ersten Monathstag Junius, im eintausend achthundert und eilften, Unserer Reiche im neunzehnten Jahre. Franz. (L. S.) Aloys Graf von und zu Ugarte, königlich-Böhmischer oberster und Erzherzoglich-Oesterreichischer erster Kanzler. Franz Graf von Woyna. Nach Sr. k. k. Majestät höchst eigenem Befehle: Johann Nepomuk Freyh. v. Geißlern.“

# Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch.

## Einleitung.

### Von den bürgerlichen Gesetzen überhaupt.

Diese den drei Theilen des Gesetzbuches voran (absichtlich nicht an die Spitze des ersten Theiles, sondern ihm voraus) gestellte Einleitung behandelt die Lehre vom objectiven Privatrecht<sup>1)</sup>, freilich einerseits ohne den durch den Titel bezeichneten Stoff vollständig zu decken<sup>2)</sup> und nicht ohne andererseits umgekehrt durch ihren Inhalt die Ansicht geradezu herauszufordern, als hätten die in dieser Einleitung aufgestellten Rechtsnormen Anspruch auf Anwendbarkeit auch außerhalb der Grenzen des materiellen Privatrechtes.<sup>3)</sup> Denn diese Rechtsnormen<sup>4)</sup> betreffen ja theils das Gebiet selbst, auf welchem die gesetzgebende Gewalt soll thätig sein dürfen, indem sie ihr ihr Herrschaftsgebiet gegenüber Rechtsnormen anderer Art und fremdländischen Normen abstecken, theils den Anfang, die Bedeutung und die Dauer der Wirksamkeit der Gesetze — mit einem Worte, es handelt sich hier gar nicht um Fragen von bloß privatrechtlicher, sondern in der That um Fragen von staatsrechtlicher Bedeutung.

<sup>1)</sup> Bei dieser Auslegung nehmen wir das Wort „Gesetz“ in der Ueberschrift im weiteren Sinne; es im engeren zu nehmen, würde mit dem Inhalt der Einleitung in auffallendem Widerspruch stehen, denn sie handelt eben auch noch von ganz anderen Rechtsquellen, als bloß den Gesetzen im technischen Sinne, freilich nur, um diese anderen Rechtsquellen zu negiren.

<sup>2)</sup> Man vgl. nur, was die modernen Systeme (z. B. Unger System I Allg. Thl. Erste Abth., Windscheid Pand. Erstes Buch) in dieser Lehre besprechen, mit dem Inhalt unserer Einleitung. Insbesondere fehlt in dieser Einleitung die Lehre von der Anwendbarkeit der Privatrechtsnormen auf den Staat und dessen Oberhaupt sowie auf Fremde, und ist nur ein kleiner Theil der Lehre von den örtlichen Grenzen ihrer Anwendbarkeit behandelt.

<sup>3)</sup> Vgl. über diese praktisch keineswegs unwichtige Streitfrage vorzüglich Menger System I S. 86 f. Note 6. Wer übrigens die Frage verneint, braucht darum noch durchaus nicht anzunehmen, daß in Rücksicht der nicht das materielle Privatrecht betreffenden Gesetze in allen in unserer Einleitung behandelten Punkten andere Grundsätze gelten.

<sup>4)</sup> Also abgesehen von dem, was in unserer Einleitung nur definirenden oder eintheilenden Inhalts (§§. 1, 14) oder sonst so beschaffen ist, daß seiner Natur nach gesetzliche Bestimmungen darüber besser vermieden als gegeben werden sollten.

Diese Incongruenzen werden verständlich und die angedeuteten Zweifel werden zugleich behoben durch einen Blick auf die Entstehungsgeschichte unserer Einleitung.

Der größere Theil ihres Inhaltes fand sich, wenn auch in anderer Fassung, schon im westg. G. B. I. 1. Vieles aus diesem ersten Hauptstücke wurde jedoch ganz ausgeschieden, Anderes in das erste Hauptstück des ersten Theiles (correspondirend dem zweiten Hauptstücke des westg. G. B.) eingereiht, und Anderes umgekehrt aus dem zweiten Hauptstücke des westg. G. B. in die Einleitung gestellt.<sup>5)</sup> Schon die Landescommissionen hatten in ihren Erinnerungen bean-

<sup>5)</sup> Zeiller faßt den Inhalt von w. g. G. B. I 1 (Prot. 21. Dec. 1801) unter folgende Gesichtspunkte zusammen: a) Vorbegriffe von Recht, Staat, Staatszweck und Privatrecht überhaupt (§§. 1—9), b) Kundmachung der Gesetze (§§. 10, 11), c) Zeitpunkt der Verpflichtung (§§. 12, 20), d) Anwendung der Gesetze in Hinsicht auf Subject und Object (§§. 13—17, 19), e) Auslegung (§§. 18, 19, 21), f) Wirkung der Gewohnheiten, besondern Verordnungen und Statuten (§§. 22—25), g) Hauptgegenstände des Privatrechtes. Die ersten 8 Paragraphen zu streichen, weil sie „vielmehr in einen Lehrbegriff als in ein G. B.“ gehörten, hatte schon die vormalige Revisions-Hofcommission (oben S. 20), das niederösterreich. und böhm. App. Gericht, die obderennische Commission und die Wiener und Prager Universität beantragt. So beschloß auch die Commission. „Das Recht werde nämlich in dem Entwurfe so erklärt, wie dieses Wort die Moralisten für das sittlich Gute nehmen, und zwar diejenigen Moralisten, welche die Sittenlehre aus dem Principe der Glückseligkeit ableiten“ (vgl. Martini Lehrbegriff I S. 26 S. 84). Dieses Princip sei aber in der neueren Philosophie bereits widerlegt (vgl. Zeiller Nat. P. R. Einleitung, erster Abschnitt, bes. S. 12, S. 16) und es frage sich „hier an der Spitze der Rechtsgesetze nicht um das, was sittlich gut sei, sondern um das, wozu der Mensch ein strenges Recht habe.“ was er allerdings auch zu sittlich bösen Handlungen, durch welche er „andere nicht beleidigt“, haben könne, z. B. unmäßig zu leben, sein Vermögen zu verschwenden u. dgl. Man müßte also, wenn man das Recht im G. B. definiren wollte, etwa sagen, es „sei die Einschränkung der Freiheit auf diejenigen Handlungen, womit die freie Thätigkeit Anderer vereinbarlich ist . . .“ (vgl. Zeiller a. a. D. S. 3). Gleichermäßen würden im §. 4 die natürlichen Rechte mit den angeborenen verwechselt, da doch die natürlichen („d. i. die durch die Vernunft gegebenen“) Rechte in die angeborenen und erworbenen Rechte unterschieden würden; und ebenso definire der Entwurf die positiven Rechte falsch (vgl. Zeiller a. a. D. §§. 14, 18). Ueberhaupt würden diese Paragraphen passen in ein G. B. über „alle Zweige der Staatsgesetzgebung“ (nur würden sie richtiger gefaßt werden müssen), nicht aber in ein G. B. über einen einzelnen Zweig. Der Verfasser des Entwurfes habe diesen Paragraphen nur „nach dem Beispiele des römischen G. B. eine Art von Einleitung aus dem Naturrecht in das positive Recht“ aufstellen wollen; damit aber gebe man „ohne allen Nutzen nur Anlaß zu Grillereien und spitzfindigen Auslegungen.“ Der Rechtsgelehrte müsse solche Begriffe doch „aus der philosophischen Rechtslehre“ kennen; für alle anderen aber seien solche Begriffe (wie Staatszweck, Recht u. dgl.) bei ihrer „Allgemeinheit“ so inhaltsleer, daß sie dabei nichts zu denken wüßten, oder weil sie doch dabei etwas denken wollen, eine verkehrte Auslegung und Anwendung davon machen. In dem G. B. müßten eben „die zunächst anwendbaren, verständlichen Resultate vorgelegt, aber die Quellen davon, d. i. die allgemeinen Begriffe und Grundsätze, woraus sie fließen, müßten von dem, der sie nöthig hat, in der philosophischen Rechtslehre nachgesucht werden.“ — Gefrieden wurde ferner §. 13, da schon die Rev.-Commission bemerkt hatte, daß die Verpflichtung eines jeden Staatsbürgers, die allgemeine Wohlfahrt des Staates durch genaue Befolgung der Gesetze möglichst befördern zu helfen (vgl. A. R. Einleitung S. 73) eine völlig selbstverständliche sei. (Vgl. jedoch über die Bedenken der älteren Doctrin gegen eine so weit ausgedehnte Kraft der Gesetze Martini I S. 246, Weber Syst. Entw. der Lehre v. d. natürl. Verbindlichkeit, 5. Aufl. 1825 S. 162—175; auch Egger I S. 82 ff.). — Die §§. 14 und 16 w. g. G. B. wurden in das erste Hauptst. verweht, und ebenso ging §. 25 w. g. G. B. in §. 18 und 26 des a. b. G. B., §. 26 des w. g. G. B. in §. 16 a. b. G. B. über; §. 39 (aus dem zweiten Hauptst. w. g. G. B.) wurde, obwohl dessen Aufnahme beantragt war, als in die Gerichtsordnung zur Lehre von den Nullitäten gehörig, gestrichen (Prot. 18. Jänner 1802), §§. 49—54 (Rechtswohlthaten und Privilegien) kurz zusammengezogen und als §. 13 der Lehre vom objectiven Recht eingereiht. Da man sonach sehr wenig aus dem Inhalt des 2. Hptst. w. g. G. B. in die Einleitung übernahm, mußte aus dem verbleibenden Rest denn doch das erste Hauptstück formirt werden. Die Einleitung aber schloß sich nun, was die in ihr behandelten Materien anbelangt, mehr an das Jos. G. B. 1. Hptst., als an das w. g. G. B. 1. Hptst. an.

trägt, in den zwei ersten Capiteln des Entwurfs, „welche die Einleitung ausmachten“, mehrere Paragraphen zu streichen und die übrigen anders zu reihen. Diesen Antrag billigend, beschloffen die Redactoren (Prot. 21. December 1801), sich zuerst darüber zu einigen, was wegzulassen, was beizubehalten und zu berichtigen sei und erst am Schluß der als zusammenhängend erkannten zwei ersten Capitel die Ordnung der beibehaltenen Paragraphen festzustellen — ein Beschluß, auf welchen die Redactoren noch wiederholt bei der Verathung dieser beiden Capitel zurückkamen. Nachdem diese Capitel erledigt waren, erklärte denn auch (Prot. 8. Febr. 1802) der Referent, er werde nun die allgemeine Einleitung aus dem angenommenen Material entwerfen und diesen Entwurf wegen der Wichtigkeit des Gegenstandes erst bei den Mitgliedern der Commission circuliren lassen. Dieser sein Entwurf scheint nicht erhalten zu sein,<sup>6)</sup> und auch von einer besonderen Verathung über die Reihung der in die Einleitung einzustellenden Paragraphen findet sich keine Spur; es darf aber wohl angenommen werden, daß der Entwurf wenigstens was die darin aufgenommenen Materien anbelangt, von der gegenwärtigen Gestalt der Einleitung nicht abwich; denn schon in der Sitzung vom 11. Jänner 1802 bei der Verathung über die „Haupteintheilung des bürgerlichen Rechtes“ (§. 14 a. b. G. B.) war jene Eintheilung, die Zeiller für die richtige hielt, abgelehnt worden;<sup>7)</sup> und da er seine weiteren Anträge gewiß

<sup>6)</sup> Wenigstens findet er sich nicht in den Protokollen.

<sup>7)</sup> Zeiller erklärte sich mit der Eintheilung des Entwurfs (Personen-, dingliches und persönliches Sachenrecht) „im Wesentlichen“, da sie „ihren natürlichen Grund habe und den Rechtsgelehrten aus der römischen Jurisprudenz geläufig sei“ einverstanden; „doch mit nachstehender Abänderung: Die ersten zwei Capitel des Entwurfs würde er in der Form einer Einleitung: „Von den bürgerlichen Gesetzen und Rechten überhaupt“ in eines zusammenschmelzen; dann aber die Rechte in solche, die aus Familienverhältnissen entspringen und in solche eintheilen, die ohne Rücksicht auf Familienverhältnisse auf Sachen erworben werden; die letzteren zerfielen in die dinglichen und in die persönlichen.“ Er führte aus (s. bei §. 14), daß der Begriff Personenrecht ein mehrdeutiger und irreführender sei und daß er in der einzigen Gestalt, in welcher ihm ein gewisser Werth beigelegt werden könne, weit mehr (die ganze Lehre vom status im weitesten Sinne) umfasse, als in einem bürgerlichen Gesetzbuche vorgetragen werden könne, so daß eine „solche Eintheilung der Personenrechte . . . nur in eine allgemeine Einleitung, die sich zugleich auf die Civil- und auf die politische Gesetzgebung bezöge, gehören würde“ — während der vorliegende Entwurf „in den nachfolgenden Capiteln von keinem andern bürgerlichen Zustande als von dem Familienzustande“ handle. — Diesen Ausführungen gegenüber waren allerdings alle Stimmen einig, daran festzuhalten, daß die beiden ersten Hauptstücke in eine Einleitung zusammengezogen werden sollten und es ist offenbar, daß diese Einleitung darum nicht in, sondern vor den ersten Theil gestellt wird (ebenso steht es mit dem titre préliminaire des Cod. civ. und der ihm nachgebildeten Gesetzbücher, mit der Einleitung des A. L. R., dem Abschnitt „Von der Anwendung der Rechte“ im Zürcher'schen G. B., und ebenso hält es das sächsische G. B., indem es die Lehre von den Gesetzen in die allg. Bestimmungen einreihet; im Cod. Max. steht sie dagegen im ersten Buch, und im hess. Entwurf fehlt sie ganz), weil schon durch ihre Stellung ausgedrückt werden soll, daß sie nicht nur für den ersten, sondern für alle Theile des G. B. Bedeutung haben soll. (Das tritt ganz deutlich in Ansehung der den zweiten Theil einleitenden §§. 285—308 hervor. Prot. 6. Juli 1807: „Beiden [den dinglichen und persönlichen Sachenrechten] müßten . . . einige allgemeine Begriffe über Sachen, deren rechtliche Eintheilung und über die Eintheilung der Sachenrechte vorausgeschickt werden, was in dem Urentwurf im ersten Hauptst. des II. Thl. geschieht. Allein diese Vorbegriffe machen eigentlich weder ein Hauptstück blos des dinglichen noch des persönlichen Rechtes aus, sondern bezögen sich als eine specielle Einleitung auf beide. Daher werde Ref. nach der Aufschrift: „Zweiter Theil. Vom Sachenrecht“ ohne Aufschrift eines Hauptstückes setzen: „Von der rechtlichen Eintheilung der Sachen und der Sachenrechte.“ Allenfalls könnte man vorsezen: „Einleitung.“ Dann werde folgen: „Erste Abtheilung“ u. f. w.) Ebenso scheint darüber nicht der geringste Zweifel bestanden zu haben, daß der Inhalt dieser Einleitung nur auf die Gegenstände des b. G. B. Beziehung habe. Rücksichtlich der Eintheilung des G. B. aber glaubte man sich — sagt das Prot. — weder mit der Eintheilung des Ref. noch mit der des Entwurfs befriedigen zu können, verschob aber einen positiven Beschluß bis zur Vereinigung des zweiten Capitel.

im Sinne der bereits feststehenden Beschlüsse redigirte, ergab sich fast von selbst, daß nur Das in die Einleitung aufgenommen werden konnte, was wir im Gesetzbuche von 1811 in dieselbe eingereiht finden.<sup>8)</sup> Daß aber diese Einleitung nach ihrem ganzen Inhalt nur eine Einleitung zum bürgerlichen Gesetzbuch zu bilden bestimmt war, ergibt sich schon daraus, daß alle Redactoren darüber einig waren, es sollen die zwei ersten Hauptstücke zu einer Einleitung verschmolzen werden.

Das Nämliche beweisen auch die Berathungen über den Titel der Einleitung. Wie im Josephinischen Gesetzbuch, wo das erste Hauptstück überschrieben war: „Von den Gesetzen“, lautete die Ueberschrift des ersten Hauptstückes auch im westgalizischen Gesetzbuche sehr allgemein: „Von Rechten und Gesetzen überhaupt.“ Und so lange man mit dem ersten Abschnitt des Gesetzbuches „eine Art von Einleitung aus dem Naturrecht in das positive Recht“ aufstellen wollte, konnte von Beschränkung dieser Einleitung auf rein privatrechtliche Sätze nicht wohl die Rede sein.<sup>9)</sup> Erst in der von Zeiller (Note 7) beantragten Aufschrift: „Von den bürgerlichen Gesetzen und Rechten überhaupt“ tritt die Beschränkung auf das Privatrecht klar bewußt hervor. Bald aber meinte er selbst, noch präciser sein zu können.<sup>10)</sup> Bei Beginn der zweiten Lesung fand er nämlich, die Rubrik: „Von den bürgerlichen Gesetzen überhaupt“ sei dem Inhalt der Einleitung nicht angemessen und zu allgemein, „weil hier nur von den Gesetzen des bürgerlichen Privatrechtes die Rede sei.“ Man unterscheide in der Wissenschaft „zwischen Staatsgesetzen (leges civitatis), welche alle Arten der im Staat gegebenen Gesetze unter sich begreifen, und bürgerlichen (Civildgesetzen, leges civiles), welche nur das Privatrecht zum Gegenstand haben“ (vgl. S. 117 N. 1). Darum beantragte er die Rubrik: „Von den Gesetzen des Privatrechtes überhaupt“ — und dieser Antrag gelangte nur darum nicht zur Annahme, weil die Commission fand, es sei demselben schon durch den bereits angenommenen Titel Genüge geleistet.<sup>11)</sup> Hiernach ist klar, daß, mögen auch einzelne Sätze der Einleitung nicht bloß von den Rechtsnormen des Privatrechtes wahr sein,<sup>12)</sup> diese Einleitung doch nur von diesen zu gelten beabsichtigt.<sup>13)</sup>

<sup>8)</sup> Der nämliche Stoff fand sich in der Einleitung schon in dem bei der zweiten Lesung zu Grunde liegenden Entwurfe.

<sup>9)</sup> Auf diesem Standpunkt stehen auch noch die Erinnerungen des n. ö. App. Gerichts und der Wiener Universität, welche die Aufschrift im Entwurf ersetzt wissen wollten durch die Rubrik: „Von den Gesetzen überhaupt“ — „weil durch die Gesetze die Rechte bestimmt würden.“ Dieser Antrag geht also noch durchaus nicht dahin, in der Einleitung nur die Lehre vom objectiven Recht abzuhandeln; ja er enthält auch nicht einmal eine Beschränkung auf (objectives und subjectives) Privatrecht.

<sup>10)</sup> Bei Beginn der zweiten Lesung (Prot. 4. Mai 1807) führte die Einleitung die Aufschrift: „Von den bürgerlichen Gesetzen überhaupt.“ Es war also der Antrag Zeiller's zwar angenommen, aber mit Rücksicht auf den in der vorigen Note erwähnten Antrag verkürzt worden.

<sup>11)</sup> Mit Zeiller stimmten Nischen und Pratobevera. Sonnenfels und Pitreich stimmten für Beibehaltung der schon angenommenen Aufschrift, theils aus der vom Ref. selbst angeführten Begründung, theils weil sie dem Sprachgebrauch entspreche, „diese Bestimmung auch die eigentliche sei“ und man nicht wisse, was man dem bürgerlichen Privatrecht entgegensetzen könne. Wesentlich übereinstimmend bemerkte Haan: Es komme auf den Titel des ganzen G. B. an. Seit Jahrhunderten werde ius civile durch „bürgerliches Recht“, „bürgerliche Gesetze“ verdolmetscht und darunter das bürgerliche Privatrecht verstanden. Eine neue Benennung sei zwecklos, und die Grenzlinien des bürgerlichen Rechtes ergäben sich aus den anderen Zweigen der Gesetzgebung von selbst. So wurde die vom Ref. angefochtene Aufschrift definitiv beibehalten.

<sup>12)</sup> Die Redactoren trachteten aber allerdings, solche Sätze von allgemeiner Tragweite abzustoßen. Das geschah z. B. mit dem zweiten Satze des §. 10 w. g. G. B. Vgl. folg. Note.

<sup>13)</sup> Die gleiche Meinung vertritt auch Menger a. a. O., woselbst auch literarische

## §. 1.

Begriff des bürgerlichen Rechtes.<sup>\*)</sup>

Der Inbegriff der Gesetze, wodurch die Privat-Rechte und Pflichten der Einwohner des Staates unter sich bestimmt werden, macht das bürgerliche Recht in demselben aus.

I. Bürgerliches und Privatrecht. Die (§. 116 bei und in Note 11) mitgetheilten Aussprüche der Redactoren, in welchen sie sich ex professo über den von ihnen eingehaltenen Sprachgebrauch erklären, lassen keinen Zweifel daran übrig, daß dem Gesetzbuch die Begriffe Privatrecht, bürgerliches Recht (jus civile), bürgerliches Privatrecht<sup>1)</sup> vollkommen identisch sind.<sup>2)</sup> Und wie dieser Sprachgebrauch seit Jahrhunderten (vorige Note 11) der herrschende gewesen war, so darf er auch heut noch als der herrschende bezeichnet werden,<sup>3)</sup> obwohl gegen seine Richtigkeit immer wieder Zweifel rege gemacht worden sind.<sup>4)</sup> Soweit

Nachweisungen und Belege aus der Praxis des ob. Gerichtshofes beigebracht sind: Für die hier vertretene Anschauung: Sammlung Nr. 1850 und 2887, dagegen: Nr. 1986 (bei Menger verdruckt 1996). Ausschlaggebend dafür, daß die Einleitung sich nur auf privatrechtliche Gesetze bezieht, ist das Motiv der Streichung von w. g. G. B. I §. 10 a. E.: „Dieses sei eine politische, auf alle Arten der Gesetze sich beziehende, folglich hierher nicht gehörige Veranstaltung“ (Prot. 21. Decemb. 1801).

<sup>\*)</sup> Literatur: Pratoberera Mat. I §. 1 ff., Berger Zeitschr. für Rechts- und Staatswissenschaft 1846 I S. 1—16, Unger I S. 1 ff., Wächter Würt. Pr. R. I §. 1 ff., II §. 1, Savigny Syst. I S. 21 ff., Arnolds Civ. Schr. III S. 109 ff., 125 ff., Stahl Philof. des Rechts II I S. 300 ff., Bluntschli Krit. Ueberschau III Nr. X, Allgemeines Staatsrecht (5. Aufl.) S. 1 ff., Ehöl Einleitung S. 44, Geher Rechtsphilosophie S. 200 ff., Beseler Syst. §§. 6, 7, Bähr Der Rechtsstaat (1864), Keuner Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse (Kiel 1866), Dernburg I S. 55 f., Ahrens in Holtenborff's Encycl. I S. 47 ff. (2. Aufl.), Bruns ebenda S. 317, Brinz Pand. (2. Aufl.) §§. 24, 68.

<sup>1)</sup> Dieser, h. z. E. außer Gebrauch gekommene Terminus ist der älteren, namentlich der naturrechtlichen Doctrin eigen. Da sie es liebte; — und dieser Sprachgebrauch ist auch heut nicht selten z. B. Brinz Pand. (zweite Aufl.) S. 90 f. — jeden Rechtsatz ein Gesetz zu nennen (vgl. z. B. Martini I S. 69: „Eine Richtschnur von Handlungen wird im weitesten Verstande ein Gesetz genannt;“ Donner §. 6, der die bürgerlichen Gesetze in die geschriebenen und ungeschriebenen eintheilt; bei Kreittmayr I S. 5 ist der Gegensatz des Gesetzes der Rath; vgl. auch ebb. S. 10): so war ihr (veranlaßt durch §. 1. J. de iuro nat. 1, 2) das Epitheton bürgerlich gleichbedeutend mit positiv, ein bürgerliches Gesetz also ein Staatsgesetz (gleichgiltig dann, ob es in's Privat- oder öffentliche Recht im heutigen Sinne einschlug) im Gegensatz zum natürlichen Recht, das keinen Staat voraussetzt. In diesem Sinne stellt diese Doctrin das „Privatrecht im Staate“ in das natürliche Staatsrecht. Vgl. z. B. Kant Met. Anfangsgr. der Rechtslehre (Werke IX S. 47), Höpfer §. 30: „Jus civile . . . heißt das Recht, welches in einem einzelnen Staate gilt, was wir positives, willkürliches Recht nennen.“ Wiener Heineccius I S. 21, Donner §. 4: „Die bürgerlichen oder weltlichen Gesetze . . .“ Martini I §§. 234, 241 f. Zeiler R. P. R. S. 14. Egger Natürl. öff. Recht I S. 32 f., 67 f. Schon der D. L. R. Haan jedoch (Prot. 21. Dec. 1801) fand in dem Terminus „bürgerliches Privatrecht“ eine Tautologie; er kömmt jedoch zuweilen auch heut noch vor z. B. in den ungarischen Index-Curial-Conferenzbeschlüssen, wo er nicht nur das materielle allgemeine Privatrecht, sondern auch das Civilverfahren bezeichnen soll, das Aeltere (z. B. Heß §. 18) gerne nicht in das öffentliche, sondern in's Privatrecht stellten.

<sup>2)</sup> Darüber sind denn auch die österr. Civilisten einig. Vgl. Berger S. 2. Der §. 1 könnte also, ohne daß sein Sinn dadurch verändert würde, auch umgekehrt lauten: „Der Inbegriff der Gesetze, wodurch die bürgerlichen Rechte . . . bestimmt werden, macht das Privatrecht . . . aus.“ Dies bleibt wahr, selbst wenn man die Nebenbedeutung des Begriffes „bürgerliches Recht“ (= positives Recht, Note 1, 5, 34) betont; nur wäre unter dieser Voraussetzung die eine, wie die andere Fassung der Definition ungenau — die eine zu eng, die andere zu weit.

<sup>3)</sup> Vgl. bes. Arnolds Civ. Schr. III S. 109 f. In der heutigen juristischen Literatur wird meist von Privatrecht gesprochen; aber die privatrechtlichen Gesetzbücher heißen auch heut noch regelmäßig „Bürgerliches G. B.“.

<sup>4)</sup> So erklärt Falk (Jur. Encyclop. 5. Aufl. v. Thering 1851 §§. 21, 26 f.),

dieser Streit ein bloß terminologischer ist, möchte er auf sich beruhen;<sup>5)</sup> soweit es sich aber darum handelt, die Grenzlinien des Privat- (oder bürgerlichen) Rechtes weiter oder enger als bisher zu ziehen, betrifft dieser Streit Fragen von der ersten Bedeutung und großer wissenschaftlicher wie praktischer Tragweite.<sup>6)</sup> Diese Fragen in ihrem ganzen Umfang zu lösen ist hier der Ort nicht; aber es kann und muß doch die in Ansehung ihrer zu nehmende Stellung angedeutet werden. Das aber geschieht durch Untersuchung der allerdings hieher gehörigen Frage nach dem begrifflichen Wesen des Gegensatzes zwischen öffentlichem und Privatrecht. Ist dieser ein erschöpfender, trägt das Privatrecht<sup>7)</sup> insofern<sup>8)</sup> einen einheitlichen Charakter, daß zwischen ihm und dem öffentlichen Recht kein drittes selbständiges Glied Platz hat, dann haben wir es mit feststehenden Größen zu thun, und es kann von da aus nicht schwer werden, auch über die weiter gehenden Fragen ein Urtheil zu gewinnen.

II. Öffentliches und Privatrecht. Im Rechte der Römer, denen gewiß mit Recht nachgerühmt wird, es bleibe ihr „großes welthistorisches Verdienst, daß sie zuerst diesen Gegensatz wissenschaftlich erkannt und in ihrer Rechtsordnung durchgebildet“ haben,<sup>9)</sup> ist er gewiß als ein erschöpfender aufgefaßt: *Publicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat, 10) privatum, quod*

davon ausgehend, daß das öffentliche Recht das Recht der Gebietenden, das Privatrecht das der Gehorchenden sei, das Privatrecht für den weiteren Begriff, der da umfasse das bürgerliche, das Kirchen-, Polizei-, Criminal- und Proceßrecht; vgl. gegen diese Auffassung Warnkönig Jur. Encyclop. (1853) §. 49. Ebenso ist nach Berger Privatrecht der weitere Begriff; das bürgerliche Recht soll nur das Vermögensrecht (genauer: das Besitz- und Verkehrsrecht) in sich fassen, das Privatrecht dagegen außer diesem auch noch Familien- und Staatsrecht. Umgekehrt ist für von Stein Gegenwart und Zukunft der Rechts- und Staatswissenschaft Deutschlands S. 123 ff., S. 220 ff. der Begriff des bürgerlichen Rechtes der weitere, dem sich das Privatrecht, das Handelsrecht und das Gesellschaftsrecht als seine Theile unterordnen.

<sup>5)</sup> Daß Privatrecht und bürgerliches Recht etymologisch nicht gleichbedeutend sind, versteht sich von selbst. Das erstere weist auf das Individuum als solches als seinen Mittelpunkt, das letztere deutet darauf, daß das fragliche Recht den Bürgern eines Staates eigentümlich oder angehörig (. . . id ipsius [populi] proprium est . . . ius proprium ipsius civitatis . . . Gaj. I §. 1) sei, hat aber sodann wieder (in den Quellen des römischen Rechtes), je nach den Gegensätzen, die ihm gegenüber gestellt werden, sehr verschiedene Bedeutungen. Vgl. M. Voigt an sehr zahlreichen Stellen seines *ius nat., aequum et bonum und ius gentium der Römer* (1856 ff.) namentlich IV Beilage IX („Ueber den Begriff von civile“), Wiener Heineccius a. a. D., Glück I S. 85.

<sup>6)</sup> Es begreift sich, daß eine Erweiterung oder Verengung des bisherigen Gebietes durchaus nicht gleichgiltig wäre für die Tragweite auch der früheren Bestandtheile (bez. des verbleibenden Restes); sofort würde sich eine andere systematische Gestalt, andere Analogien u. s. w. ergeben, denn „das Verständniß des inneren Zusammenhanges der Rechtsnormen . . . ist ebensovienig bedeutungslos für die Auslegung und die widerspruchslose und gleichmäßige Verwirklichung der geltenden Normen, wie für deren Fortbildung. Das Recht ist nicht eine Summe von isolirt stehenden Geboten und Verboten, es ist ein Ganzes innerlich zusammenhängender Bestimmungen und will in diesem Sinne seine Verwirklichung finden.“ Merkel in Grünhut's Zeitschr. I S. 420.

<sup>7)</sup> Daß wir, solange die Identität von Privat- und bürgerlichem Recht bestritten ist (Note 4), von dem ersteren ausgehen, rechtfertigt sich durch Note 1 und 5.

<sup>8)</sup> Es darf nicht verlangt werden, daß die Begriffe Privat- und öffentliches Recht in sich vollkommen geschlossene und einheitliche seien: — *publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit. Privatum ius tripartitum est: collectum etenim est ex naturalibus praeceptis, aut gentium aut civilibus. L. 1 §. 2 D. de J. et J. 1. 1.*

<sup>9)</sup> Bluntzschli Krit. Ueberschau III S. 229. Allgemeines Staatsrecht S. 1.

<sup>10)</sup> Brinz (zweite Aufl.) §. 24: „Der Römer kennt keine Publicität als die des Staates, keine öffentlichen Rechte als die staatlichen Gewalten und Gerechtfame.“ §. 68: „Die Rechte sind sämmtlich theils öffentliche, theils privatrechtliche.“ Aber Brinz findet doch schon im röm. Begriff des öffentlichen Rechtes auch das Proceß- und Strafrecht umfaßt (während Savigny I S. 27 neben die Einteilung von Staats- und Privatrecht,

ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim (L. 1 §. 2 D. de J. et J. 1. 1, §. 4 J. de J. et J. 1. 1). Diese „römische Bestimmung“ ist auch heut noch „die einzig richtige und auch völlig zureichende.“<sup>11)</sup> Es handelt sich nur darum, was dieser viel und verschieden interpretirte Ausspruch Ulpian's bedeute. „Am leichtesten mußte erkannt werden, daß die Eintheilung sich nicht nach dem Objecte machen läßt, indem dieselben Objecte . . . Gegenstand des Privat- und öffentlichen Rechtes sein können. Dagegen hat man alle möglichen Wendungen versucht, um die Eintheilung an das Subject, und zwar an den Gegensatz der Gesamtpersönlichkeit des Staates zu der Einzelpersönlichkeit und ihre abstract aufgefaßten Verhältnisse anzuknüpfen.“<sup>12)</sup> Aber keine von diesem Gesichtspunkte aus gemachte Eintheilung kann genügend sein,“ da „doch auch der Staat, die Provinzen, Gemeinden in Privatrechtsverhältnissen stehen können und dann vor den gewöhnlichen Civilgerichten Recht nehmen müssen, und ihrerseits auch die Einzelnen . . . in öffentlich-rechtlichen Verhältnissen stehen.“<sup>13)</sup> „Das Princip kann nur im Inhalt und Zwecke des objectiven wie des subjectiven Rechtes liegen.“<sup>14)</sup> Diese Zwecke, deren Erreichung die Rechtsordnung dient, sind theils Sonderzwecke, die von den Einzelnen zu realisiren sind, theils Gesamtzwecke, deren Realisirung einem höheren selbständigen Organismus, der die Interessen einer Gesamtheit vertritt,<sup>15)</sup> anheimgegeben ist.<sup>16)</sup> Allerdings kann aber nicht nur die Anschauung darüber, welche

um jene beiden Zweige nicht auszuschließen, die weitere Eintheilung in öffentliches und Privatrecht stellt), und erklärt (S. 220), daß in „Corporationen . . . trotzdem sie . . . Privatverbindungen sind, das Wesen der öffentlichen Rechte . . . oft reiner zum Ausdruck gelange, als im Staate.“

<sup>11)</sup> Bruns in Holtendorff's Encyclop. I S. 317.

<sup>12)</sup> So sehr entschieden z. B. Kierulff Theorie S. 6. Kunze Cursus §§. 9, 353. Keller Pand. S. 2. Warnkönig S. 42. Vgl. dagegen schon Schuster Comm. S. 30: „Das Object des Privatrechts sind Privatgeschäfte und die Verschiedenheit des Subjectes kann daher solche der Wirksamkeit der Justizstellen nicht entziehen.“

<sup>13)</sup> Ahrens in Holtendorff's Encycl. I S. 48.

<sup>14)</sup> Bruns a. a. D. Vgl. Beseler Syst. (3. Aufl.) §. 7, Savigny Syst. I S. 23, Buchta Pand. u. Vorl. §. 33, Stahl Philos. d. Rechtes II 1 S. 300 f., 302, 304 f., Neuner Wesen und Arten der Privatrechtsverh. S. 1, 9, 130, 131, Dernburg I S. 55, Brinz Pand. (zweite Aufl.) S. 220; von Kelter z. B. Kreittmayr I S. 55, Donner §. 3, die alle die Verschiedenheit der „Zwecke“, des „Inhalts“, der „Grundlagen“ des öffentlichen und des Privatrechts betonen.

<sup>15)</sup> Dahin gehört noch nicht die Familie (um die Familie im Privatrecht unterzubringen, stellte das Naturrecht die Kategorie des gesellschaftlichen [Privat-] Rechtes auf, vgl. Zeiller N. Pr. R. §§. 13, 143 ff., 155 ff.), aber es gehört dahin auch nicht nur der Staat, auf welchen allein die Meisten (so auch neuestens Menger S. 12; vgl. auch Prot. 6. Juli 1807, wo es heißt, „daß auch die Gemeinden in Hinsicht auf den Staat als Privaten zu betrachten sind“ und Note 10) den Begriff des öffentlichen Rechtes abstellen. Geyer Geschichte und System der Rechtsphilosophie S. 200, Ahrens S. 48 f.; vgl. noch Bluntzschli Krit. Ueberschau III S. 229 ff.; Allgemeine Staatslehre S. 5 („Aber es gibt kein drittes selbständiges Gebiet zwischen jenen beiden“ — dem öffentlichen und Privatrecht); Bähr Der Rechtsstaat S. 18 ff., 44 ff., Kössler Verwaltungsrecht I §. 8, Bruns in Holtendorff's Encyclop. I S. 316, — wonach denn freilich die Meinungen über diese Seite der Frage noch weit auseinandergehen.

<sup>16)</sup> Der gleiche Gesichtspunkt ist auch maßgebend für die Natur der einschlägigen subjectiven Rechte. (Brinz Pand. Zweite Aufl. §. 68. Anders Stahl S. 305, der denn auch Indigenat, Auswanderungsbefugniß, Steuerfreiheit u. dgl. zu den Privatrechten zählt.) Sie sind öffentliche oder private, je nachdem sie einer Norm entspringen, die zunächst einen öffentlichen oder einen Privatweck zu verfolgen bestimmt ist. Nicht entscheidend für ihr Wesen ist es dagegen (obgleich man nach der Mehrzahl der herkömmlichen Definitionen von öffentlichem und Privatrecht zur gegentheiligen Annahme gedrängt werden müßte), ob diese Rechte einer Gesamtheit (insbesondere dem Staate), oder einem Einzelnen zustehen; wem und welchem Zwecke das Recht in concreto dient, ist für sein Wesen nicht entscheidend, sondern entscheidend ist nur, ob das subjective Recht vom objectiven geschaffen

Zwecke als Sonder- und welche als Gesamtzwecke anzusehen seien, Veränderungen unterliegen und hat auch in wichtigen Punkten im Laufe der Zeit bedeutende Schwankungen durchgemacht,<sup>17)</sup> sondern, — und dies ist noch bedeutend wichtiger — es ist mit aller Entschiedenheit zu betonen, „daß beide Zwecke, ein jeder nur nach einer anderen Seite, alle Personen, physische und juristische (im weitesten Sinne) und alle Objecte ergreifen, und daß daher Privat- und öffentliches Recht nur zwei Seiten eines jeden Lebenskreises sind.“<sup>18)</sup> Ob ein

wurde behufs der von der Gesamtheit oder der von den Einzelnen zu verwirklichenden Zwecke. So ist das Eigenthum ein privatrechtliches Institut, und ändert seine Natur nicht, auch wenn es dem Staate zusteht (§. 290 a. b. G. B. und Pfleger Prot. 20. Nov. 1809: „... auch ein Staatsgut könne vermittelt einer allen Bürgern gemeinschaftlichen Erwerbungsart z. B. des Kaufes erworben worden sein“), trotzdem es einem öffentlichen Zwecke dienen mag; ebenso ist ein Lieferungsvertrag ein privatrechtliches Geschäft, und bleibt dieses auch dann, wenn der Staat „durch eine politische Behörde einen Lieferungsvertrag auf Getreide errichten läßt“ (Schuster Comm. S. 30, Wächter I S. 6), mag auch das Getreide zur Verpflegung der Kriegsmacht des Staates bestimmt sein; das Gleiche gilt von einer Pachtung, „auch wenn von Staatswegen Domänen zum Gegenstand des Geschäftes gemacht sind“ (Weseler I S. 18); denn das Recht aus solchem Vertrag kann mit allen ihm zukommenden Qualitäten auch bestehen als Recht eines Privaten zu Speculations- oder sonstigen Privatzielen. Wie der Anspruch eines Privaten auf Ausführung eines übernommenen Auftrags oder einer zugesagten Dienstleistung und der Gegenanspruch auf die zugesagte Belohnung privatrechtliche sind, so auch überwiegend die Ansprüche öffentlicher Organismen gegen ihre Beamten auf Leistung der Dienste und dieser gegen jene auf das zugesagte Entgelt (Besoldung, Pension; vgl. z. B. Baron Pand. S. 308. Staatsgrundgesetz N. Dec. 1867 R. G. B. Nr. 143 über die Einsetzung eines Reichsgerichtes Art. 3 lit. a. v. Hye Sammlung der . . . Erkenntnisse des k. k. österr. Reichsgerichtes 2 Theil. [1874, 1876] Nr. 27, 32, 43, 47, 50, 60, 61, 81, 93, 95; ungenau Schuster Comm. S. 26), und ein Darlehen hört auch dadurch, daß es vom Staate gegeben oder empfangen wird, nicht auf, ein privatrechtliches Verhältnis zu sein. Ganz richtig schon (fast wörtlich Höpfner S. 33 folgend) der Wiener Heineccius I S. 22: Zum Staatsrecht (= öffentliches Recht) gehören „nicht die Rechte, die ihm (dem Staate) z. B. kraft eines mit den Unterthanen geschlossenen Contractes u. dgl. zukommen,“ wohl aber „das Recht, Gesetze zu geben und zu vollstrecken, das Recht, Steuern anzuschreiben, das Recht zum Kriege und Frieden, das Recht, von den Unterthanen Gehorsam zu fordern, die Verbindlichkeit, die Unterthanen zu schützen, ihnen sowohl innere als äußere Sicherheit zu verschaffen, die Aufklärung zu fördern u. s. w.“ Umgekehrt gibt es eine lange Reihe öffentlicher, weil zur Erreichung öffentlicher Zwecke geschaffener, Rechte, die Einzelpersonen zustehen, wie das politische Wahlrecht, Petitionsrecht, das Vereins- und Versammlungsrecht, der Anspruch des Einzelnen auf (obrigkeitlichen, nicht eigenmächtigen) Schutz seiner Rechte (Ceyer S. 204, Menger S. 14 f., Bar in Holtenborff's Encyclop. I S. 560); selbst Rechte, die einem Einzelnen gegen einen anderen Einzelnen zustehen, müssen nicht nothwendig Privatrechte sein, vgl. z. B. Reichswasserrechtsgesetz 30. Mai 1869 R. G. B. Nr. 93 S. 15. Wächter I S. 5. Und so wenig das berechnete Subject, so wenig ist die Art der vorgekehrten Rechtsverfolgung das für entscheidend, ob ein Recht ein öffentliches oder Privatrecht sei. Ist es auch Regel, daß Privatrechte vor den Civilgerichten, öffentliche wenigstens der Regel nach (abgesehen von Strafsachen) überhaupt zunächst nicht vor Gerichten anzutragen sind, so kommt doch auch das Gegenteil vor, daß Privatrechte vor Strafgerichten oder selbst administrativen Behörden, öffentliche Ansprüche vor einem (Nichtstraf-) Gericht (Reichsgericht, Verwaltungsgerichtshof) geltend zu machen sind. Vgl. Wächter I S. 7 f., Bähr S. 71 ff., und Näheres bei Menger §§. 1—3, 17. Endlich sind auch die sonstigen Charaktere, durch welche man die öffentlichen und Privatrechte von einander zu sondern pflegt (öffentliches Recht sei zugleich öffentliche Pflicht, auf Privatrechte dagegen könne verzichtet werden u. s. w.) wenigstens nicht in durchgreifender Weise zutreffend. Winwarther (2. Aufl.) I S. 45 ff., Bluntschli Allg. Staatsrecht S. 3 f., Ceyer S. 201, Köstler a. a. D., Dernburg S. 55, Brinz S. 220.

<sup>17)</sup> Vgl. besonders Weseler I S. 18 f.: Ständewesen, Lehnenrecht (das in der älteren Doctrin dem Privatrecht gern coordinirt wurde z. B. Kreittmayr Ann. I S. 57, Jordan I S. 4), Corporationen, Regalien, Vormundschafswesen, Grundbesitz, Behandlung von Theilen des Eherechts im Kirchenrecht, von Theilen des Civilprocesses und des Strafrechts im Privatrecht u. dgl.

<sup>18)</sup> Ahrens a. a. D. Köstler a. a. D. (Text nach Note 9). Selbst das Recht,

Rechtseinstitut dem öffentlichen oder dem Privatrechte angehöre, entscheidet sich danach, ob von den ihm inwohnenden Zwecken der Gesamt- oder der Privat-zweck überwiegt, man hat also „zu prüfen, auf welcher Seite bei den zweifelhaften Rechtseinstituten der eigentliche Schwerpunkt für das Rechtsleben der Gegenwart zu suchen ist, und danach die Classification vorzunehmen.“<sup>19)</sup> Das Privatrecht aber ist in dieser Auffassung „das Ganze der Rechtsnormen, nach welchen alle Glieder der Staats- und Gesellschaftsordnung ihre Sonderzwecke als ihr Sonderwohl, in Selbstbestimmung durch sich und für sich erstreben können.“<sup>20)</sup>

III. Redactions-geschichte. Den Redactoren lag (Prot. 21. Dec. 1801) bei der ersten Lesung nicht nur die Definition des westgalizischen Gesetzbuches,<sup>21)</sup> sondern auch eine etwas erweiterte, von der Revisionscommission vorgeschlagene Fassung vor, und diese bildete die Grundlage ihrer Berathung. Die Fassung wich von der des westgalizischen Gesetzbuches insofern ab, als es hieß: „Einwohner des Staates nach ihren mannigfaltigen Interessen bestimmt“ und am Schluß: „Gesetzbuche für alle böhmischen und österreichischen Erbländer enthalten.“ Beide Zusätze wurden auf Antrag des Referenten verworfen; der erste, weil „die Verhältnisse der Einwohner, worunter auch der Landesfürst gehöre, theils öffentliche, theils Privatverhältnisse seien,“ das Gesetzbuch aber nur von den letzteren handle, der zweite, weil er in das Rundmachungspatent gehöre. Eine sehr kurz formulirte Definition, die Referent beantragte,<sup>22)</sup> erschien der Majorität als eine zu weit gehende Aenderung am Text des Entwurfs; ebenso lehnte sie es ab, das Wort „Einwohner“ durch „Bürger“ zu ersetzen, oder „Unterthanen und Einwohner“ neben einander zu stellen;<sup>23)</sup> sie strich nur das

welches den Typus des Privatrechtes am vollständigsten an sich trägt, das Eigenthum, unterliegt den mannigfaltigsten Einwirkungen öffentlich-rechtlicher Zwecke (gesetzliche Beschränkungen seiner Ausübung im Interesse der Landescultur, der Sicherheit u. s. w., Expropriation). Eben dadurch wird das zu Note 17 erwähnte Schwanken der Anschauung möglich.

<sup>19)</sup> Beyer S. 19, Meyer S. 200. Darum ist es so schwierig, eine positive Definition des Privatrechtes aufzustellen, die mehr ist als eine bloße „Nominaldefinition“ (Unger Syst. I S. 4 Note 10. Vgl. Meuner S. 14). Sie kann nur das Ergebniß einer Prüfung aller Rechtseinstitute nach dem bezeichneten Gesichtspunkt sein. Vgl. Harum in Hamerl's Mag. XV S. 155 ff.

<sup>20)</sup> Ahrens S. 49.

<sup>21)</sup> B. G. G. B. I §. 9: „Der Inbegriff aller Gesetze, wodurch die wechselseitigen Rechte und Pflichten der Einwohner des Staates unter sich bestimmt werden, macht das bürgerliche Privatrecht desselben aus. Dieses Privatrecht ist im gegenwärtigen Gesetzbuche enthalten.“

<sup>22)</sup> „Die bürgerlichen Gesetze bestimmen die wechselseitigen Privatrechte und Pflichten der Einwohner des Staates.“

<sup>23)</sup> Es wurde von mehreren Seiten bemerkt, daß der Ausdruck Einwohner inländische im Ausland befindliche Unterthanen und Fremde (in Rücksicht der von ihnen im Inlande besessenen Güter), wenn sie nicht im Lande wohnen, nicht umfasse, während „der Name Bürger sich auf beide Kategorien ganz wohl anwenden lasse“ (obwohl gewiß Bürger = Staatsbürger zu nehmen ist, s. Höpfner §. 33 „... jedes Mitglied des Staates oder jeder Bürger als Bürger, er sei Regent oder Unterthan . . .“, Eger I S. 9, 28 f. Note \*\*, und die folgende Motivirung selbst; auch im Vortrag 19. Jänner 1808 [Beilage] heißt es: „Jeder Bürger, jeder zeitliche Unterthan, selbst jeder Fremde, der dem Ausspruch unserer Gerichtshöfe nach unseren Gesetzen unterworfen wird . . .“), „da der inländische Unterthan auch im Auslande noch Bürger des Staates bleibe, in Ansehung der im Lande wohnenden Fremden aber schon in dem Gesetze bestimmt worden, inwiefern dieselben als subditi temporanei unter dem Zwange der inländischen Gesetze stehen.“ Die Majorität aber fand, der Ausdruck Einwohner erstreckte sich ebenfalls „auf alle die genannten Individuen“ oder könne „wenigstens durch eine fictionem iuris auf selbe ausgedehnt werden.“ Darum lehnte sie auch die Einschaltung des Wortes Unterthan, „welches überdies einen unangenehmen Begriff erregen würde,“ ab. (Von Fremden wurde dieses Wort trotzdem bald nachher §§. 34, 35 unbedenklich gebraucht.)

Wort „wechselseitigen“, <sup>24)</sup> setzte an die Stelle von „desselben“ „in demselben“, <sup>25)</sup> und strich im Schlusssatz das Wort „Privatrecht“ — „als eine unnöthige und übel lautende Wiederholung“. Ihr Beschluß wich also nicht wesentlich ab von der Formulirung des westgälzischen Gesetzbuches. <sup>26)</sup> In zweiter Lesung (Prot. 4. Mai 1807) bekam §. 1 seine gegenwärtige Fassung ohne jede Debatte.

IV. Bedeutung der Legaldefinition. Diese Legaldefinition, <sup>27)</sup> folgend der zur Zeit ihrer Entstehung herrschenden Doctrin, <sup>28)</sup> gehört zur Classe jener Definitionen, welche den Unterschied des Privat- und öffentlichen Rechtes durch das Subject <sup>29)</sup> der Rechte hervorgetrieben und begründet glauben. Die subjectiven Momente treten denn auch in ihr und zwar nach verschiedenen Richtungen scharf hervor: Vor Allem erklärt sie den Gegensatz des öffentlichen und Privatrechtes <sup>30)</sup> (im objectiven Sinne) aus dem (im Gesetzbuch jedoch nirgends erklärten

<sup>24)</sup> „Da nicht immer ein Verpflichteter gegen den Rechtsinhaber auch ein Recht habe, und ebenso im entgegengesetzten Falle ein Rechtsinhaber nicht immer mit demjenigen zusammenstosse, dem er wieder verpflichtet ist.“ Im Vortrag 19. Jänner 1808 (Beilage) heisst es aber doch wieder: „Die Rechtsgesetzgebung ist die Theorie der den Bürgern wechselseitig zustehenden Rechte.“

<sup>25)</sup> Denn das bürgerliche Recht sei „nicht ein Privatrecht des Staates“. Der Antrag, das Wort schlechtweg zu streichen, weil das bürgerliche Recht sich auch auf Nichtinwohner erstrecke (Note 23 a. A.) drang nicht durch.

<sup>26)</sup> Die Anträge, statt „unter sich“ zu setzen: „gegen einander“, (weil dies „das Verhältniß richtiger bezeichnen würde“), und das (tautologische) Epitheton „bürgerliche“ vor „Privatrecht“ zu streichen, fielen ebenfalls.

<sup>27)</sup> Daß sie überflüssig ist — darüber s. Unger I §. 2. Damit soll nicht gesagt sein, daß alle Legaldefinitionen überflüssig seien; es gibt allerdings auch disponirende Legaldefinitionen, z. B. Art. 4, 41 §. 6. B. Alle nur docirenden Gesetzesäusserungen (Definitionen, Uebersichtsparagraphen u. s. w.) aber hätte, ja schon nach dem Codificationsplane „als in's Lehrbuch gehörig“ von den Redactoren gestrichen werden sollen, gerade so, wie das, worüber ohnedies kein vernünftiger Mensch einen Zweifel haben kann (oben §. 15); mit Recht, denn Gesetzbücher sind nicht wissenschaftliche Systeme, sondern verfolgen, sprechend zu ihren Zeitgenossen und auf der Höhe der Bildungsstufe dieser stehend, praktische Zwecke. So alt und so allgemein anerkannt dieser Gedanke ist, so wenig wird er, selbst heut noch, allenthalben ernsthaft durchgeführt; vgl. z. B. den ganz mißlichen §. 1, den Fr. Mommsen an die Spitze seines Entwurfes eines deutschen Reichsgesetzes über das Erbrecht (Braunschweig 1876) gestellt hat.

<sup>28)</sup> Belege bei Unger I §. 1 Note 1. Uebrigens ist diese Doctrin auch heut noch nicht verschwunden, und insbesondere haben die Commentatoren des österr. b. G. B. sich meist mit einer bloßen Paraphrase des §. 1 oder einer Exemplification (z. B. Carozzi I p. 55 sg., der die heterogenen Dinge durch einander wirft) begnügt.

<sup>29)</sup> Höpfner §§. 31, 33 (dem der Wiener Heineccius I §. 21 folgt) versichert zwar, die Eintheilung in Staats- und Privatrecht sei eine Eintheilung nach dem Gegenstande (vgl. auch Schuster Comm. §. 30), und auch §. 1 a. b. G. B. schein't das Nämlche sagen zu wollen, wenn man „die Privat-Rechte und Verbindlichkeiten“ betont. (Vgl. auch Taglioni I p. 8: „Private leggi si chiamano quelle, che contemplano un privato oggetto, come per esempio i testamenti . . .“) Allein wie dann bei den citirten Schriftstellern das Staatsrecht die Rechte und Verbindlichkeiten, „die ein Landesregent als Regent hat,“ und das Privatrecht jene lehrt, „welche jedes Mitglied des Staates oder jeder Bürger als Bürger . . . im Staate hat.“ so liegt auch in der Definition des b. G. B. der Ton nicht auf dem hier hervorgehobenen Passus.

<sup>30)</sup> Ausdrücklich nennt zwar §. 1 a. b. G. B. das öffentliche Recht überhaupt nicht. Aber den Gegensatz der „Gesetze, wodurch die Privatrechte und Pflichten der Einwohner des Staates unter sich bestimmt werden,“ bildet gewiß das öffentliche Recht, „das mit der Verfassung und dem Verhältniß der Unterthanen zur obersten Macht zusammenhängt“ (oben §. 49 Note 264 c). Das Schwergewicht der Legaldefinition liegt auf den Worten „unter sich“. Sie wollen nicht ausdrücken, daß in Privatrechtsverhältnissen der Berechtigte immer auch zugleich verpflichtet sein müsse (Note 24); dennoch beziehen sie sich nicht nur auf das vorausgehende Wort „Pflichten“, sondern auf den ganzen Passus: „Privatrechte und Pflichten der Einwohner des Staates,“ und es soll also damit der ganze Kreis von Rechten und Verbindlichkeiten bezeichnet werden, „welche jedes Mitglied des Staates oder jeder Bürger als Bürger . . . im Staate hat,“ durchaus im Sinne der in der vorigen Note angeführten

(Gegensatz) der öffentlichen und Privatrechte (im subjectiven Sinne).<sup>31)</sup> Ueber das Bedenken, daß denn doch auch der Staat selbst in Privatrechtsverhältnissen stehen könne, meinte man ohne Zweifel mit einer Argumentation hinauszukommen, die derjenigen ähnlich war, mit der man auch den Ausländer, sofern er nach den Grundsätzen des internationalen Privatrechtes dem inländischen Rechte unterliegt, für einen Einwohner des Staates erklären zu können meinte (Note 23),<sup>32)</sup> und selbst die schwierige Frage, ob jedes Privatrecht eine Beziehung von Person zu Person enthalte, ob es nothwendig ein Recht gegen einen Anderen sei, beantwortet unsere Legaldefinition, und zwar (verb. „unter sich“) bejahend.<sup>33)</sup> Endlich enthält sie eine bisher nicht beachtete Beziehung auf das Naturrecht; Denn daß das Privatrecht bürgerliches Recht genannt wird, und daß es als das bürgerliche Recht in dem Staate („in demselben“) bezeichnet wird, soll nichts anderes als die Positivität desselben gegenüber dem Naturrecht bezeichnen.<sup>34)</sup>

Schriftsteller. Davaus ergibt sich, daß die Definition eine Tautologie enthält: die „Rechte und Pflichten der Einwohner des Staates unter sich“ sind eben im Sinne dieser Doctrin die Rechte und Verbindlichkeiten des Privatrechts, und das vor das Wort „Rechte“ gesetzte Wort „Privat“ ist daher überflüssig. Die Redactoren hielten aber hier Vorzicht in der Formulirung für geboten. Im w. g. G. B. II §. 10 war z. B. noch gesagt: „... Nach diesen (den bürgerlichen) Gesetzen werden auch die Streitigkeiten entchieden, welche zwischen den Eigenthümern eines Privatgutes und den Verwaltern des Staats- und Gemeinbewerbmögens entstehen.“ Zeiller (Prot. 21. März 1803) fand mit Recht, daß damit theils zu viel, theils zu wenig gesagt sei. Nicht alle Streitigkeiten zwischen der Staatsverwaltung und einem Privateigenthümer seien nach dem Privatrecht zu beurtheilen; ein Hauseigenthümer könne ja dagegen einen Streit erheben, daß man sein Haus höher bestreue oder zu einem dringenden Staatsbedürfniß verwenden wolle. Und umgekehrt gebe es Geschäfte, bei denen sich die Verwaltung nach dem Privatrechte richte, ohne daß sie Streitigkeiten seien. — Rechte der Einzelnen, die nicht unter die Kategorie der Rechte der Einwohner „unter sich“ fallen, (bei denen dem Einzelnen z. B. der Staat, nicht als juristische Person des Privatrechts gegenübersteht), sind also auch im Sinne der Redactoren öffentliche Rechte.

<sup>31)</sup> Des Circels, der in dieser Erklärung liegt, sobald man sich gegenwärtig hält, daß Privatrechte im subjectiven Sinne diejenigen sind, welche sich auf das Privatrecht im objectiven Sinne gründen, sind sich die Redactoren nicht bewußt geworden.

<sup>32)</sup> D. h. man erklärte eben auch den Staat als seinen eigenen „Einwohner“, indem man glaubte, dieser Ausdruck sei geeignet, Jedem zu bezeichnen, der und insofern er dem einheimischen Gesetz unterworfen sei. Die Commentare zum h. G. B. pfl egten dies, obgleich es ohne Zweifel in ihrem Sinne lag, allerdings nicht ausdrücklich auszusprechen; nachdem jedoch Unger I S. 2 Note 3 auf diesen Mangel der Legaldefinition aufmerksam gemacht hatte, nahm Stubenrauch (zweite Aufl. I S. 29 Z. 4) keinen Anstand, auch den Staat unter den Einwohnern des Staates aufzuzählen. Die Legaldefinition ist sonach, da das Wort Einwohner in der That weder Rechte noch den Staat zu umfassen geeignet ist, nach dieser Seite hin zu eng (Unger a. a. O.); daß sie aber auch zu weit ist (Unger ebenda, dagegen Kirchstetter S. 12 Note 2), ergibt sich von selbst, sobald man als feststehend annehmen kann, daß das Wort „Privat“ in ihr überflüssig ist (Note 30), denn es gibt allerdings Rechte der Einwohner unter sich, die nicht Privatrechte sind. S. Note 16. Und da das G. B. das specielle Privatrecht nicht behandelt, ist die Definition auch insofern zu weit, als sie sich nicht darauf beschränkt, das allgemeine Privatrecht zu definiren, sondern offenbar auch ersteres mit umfaßt.

<sup>33)</sup> Zeiller hatte kein Bedenken, die Frage noch viel unzweideutiger zu bejahen. Prot. 11. Jänner 1802: Verstehen man unter Personenrechten „Rechte gegen Personen, so seien alle Rechte Personenrecht; denn auch die Rechte auf Sachen beziehen sich unmittelbar immer nur auf Personen, daß sie uns in Rücksicht der uns zugehörigen oder uns zu leistenden Sachen nicht beeinträchtigen.“ Vgl. Zeiller N. Pr. R. §§. 5—7. Selbsterständlich fallen ihm unter diesen Grundfatz auch die sog. angeborenen Rechte vgl. unten bei S. 16. — Im G. B. hat man sich begnügt, diesen (gewiß in das Lehrbuch gehörigen) Satz durch die Worte „unter sich“ anzudeuten, die ausdrücken wollen, daß in einem Rechtsverhältniß, damit es ein privatrechtliches sei, die Subjecte auf beiden Seiten, auf der Seite des Berechtigten, wie des durch das Recht Gebundenen, als Private in Betracht kommen müssen (Note 30 a. E. Die Streichung des Wortes „wechselseitigen“ gehört zu einer ganz andern Frage. Note 24).

<sup>34)</sup> Auffallender Weise gibt Zeiller Comm. I S. 33 f. eine andere Erklärung:

Hienach aber möchte hinlänglich klar sein, daß die Legaldefinition des bürgerlichen Rechtes wesentlich nur die Bedeutung hat, den wissenschaftlichen Standpunkt der Redactoren zu markiren, daß aber ihre „Bildung und Aufstellung wohl besser der wissenschaftlichen Theorie überlassen worden wäre.“<sup>35)</sup>

V. Elemente des öffentlichen Rechtes im Privatrecht. Da, wie schon bemerkt wurde (oben bei Note 18), Privat- und öffentliches Recht nur zwei Seiten eines jeden Lebenskreises sind, so ist es eine sehr gewöhnliche Erscheinung, daß beides auch in der Gesetzgebung in einander verwebt ist, daß also in einem Gesetzbuche oder einzelnen Gesetze inmitten der ein privatrechtliches Institut regelnden Rechtsätze Normen vorkommen, die nicht den in diesem Institut im allgemeinen überwiegenden Privatzzweck, sondern den Gesamtzzweck, das gemeine Beste, zu fördern bestimmt sind, und so denn „mitten im Privatrecht ungefähr das, was wir Wohlfahrtspolizei nennen, gehandhabt“ wird.<sup>36)</sup> Während das Privatrecht innerhalb weit gezogener Grenzen den Parteien freistellt, ihre Rechtsverhältnisse durch ihren einseitigen Willen oder freie Vereinbarungen zu regeln, und „seinen eigenen Willen nur für den Fall, da diese selbst nicht ausdrücklich wollen, und nur so wie diese vermuthlich wollen, vorschreibt, damit also keine absolut bindende, sondern durch entgegengeetzten Willen derogirbare Satzungen aufstellt.“<sup>37)</sup> (vermittelndes, ergänzendes, suppletorisches, hypothetisches, dispositives, nachgiebiges Recht) — beugen die hier in Frage stehenden Sätze des öffentlichen Rechtes auch den Privatwillen unter ihre absolute Herrschaft, indem dieses öffentliche Recht sich „um das, was die Handelnden selbst wollen, nicht kümmert, sondern diesen in Vertretung des gemeinen Wesens einen unbeugbaren, durch keinerlei Willkür derogirbaren Willen vor- und entgegensetzt“<sup>38)</sup> (zwingendes, absolutes, Präceptivrecht, ius cogens, ius commune, iuris forma, ius schlechtthin). Diese unbedingte Herrschaft der öffentlichrechtlichen Elemente zeigt sich in mannigfaltiger Weise: sie verhindern (oder erschweren) die Entstehung gewisser Privatrechte<sup>39)</sup> oder knüpfen sie an die Erfüllung gewisser nicht schon durch den Begriff derselben<sup>40)</sup> postulirten Voraussetzungen, insbesondere an die stricte Beobachtung positiv vorgeschriebener Formen,<sup>41)</sup> sie verknüpfen, wenn

„Alle Gesetze, somit auch die Zivilgesetze, schränken sich auf denjenigen Staat ein, für welchen sie von dem Machthaber gegeben worden sind, und nur diese machen das Privatrecht in demselben aus, insofern nicht fremden Rechten und Gesetzen . . . eine verbindende Kraft eingeräumt worden.“ Die Protokolle (Note 25) geben keinen Anlaß zu dieser den Sinn dieser Worte nicht vollständig bedeckenden Erklärung. Vgl. dagegen Note I. Ganz klar trat die hier behauptete Bedeutung in der Formulirung der Revisionshofcommission (oben Text nach Note 21) hervor. Da Zeiller jene Theile dieser Formulirung, die das am bestimmtesten ausdrückten, zu Falle gebracht hatte, meinte er, es sei dieser Gedanke ganz beseitigt.

<sup>35)</sup> Unger System I S. 2. Der Praxis tritt die Frage, ob ein Anspruch ein privatrechtlicher oder öffentlicher sei, der Regel nach (vgl. Note 16) in der Gestalt der Frage entgegen, vor welcher Behörde derselbe auszutragen sei. Vgl. die in der Sammlung VIII System. Register S. 468 ff. verzeichneten Fälle.

<sup>36)</sup> Brinz Pand. S. 1503 (erste Aufl.). „Das Wesen der Publicität kehrt mitten im Privatrechte wieder.“ Brinz (zweite Aufl.) S. 221. Stahl S. 304.

<sup>37)</sup> Brinz Pand. (zweite Aufl.) S. 110, Wächter II S. 6.

<sup>38)</sup> Brinz ebenda.

<sup>39)</sup> So schließen sie z. B. die Entstehung aller oder gewisser Privatrechte an extracommerciellen Sachen, soweit diese Beschaffenheit derselben im Wege steht, aus (§§. 287 f., 311, 355 f., 878, 1455), oder erklären gewisse Verträge für ungültig (z. B. §§. 879, 1259, 1371 f.) u. dgl.

<sup>40)</sup> Brinz (erste Aufl.) S. 336 Z. 1.

<sup>41)</sup> Dahin gehören die positiv vorgeschriebenen Formen letzter Willensordnungen, gewisser (obligatorischer und anderer) Verträge u. s. w. Solche Vorschriften (und viele andere, wie z. B. S. 832 a. E., die positive Ausschließung gewisser Bedingungen) streben zwar auch die Sicherung des freien Willens, insofern also die Förderung eines Privat-

auch nicht immer mit gleicher Intensität mit einem Privatrecht die Verpflichtung zur Ausübung desselben<sup>42)</sup> oder schreiben die Art seiner Ausübung vor,<sup>43)</sup> sie bedrohen den Uebertreter ihrer Vorschriften mit Nachtheilen, die im Wesentlichen strafrechtlichen Charakter tragen,<sup>44)</sup> ja sie greifen in den Bestand wohlverworbener Privatrechte so sehr ein, daß sie selbst bis zur Entziehung und Vernichtung derselben schreiten,<sup>45)</sup> anderer zahlreicher Einwirkungen ganz zu geschweigen, — und all das muß das Privatrecht dulden, weil hier „der Wille, man möchte sagen, des Publikums, das Interesse und der Antheil der ganzen dem Handelnden gegenüberstehenden Volksmasse vertreten, und dieser gemeine Wille für den Einzelnen so unübersteiglich (ist),<sup>46)</sup> als der gemeine Begriff.“<sup>47)</sup> Dennoch, und obgleich der Name *ius publicum* für diese Rechtsätze ein quellenmäßig feststehender und allgemein üblicher ist, wollen Viele sie nicht zum „öffentlichen“ Rechte zählen, sondern erblicken in ihnen nur (zwingende) Normen des Privatrechtes selbst.<sup>48)</sup> Da aber einerseits Niemand zweifelt, daß diese Normen gegeben sind „aus Rücksicht auf das Allgemeine und Ganze, auf den Schutz der Rechte, auf die gehörige Sicherung der individuellen Freiheit, auf Wahrung der Sittlichkeit und Würde der Religion, auf das Wohl einzelner Classen von Personen u. s. w.“<sup>49)</sup> — immer also zur Förderung von Gesamtzwecken und Interessen, andererseits auch hier behauptet wird, daß die Institute, in welche diese Sätze eingreifen, ihrem ganzen Wesen nach privatrechtliche sind, so würde sich der öffentlichrechtliche Charakter dieser Sätze nur dann mit Erfolg bestreiten lassen, wenn nachgewiesen werden könnte, daß ein Lebensverhältniß in seiner Gestaltung zum Rechtsinstitut der gleichzeitigen Regelung durch öffentliches und Privatrecht unzugänglich sei.

VI. Quellen des allgemeinen Privatrechts. Die Legaldefinition bezeichnet das bürgerliche Recht im objectiven Sinne als einen Inbegriff von Gesetzen. So wie die Redactoren diesen Passus verstanden, ist in demselben das Wort Gesetz ohne Zweifel im weiteren Sinne (Note 1 a. N.) verstanden,

interesse, überwiegend aber doch die Sicherung des Rechtes und durch diese des gemeinen Besten an. Brinz a. a. D. S. 1504.

<sup>42)</sup> Vgl. z. B. §§. 93, 139, 144, 166, 169, 177, 216 f., 254, 258 f. Es sind vorzüglich die Familienrechte (die allerdings als Privatrechte anzusehen sind, Meunier S. 27 ff.; dagegen zwar noch Brinz I. Aufl. S. 22, f. aber jetzt denselben S. 1151 ff. und zweite Aufl. §§. 41, 58. Maubry Das gemeine Familiengüterrecht I §. 6 und Krit. Viertelj. Schr. XII S. 499 ff., Windscheid Pand. 4. Aufl. S. 41 Note 1), bei denen diese Erscheinung hervortritt. Die Nichtigkeit des hier betonten Gegensatzes zwischen Familien- und Vermögensrecht wird durch dasjenige, was Bürkel Krit. Viertelj. Schr. XI S. 205 ff. über das Verhältniß der Sittlichkeit zu den einzelnen Rechtsgebieten in beachtenswerther Weise gegen die herrschende Lehre ausgeführt hat, nicht angegriffen.

<sup>43)</sup> Dahin gehören namentlich zahlreiche gesetzliche Beschränkungen des Eigenthums (z. B. des Wald- und Bergwerkseigenthums S. 511 b. G. B.), denn „Grund und Boden ist, wengleich im Privateigenthum, darum von dem Gemeindeverbande nicht völlig getrennt (Furzwang — Regalprivilegien)“ Brinz (zweite Aufl.) S. 221.

<sup>44)</sup> Vgl. z. B. §§. 74, 78, 121, 131, 189, 393, 400, 1013, 1174 b. G. B.

<sup>45)</sup> Den Hauptfall bildet die Expropriation. Dernburg Lehrbuch I §. 34 stellt sie auch systematisch unter den Gesichtspunkt des „Condictes des öffentlichen und des Privatrechtes.“ Vgl. bes. Grünhut Das Enteignungsrecht (1873) §. 2.

<sup>46)</sup> L. 38 D. de pact. 2. 14. *Ius publicum privatorum pactis mutari non potest.* Anwendungen (bezw. Wiederholungen) dieses Satzes z. B. in L. 42 eod., l. 20 pr. D. de relig. 11. 7, l. 42 D. de op. lib. 38. 1, l. 27. 45 §. 1 D. de R. J. 50. 17.

<sup>47)</sup> Brinz (I. Aufl.) S. 1503.

<sup>48)</sup> Z. B. Savigny Syst. I S. 60, Wächter II S. 7 Note 8, Hierliff S. 6 Note (der ein Privatrecht im weiteren und engeren Sinne unterscheidet), Stahl S. 305, Unger I S. 54 Note 4, Buchta Vorlesungen §. 33, Eyer S. 201; Brinz (zweite Aufl.) erblickt darin „schon halb öffentliches Recht, Privatrecht nach seinem Gegenstand, öffentliches nach seinem Grunde.“

<sup>49)</sup> Unger I S. 54.

da sie kein Bewußtsein davon hatten, daß durch die von ihnen gefaßten Beschlüsse die Geltung des (als Volksrecht gedachten) allgemeinen wie des provinziellen Gewohnheitsrechtes im allgemeinen Privatrecht vollständig ausgeschlossen war (vgl. unten bei §. 10);<sup>50)</sup> dagegen ist die Praxis (das Juristenrecht in diesem Sinne) als Quelle des objectiven Rechtes mit Bewußtsein von ihnen negirt worden.<sup>51)</sup> Ist nun aber Gewohnheitsrecht und Juristenrecht als Entstehungsquelle des österreichischen allgemeinen Privatrechtes nicht anerkannt,<sup>52)</sup> so erscheint ausschließlich<sup>53)</sup> das Gesetz, die Rechtsfagung, als die hier in Betracht kommende Rechtsquelle. Damit aber ist die Verbindung mit dem Folgenden gegeben.

## §. 2.

So bald ein Gesetz gehörig kund gemacht worden ist, kann sich niemand damit entschuldigen, daß ihm dasselbe nicht bekannt geworden sey.

## §. 3.

### Anfang der Wirksamkeit der Gesetze.

Die Wirksamkeit eines Gesetzes und die daraus entspringenden rechtlichen Folgen nehmen gleich nach der Kundmachung ihren Anfang; es wäre denn, daß in dem kund gemachten Gesetze selbst der Zeitpunkt seiner Wirksamkeit weiter hinaus bestimmt würde.

Gerade um die Zeit der österreichischen Codification erlitten die Grundanschauungen, aus denen diese Paragraphen\*) hervorgegangen sind, auf dem Boden der Wissenschaft einen gewaltigen Umschwung. Seither, und besonders in der neuesten Zeit läßt sich zwar ein partielles Zurückgreifen auf die früher herrschend gewesenene Anschauungen nicht verkennen; dennoch aber haben theils die stattgehabten Veränderungen der Staatsverfassung, theils andere Gründe großen Einfluß geübt nicht nur auf den Inhalt der in den vorstehenden Paragraphen ausgesprochenen Rechtsätze, sondern auch überhaupt auf die Auffassung von der Rechtserzeugung durch den Staat und seine Organe.

I. Recht und Gesetz. Während dem deutschen Mittelalter alles Recht so sehr als Gewohnheitsrecht erschien, daß man es liebte, selbst das Gesetz geradezu als Gewohnheitsrecht zu betrachten und zu bezeichnen,<sup>1)</sup> kehrt sich in der späteren Zeit dieses Verhältniß um,<sup>2)</sup> und die Gesetzgebung allein erscheint als

<sup>50)</sup> Selbst wenn §. 10 seine Geltung nicht vollständig ausschließen würde, würde es nach diesem Paragraph doch sein Leben nur von Gnaden des Gesetzes führen.

<sup>51)</sup> §. 12 a. b. G. B.

<sup>52)</sup> Für die dogmatische Auslegung des §. 1 erscheint hienach, da die Wissenschaft gewiß nicht als Entstehungsquelle des Rechtes angesehen werden kann, in unserer Legaldefinition das Wort Gesetz in seiner technischen Bedeutung gebraucht, doch freilich noch immer in jener, die auch den Begriff der Verordnung mit umfaßt (s. den folg. Paragraph).

<sup>53)</sup> Das G. B. von 1811 ist diesfalls erclausiver, als das Joseph. G. B., das N. L. R. und das w. g. G. B.

\*) Lit.: Vgl. vorzüglich (außer den Commentaren) Wiener Heineccius I S. 24 ff., II S. 4 ff., Winivarter Erörterung der Frage: Inwiefern nach den österr. Gesetzen gesetzwidrige Handlungen zugleich ungültig seien (Zeitschr. f. österr. R. G. 1826. I S. 321 ff.), Unger Syst. I §§. 1—3, 9, 11, 19, II §. 77, Menger Syst. I S. 321 ff., Wächter II §§. 5—8, R. v. Mohl Staatsrecht, Völkerrecht u. Politif I. Bd. (1860) S. 66 ff. Ueber die rechtliche Bedeutung verfassungswidriger Gesetze, II. Bd. (1862) S. 597 ff. Bekanntmachung der Gesetze. Vähr Der Rechtsstaat (1864), Planck in den Jahrb. f. Dogm. IX Nr. 4, Böhlan Medl. Landr. I §§. 43 ff., Adices Zur Lehre von den Rechtsquellen, insbes. über die Vermunft und die Natur der Sache als Rechtsquellen und über das Gewohnheitsrecht (1872).

<sup>1)</sup> So sagt z. B. Donner (in seinem Vorbericht über das 15. Jahrhundert: „... Die Gesetze wurden als Gewohnheiten angesehen, sie mochten geschrieben sein oder nicht, daher war man auch nicht sorgfältig, ob sie unter diesen oder unter jenen Landesfürsten zusammengeschrieben wurden.“

<sup>2)</sup> Arnold Kultur und Rechtsleben (1865) S. 179 ff., Arnolds Civ. Schr. III S. 125 ff., Dernburg Preuß. Priv. R. I S. 27 f. Donner a. a. O. setzt diese

der das Recht erzeugende Factor, oder will dieses doch wenigstens sein. In Oesterreich war diese letztere Richtung schon zu Beginn der Codificationszeit zum Durchbruch gekommen, wenn auch noch keineswegs zur ausschließlichen Geltung gelangt. Alles aber drängte dahin, sie mehr und mehr zu Ansehen zu bringen — am meisten die Unsicherheit des Gewohnheitsrechtes, nicht viel weniger die durch die Umstände gebotene Concentration der Herrschergewalt des Landesfürsten (oben S. 4, 7). Wenn es als „die Pflicht des Landesfürsten“ erscheint, „die Rechte der Untertanen deutlich zu bestimmen und ihre Handlungen so zu leiten, wie es der allgemeine und besondere Wohlstand fordert,“<sup>3)</sup> so liegt der Gedanke nahe, kein anderes objectives Recht anzuerkennen, als jenes, das direct oder indirect als Ausfluß der von der landesherrlichen Macht erlassenen Gesetze erscheint;<sup>4)</sup> und nur insofern wird eine Differenz von Recht und Staatsgesetz gerne anerkannt, als neben dem positiven Gesetz in der Rechtstheorie das Naturrecht einen breiten Raum einnimmt. Man ist aber auch eifrig bemüht, das Verhältniß beider zu einem recht freundlichen, nämlich soweit nur immer thunlich dahin zu gestalten, daß das Gesetz nichts anderes als die Sanctionirung des Naturrechtes sei. Daß dies auch die Auffassung der Redactoren des Gesetzbuches war, belegen völlig unzweideutige Aussprüche derselben.<sup>5)</sup> 6)

Umkehr in die Zeit der Reception der fremden Rechte und findet den Grund derselben „hauptsächlich“ darin, daß „die Gewohnheiten mißlicherer waren als die römischen Rechten.“ Von seiner Zeit glaubt er schon aussagen zu können (s. oben S. 86 Note 27), es sei kein Fall mehr anzutreffen, „der nicht durch eigene, auf Verstand und Natur gegründete Gesetze bestimmt wäre.“ Aus der Gegenwart vgl. zunächst in Rücksicht des Sprachgebrauchs Brinz Pand. (2. Aufl.) S. 92: „Gesetzliches Recht nennen wir hier alles dasjenige Recht, welches auf rechtsschaffender Satzung beruht und also Satzung ist und heißt. Von dieser constitutiven Art ist nicht nur was . . . die unsrigen Gesetze, sondern auch was wir Gewohnheitsrecht . . . und was wir autonomes Recht nennen.“

<sup>3)</sup> Jos. G. B. I §. 1. Vgl. Dernburg a. a. D.

<sup>4)</sup> Vgl. Jos. G. B. I §§. 1, 2, 9 ff.; w. g. G. B. I §. 22 ff., §. 8: „Die zur Erreichung dieses Endzweckes notwendigen Vorschriften oder Regeln gibt das Oberhaupt des Staates und sie heißen Gesetze.“ Wiener Heinemann I S. 26, II S. 11. Ueber das preuß. Recht s. Förster I S. 32. Dernburg S. 28 S. 16. Weniger erclustro war die Anschauung der französischen Redactoren — vgl. die oben S. 48 Note 261 mitgetheilte Aeußerung von Portalis, die übrigens im Resultat, was das Naturrecht als Rechtsquelle anbelangt, von der Auffassung der österr. Redactoren kaum abweicht.

<sup>5)</sup> S. oben S. 45 Note 249. Vortrag 21. Dec. 1801: „Aus diesem angeborenen Rechtsbegriffe stößen alle angeborenen oder durch Facta erworbenen Rechte, die uns der weise Weltregierer durch die Vernunft gegeben habe. Sollten . . . diese Rechte allgemein bekannt und geachtet werden, sollten sie bei Streitigkeiten außer Zweifel gesetzt und von dem Schwächeren gegen den Uebermuth des Stärkeren geltend gemacht werden, so müßten die Menschen . . . unter einer obersten Zwangsgewalt stehen, welche die Rechte durch Gesetze verkündigt . . .“ Vortrag 19. Jänner 1808: Die Begriffe des Rechtes hängen nicht von der „Laune“ des Gesetzgebers ab. „Die allen Menschen als vernünftigen Wesen zukommenden Rechte werden . . . von dem höchst vernünftigen Wesen Jedem durch die Vernunft und das Rechtsgefühl verkündigt. Von dem Oberhaupt des Staates, als dem mittelst der Staatsverbindung gewählten sichtbaren Organe der Vernunft werden diese Rechte in den Gesetzen genauer und deutlicher bestimmt . . .“ Vgl. noch Zeiller N. Pr. R. §. 196, Martini I S. 241, Abichs Zur Lehre von den Rechtsquellen (1872) S. 19 f.

<sup>6)</sup> Gegen diese Auffassung reagierte erst die historische Schule. Nachgewiesen zu haben, daß nicht die Vernunftgemäßheit das Kriterium des Rechtes sei, daß die Vernunft das Recht nicht frei aus sich heraus unter Abstraction von allen wirklichen Lebensverhältnissen erzeuge, daß es vielmehr (der Regel nach) nur als eine mit allen andern Seiten eng zusammenhängende Seite des ganzen Volkslebens bilde — ist das heut kaum mehr bestrittene Verdienst dieser Schule; ihre positiven Aufstellungen dagegen, wonach die Urquelle des Rechtes wesentlich in dem Rechtsbewußtsein des Volkes („dem Volksgeist“) gelegen sei oder gar geradezu zusammenfalle mit dem Rechtsbewußtsein des Volkes, rufen in der heutigen Doctrin immer bestimmter heraustrretenden Widerspruch hervor; vgl. z. B. gegen die Redensart vom Volksgeist Harum Von der Entstehung des Rechtes (1863) S. 6 f., Arnold Recht und Wirklichkeit nach geschichtlicher Ansicht (1863) S. 24, 26, Cultur und

II. Gesetz und Verordnung. Gibt es nach der eben bezeichneten Auffassung nur Eine Quelle des (geltenden) Rechtes, den Willen des Monarchen, so versteht es sich von selbst, daß ihr auch der Gegensatz von Gesetz und Verordnung nicht wohl zum klaren Bewußtsein kommen kann. 7) Gesetz wie Verordnung sind ihr eben Anordnungen, die unmittelbar oder mittelbar auf den Willen des Landesfürsten zurückzuführen sind; 8) die für diese Anordnungen

Rechtsleben (1865) S. 5 ff., Abides S. 3 f., 40 f.; und überhaupt gegen die bezeichnete positive Aufstellung Thering Geist I (3. Aufl.) S. 9: „Im Orient, im Alterthum erfolgt die Entwicklung des Rechtes in der That im Wesentlichen so, wie Savigny sie lehrt,“ in der modernen Welt aber „geht sie in einer Weise vor sich, daß die gesammte moderne Rechtsbildung dadurch zur antiken und orientalischen in den schärfsten Gegensatz gestellt wird.“ Bruns in Holkenendorff's Encycl. I S. 319: Savigny's Lehre „stellt nur das normale Verhältniß auf und verallgemeinert dieses, verlegt aber, daß es auch abnorme Verhältnisse geben kann, wo der Gesetzgeber nicht Kind und Träger des Volksgeistes ist, vielmehr als Eroberer und Usurpator auch Gesetze geben kann, die im schreiendsten Widerspruch mit dem Volksgeist und seinem Rechtsbewußtsein stehen. Dieses dann auch auf die Ueberzeugung des Volkes zurückzuführen, weil es duldbend das fremde Recht in sich aufnehme, ist eine leere und unwürdige Sophisterei.“ (Aehnlich Harum S. 7, 8, Dernburg Preuß. Priv. R. S. 27.) Bluntzschli Allg. Staatsrecht S. 8: „... Vorurtheil der Romantiker . . ., welche das ungeschriebene Recht dem Gesetzesrecht vorziehen, weil sie lieber im Dunkeln schwärmen . . .“ Vgl. nebst unseren Ausführungen zu §. 7 noch Abides S. 25, Brinz S. 91 Note 7, S. 112: „So nothwendig, oder so vorausgedacht das Recht auch sein mag, beruht es doch in freier That, menschlicher Sagung“ — und besonders die ganze bisher viel zu wenig beachtete cit. Rede von Harum, und neuestens eine ganz ähnliche Auffassung, nur weniger scharf formulirt bei Schwaneck Gesetz und Gewohnheit (Eine Rede. 1873), v. Stinzing Macht und Recht (1876). Einigkeit der Schriftsteller in Ansehung dieser Fundamentalfrage ist übrigens noch lange nicht gewonnen. Böhlau überbietet die historische Schule, indem er zwischen Recht und Gesetz schärfer als früher je gesehen, unterscheidet: Gesetz ist ihm der Staatswille und als solcher unabhängig von der Ueberzeugung des Volkes, das Recht hinwieder nicht Staatswille, sondern nur Ueberzeugung des Volkes; darum ist ihm ein „Verbot der consuetudo contra legem ein in sich nichtiger Versuch;“ „Rechtsquelle bleibt allein das Gewohnheitsrecht als die h. z. T. einzige . . . Neuerungungsform des Rechtes“ und „die Verwerflichkeit der Codification“ selbstverständlich, weil sie „recht eigentlich den Staat zum Rechtszerrenger“ macht (Mecklenburg. L. R. I S. 270, 274 ff., aber auch 375). Daß diese Lehre den Thatfachen der Gegenwart widerspricht, indem allenthalben das Gewohnheitsrecht gegenüber dem Gesetze an Bedeutung verliert und bezw. gewohnheitsrechtliche Sätze zum Gesetze erhoben werden, liegt auf der flachen Hand. Aber es laßt überhaupt die Kluft zwischen Recht und Gesetz in unserem Sprachgebrauch nicht so weit und tief, als Böhlau annimmt (vgl. Savigny I S. 39 ff., Bluntzschli a. a. D. S. 7 f.): „In dem Gesetze findet das Recht seinen bewußtesten und reinsten Ausdruck. . . . In dem Gesetze offenbart sich das Rechtsbewußtsein des Staates . . . Das Gesetz ist das volle Wort des autoritativ verkündeten Rechtes;“ Dernburg S. 28, Brinz S. 91, Bähr Der Rechtsstaat S. 8: „In der Form des Gesetzes tritt das Recht aus der unsicheren Begrenzung des Gedankens in die festere des Wortes . . . über.“ S. 12: „Es soll das heiligste Gut der Nation, das Recht, in sich aufnehmen“; gewiß endlich entspricht Böhlau's Auffassung nicht der des öfter. G. B., welchem das bürgerliche Recht ein „Inbegriff von Gesetzen“ ist. Dennoch aber — und es verdient dies bemerkt zu werden — gibt es auch hier einen Punkt, an dem die Extreme sich berühren; wenn Buchta (Gew. R. I S. 201, Vorl. 4. Aufl. I S. 24, 32, Zusat. 8. Aufl. I bes. S. 18, 19) in dem Gewohnheitsrecht den unmittelbaren oder wirklichen, in dem Gesetze den mittelbaren oder fingirten Nationalwillen erblickt, so betrachten ja auch unsere Redactoren (vor. Note a. E.) den Gesetzgeber nur als das sichtbare Organ der Vernunft, und die Rolle, welche Böhlau (I S. 373 ff.) dem „Recht“ gegenüber dem Gesetze zuweist, ist auch kaum eine andere, als welche in dem Bewußtsein unserer Redactoren (ähnlich auch Portalis S. 201) das Naturrecht dem positiven Recht gegenüber spielte. S. unten bei §§. 7, 16.

7) Der Grund dieser Erscheinung liegt also nicht nur darin, daß die Verfassung des Staates damals eine absolute war; trotz dieser könnte der Unterschied bestimmt ausgeprägt existiren, denn auch im absoluten Staate heben sich gesetzgebende und vollziehende Gewalt von einander ab.

8) S. oben in Note 4 den §. 8 w. g. G. B.: „. . . sie heißen Gesetze“ — wo das Wort gewiß auch Verordnungen im modernen Sinne, ja sogar Gewohnheitsrecht, soweit ein solches anerkannt war (cf. Jos. G. B. I §. 14) umfaßt; wie umgekehrt Gesetze

üblichen Namen sind zwar außerordentlich verschieden, allein entweder sind diese Namen von Altersher gebräuchlich und werden kaum noch verstanden, theils sind die Kriterien, denen sie entstammen, rein äußerliche — hergenommen von der Art der Kundmachung, der äußeren Form, Eintheilung, dem Anlaß der Anordnung, den Personen, an welche sie gerichtet ist u. dgl.<sup>9)</sup> So konnte es kommen, daß der Begriff des Gesetzes ein geradezu verschwimmender wurde, und es ist das namentlich bei Zeiller vollständig der Fall.<sup>10)</sup> In der späteren Zeit wechseln die Namen, der Sache nach hat sich wenig geändert.<sup>11)</sup> Erst seitdem „das Recht,

nicht selten „Verordnungen“ genannt wurden (vgl. hier Note 9 a. E.). Auch dieser Sprachgebrauch ist Oesterreich nicht eigenthümlich, vgl. z. B. Böhlau I S. 311 Z. II, Bessler S. 18 Note 2.

<sup>9)</sup> Schon Donner (§. 6) unterscheidet (vgl. auch Wiener Heineccius I S. 53 f.): Edicte (Pragmatikalien, Generalien), „wenn sie alle im Staate verbinden,“ Normalien, d. h. „eine Richtschnur in besonderen Sachen,“ Ordnungen, „wenn sie in gewisse Titel und Paragraphen eingetheilt sind,“ Patente „von dem Jedermann offenen Willen des Landesfürsten“ (leges in forma patente im Gegenfaze der leges in forma clausa Böhlau I S. 294, Wiener Heineccius I S. 53: „Die Edicte heißen bei uns Patente, weil sie an den Städtbüren und anderen öffentlichen Orten angeschlagen und so allgemein kundgemacht werden“), Rescripte, „wenn der Monarch auf einen Bericht der höchsten Gerichtsstellen antwortet,“ „Decrete oder Sprüche in der Revision“ oder „wo der Monarch außer einem Gesetze etwas verändert oder wenn von der oberen Stelle an die untergeordnete Stelle ein Befehl ergeht,“ „Resolutionen oder Verordnungen, die nur an die Gerichtsstellen kommen und denselben zu ihrem Verhalten dienen,“ endlich (§. 7) Privilegien, wobei er freilich Privilegium im objectiven und subjectiven Sinne verwechselt. Wie in dieser Aufzählung der nämliche Name für ganz heterogenes gebraucht wird, so würden auch auf manche Anordnung zwei bis drei dieser Namen nach den mit ihnen verbundenen Kriterien sehr wohl neben einander passen. Noch zahlreicher sind die Namen, welche Schuster Comm. S. 177—180 (vgl. Rippel I S. 90 f.) als die „wichtigsten“ nennt, indem er zugleich bemerkt, es ließen sich nicht durchgehend aus dem Inhalt oder Gegenstande der Gesetze die charakteristischen Kennzeichen angeben, warum ein Gesetz mit diesem und nicht mit einem anderen Namen belegt werde. In seiner Aufzählung kommt auch der Name Verordnung als ein technischer vor, bezeichnend die Anordnungen der Länderstellen, freilich aber oft auch die von den Hofstellen erlassenen Verfügungen. Winwartner (zweite Aufl.) I S. 49 f. sucht, indem er nach der Form Patente und Hofdecrete unterscheidet, und in den letzteren nur dann „Gesetze im strengen Verstande“ erkennt, „wenn sie sich auf eine Entschliesung des Monarchen gründen,“ nicht nur einen klaren und einfachen Gegenfatz überhaupt zu gewinnen, sondern es schwebt ihm offenbar eben der Gegenfatz von Gesetz und Verordnung im modernen Sinne vor, der freilich selbst noch ein Decennium nachher in der Terminologie der Gesetzgebung nicht anerkannt war; vgl. z. B. Justizhofb. 29. März 1848 Z. G. S. Nr. 1130: „Se. . . Majestät haben . . . die nachfolgende Verordnung . . . genehmiget und zu bestimmen gefunden, daß das neue Gesetz mit 1. Juni 1848 in Wirksamkeit zu treten habe.“ Aehnliche „Musterarten“ von Benennungen finden sich auch in anderen Ländern s. z. B. Bessler S. 49 Note 4.

<sup>10)</sup> Zeiller Comm. I S. 36 f. (ganz ebenso Schuster S. 35 f.) bezieht §. 2 des b. G. B. auch auf „besondere Gesetze oder Befehle, die von dem Gesetzgeber oder . . . von Obrigkeiten oder Gerichtshöfen entweder für alle, die sich in einem bestimmten Rechtsverhältnisse befinden, öffentlich (wie z. B. durch Edictalvorladungen in Concurssällen, durch Amortisationsedicte) oder durch besondere, in der gesetzlichen Art geschehene Vorladungen oder Zustellungen (wie z. B. der Proceßschriften, der Urtheile u. s. w.) bekannt gemacht werden.“ Vgl. Menger S. 243 Note 28.

<sup>11)</sup> Neben den altherkömmlichen Namen findet sich in der Z. G. S. seit 17. März 1848 Nr. 1127 der Name „Ministerial-Erlaß,“ „Ministerial-Decret,“ „Verordnung des Ministerrathes“ u. ä. Die Reichsverfassung vom 4. März 1849 (Z. G. B. Nr. 150) unterschied zwar (§§. 18, 37, 87, 88) Gesetze, Verordnungen schlechtweg und Verordnungen mit provis. Gesetzeskraft, ohne jedoch diese Begriffe hinreichend zu definiren; während der Geltung dieser Verfassung kam es auch gar nicht zur Verkündung von Gesetzen im technischen Sinne, vielmehr erfolgten in Gemäßheit des §. 120 Reichsverf. zahlreiche Aenderungen des Rechtszustandes (z. B. Einführung einer neuen Strafproceßordnung, Wechselordnung, Grundsteuerprovisorium) durch Verordnungen mit prob. Gesetzeskraft. Die regelmäßigen Namen der in dieser Zeit, sowie auch nach der Aufhebung der Reichsverfassung

Gesetze zu geben, abzuändern und aufzuheben . . . nur unter Mitwirkung der gesetzlich versammelten Landtage bezw. des Reichsrathes ausgeübt" wird,<sup>12)</sup> ordnet sich, obgleich auch jetzt noch die erwähnte Verschiedenheit zahlreicher üblicher Namen größtentheils erhalten geblieben ist,<sup>13)</sup> jede Rechtsatzung, mag sie einen dauernden Rechtsatz aufstellen oder nicht,<sup>14)</sup> wie in dem Rechte anderer constitutionell-monarchischer Staaten, ein unter einen der drei Begriffe des Gesetzes im technischen Sinne, der kaiserlichen Verordnung nach §. 14 des St. G. G. vom 21. Dec. 1867 (Nr. 141 R. G. B.)<sup>15)</sup> — der sog. Nothverordnung — oder unter den der Verordnung schlechthin. Während nach der jeder constitutionellen Verfassung zu Grunde liegenden Idee das Gesetz nicht blos der Ausdruck der obrigkeitlichen Gewalt, sondern der Wille des ganzen Staates (die Regierten inbegriffen), sein Ausdruck über das, was als Recht gehandhabt werden soll, sein sollte, während das Gesetz „auf der gemeinsamen Autorität des ganzen Volkes“ ruhen und „eine selbst den höchsten Träger der Staatsgewalt überragende geistige Macht im Staate bilden“ (vgl. St. G. G. v. 21. Dec. 1867 R. G. B. Nr. 141 §. 13 III. 2, Landesord. §. 17 III. 3, Gef. vom 21. Dec. 1867 R. G. B. Nr. 146 §. 15), und nur die Verordnung blos obrigkeitliche, nur auf der Autorität der obrigkeitlichen Aemter und Behörden beruhende Rechtsbildung sein sollte,<sup>16)</sup> hat die Mehrzahl der Verfassungen es unangemessen gefunden; diese Idee in ihrer reinen Gestalt zur Ausführung zu bringen;<sup>17)</sup> und zwar finden sich Abweichungen von derselben nach zwei Richtungen hin: Einerseits kann sich — in der Erlassung von Nothverordnungen — unter Voraussetzungen, die staatsrechtlich ganz genau bestimmt sind, die vollziehende Gewalt geradezu an die Stelle der gesetzgebenden setzen, und einer Bestimmung, die an sich Verordnung ist, die Bedeutung eines provisorischen Gesetzes beilegen, andererseits sind die Kriterien des Gesetzes überhaupt in der Verfassung in solcher Weise bezeichnet, daß sie (allerdings nicht ohne einen Verstoß gegen die Verfassung selbst) denkbarerweise auch einer Norm verliehen werden könnten, der

---

ergangenen Rechtsnormen sind: Kaiserliches Patent, kaiserliche Verordnung, Ministerialerlaß oder Ministerialverordnung. Vgl. Pat. 27. Dec. 1852 (R. G. B. Nr. 260) §§. 1, 2, 4 und f. Näheres bei Unger I S. 26 ff.

<sup>12)</sup> Diplom 20. Oct. 1860 R. G. B. Nr. 226, I., vgl. Pat. 26. Februar 1861 R. G. B. Nr. 20 a. A., Beilage I hiezu (Grundgesetz über die Reichsvertr.) §§. 10—12, Beilage II (Landesordnungen §§. 16 ff.), Gesetz 21. December 1867 R. G. B. Nr. 141 §§. 11—13.

<sup>13)</sup> Für gewisse Anordnungen sind auch jetzt noch bestimmte Namen herkömmlich; so werden z. B. die Verordnungen, durch welche die parlamentarischen Vertretungskörper einberufen werden, immer als Patente bezeichnet; gewisse Gesetze führen noch immer den Namen Ordnungen (z. B. Concurs-, Strafproceß-, Notariatsordnung) u. s. w.

<sup>14)</sup> Selbst dem Begriffe des Gesetzes ist es nicht immanent, daß durch dasselbe ein für längere Dauer bestimmter Rechtsatz geschaffen werde; nicht nur kommen oft genug transitorische Bestimmungen in Gesetzen vor (z. B. Ehegesetz vom 25. Mai 1868 R. G. B. Nr. 47 Art. IV, Gef. 31. März 1875 R. G. B. Nr. 52), sondern es werden sogar Bestimmungen, die blos einen einmaligen Credit gewähren, als Gesetze bezeichnet (z. B. Gesetz 17. Mai 1874 R. G. B. Nr. 66). Vgl. Böhm I S. 284.

<sup>15)</sup> Vordem nach §. 13 des cit. Grundgesetzes über die Reichsvertretung vom 26. Febr. 1861. Vgl. über das Staatsnothrecht überhaupt Bluntzschli Allg. Staatsrecht S. 237 ff.

<sup>16)</sup> Wächter II S. 20, 22 f., Bluntzschli Allg. Staatsr. S. 8, 12, v. Stein Handbuch der Verwaltungslehre (2. Aufl. 1876) S. 18 ff., 27 ff., Bähr Rechtsstaat S. 16, 185: „Ist das Gesetz Feststellung von Rechtsgrundätzen, so kann man die Verordnung Feststellung von Verwaltungsgrundätzen nennen.“ Vgl. Portalis S. 203: „... Reglements sind Handlungen der Amtsgewalt, die Gesetze hingegen Handlungen der Staatshoheit.“ Ueber die inneren Gründe, die Gebiete der Gesetzgebung und Ordnungsgewalt genau gegen einander abzugrenzen s. die treffende Bemerkung Beker's S. 48 f.

<sup>17)</sup> Vgl. z. B. E. Meier in Holtendorff's Encycl. I S. 845 f.

das materielle Wesen des Gesetzes nicht innewohnt, ohne daß doch darum, und stünde letzteres auch noch so fest, der Civilrichter berechtigt wäre, ihr die Anwendung zu versagen.

Als formelle Kriterien des (Reichs- oder Landes-) Gesetzes<sup>18)</sup> im technischen Sinne nennt nämlich Art. 10 St. G. G. über die Ausübung der Regierungsgewalt vom 21. Dec. 1867 (R. G. B. Nr. 145): (1) „Kundmachung . . . im Namen des Kaisers (2) mit Berufung auf die Zustimmung der verfassungsmäßigen Vertretungskörper und (3) unter Mitfertigung eines verantwortlichen Ministers.“<sup>19)</sup> Provisorische Gesetzeskraft haben aber nach §. 14 St. G. G. v. 21. Dec. 1867 (R. G. B. Nr. 141) auch (1) im Namen des Kaisers ohne Berufung auf die Zustimmung des Reichsrathes<sup>20)</sup> erlassene (Noth-)Verordnungen, „wenn sie (2) von sämmtlichen Ministern unterzeichnet sind und (3) mit ausdrücklicher Beziehung auf diese Bestimmung des Staatsgrundgesetzes kundgemacht werden.“<sup>21)</sup> Jede andere Rechtsnorm, mag sie vom Kaiser mit oder ohne<sup>22)</sup> Contratsignatur eines Ministers oder mag sie von den staatlichen und autonomen Verwaltungs- oder von den Justizbehörden ausgehen, fällt nunmehr unter den Begriff der Verordnung schlechthin.<sup>23)</sup><sup>24)</sup>

<sup>18)</sup> Für die vom Kaiser sanctionirten Beschlüsse der Delegationen des Reichsrathes und des ungarischen Reichstages hat unser Staatsrecht noch keinen technischen Namen ausgebildet. Die Finanzgesetze (Staatsvoranschläge) für die Jahre 1868—1875 (R. G. B. 1868 S. 217, 1869 S. 147, 1870 S. 135, 1872 S. 73, 1873 S. 213, 1874 S. 71 und 488) bezeichnen sie als „Allerhöchst genehmigte Delegationsbeschlüsse“, und der Staatsvoranschlag für 1876 (R. G. B. 1875 S. 394) erwähnt ihrer in der entsprechenden Rubrik überhaupt nicht. Sie sind zwar ohne Zweifel als Gesetze aufzufassen (§. 15 Ges. v. 21. Dec. 1867 R. G. B. Nr. 146), obwohl das Gesetzgebungsrecht der Delegationen kein eigenes, sondern ein von dem Reichsrathe und Reichstage abgeleitetes, staatsrechtlich diesen zustehendes ist (§. 6 des. Ges.), daher denn auch so manche Delegationsbeschlüsse ihre Verwirklichung erst in je einem von den Vertretungskörpern jeder Reichshälfte selbständig beschlossenen Gesetze finden — aber die dafür vorgeschlagenen Namen: Reichsgesetze im engeren Sinne (Kirchstetter 2. Aufl. S. 12), Staatsgesetze (Maitisch in Kirchstetter 3. Aufl. S. 12) dürften ihr Wesen kaum richtig bezeichnen. — Dagegen sind die Namen Reichs- und Landesgesetze für die unter Zustimmung des Reichsrathes und bezw. des betreffenden Landtages zu Stande gekommenen Gesetze allerdings technische; s. Gesetz v. 10. Juni 1869 R. G. B. Nr. 113 §. 1 lit. c, Kais. Verordnung 17. Febr. 1863 R. G. B. Nr. 19.

<sup>19)</sup> Diese Kriterien sind dem Gesetze wesentlich; würde in einer als Gesetz bezeichneten Norm die Berufung auf die Zustimmung des betreffenden Vertretungskörpers oder die ministerielle Gegenzeichnung fehlen, so wäre sie ungiltig und der Richter dürfte sie nicht zur Anwendung bringen. Menger S. 232 Note 11. Ueber die diesfalls in der vorconstitutionellen Zeit geltenden Sätze vgl. Unger I S. 28, 31 und Berger krit. Beitr. S. 55 f.

<sup>20)</sup> Von einem Rechte, Nothverordnungen an Stelle von Landesgesetzen zu erlassen, schweigt die Verfassung.

<sup>21)</sup> Diese Kriterien sind für die Gültigkeit der Nothverordnung gerade so wesentlich, als die in Note 19 bezeichneten für die Gültigkeit des Gesetzes. Menger a. a. D.

<sup>22)</sup> Gesetz vom 25. Juli 1867 R. G. B. Nr. 101 §. 1: „Jeder Regierungsact des Kaisers bedarf zu seiner Gültigkeit der Gegenzeichnung eines verantwortlichen Ministers.“ Vgl. §. 3 Al. a: „ . . . ohne Gegenzeichnung eines Ministers vollzogenen kaiserlichen Anordnungen.“

<sup>23)</sup> Nicht das ganze Gebiet des Verordnungsrechtes umfaßt daher Art. 11 St. G. G. über die Ausübung der Regierungsgewalt und Vollzugsgewalt: „Die Staatsbehörden sind innerhalb ihres amtlichen Wirkungskreises befugt, auf Grund der Gesetze Verordnungen zu erlassen . . .“ Vgl. Menger S. 232.

<sup>24)</sup> „Es ist ein wesentliches Verdienst der December-Verfassung, daß der publicistische Charakter jeder Rechtsnorm durch die im Texte angegebenen formellen Merkmale mit großer Leichtigkeit festgestellt werden kann.“ Menger S. 231 Note 9 a. E. Unzweifelhaft kann auch, was seit Geltung der Verfassung im Wege des Gesetzes festgestellt wurde, nur im Wege des Gesetzes (und provisorisch in dem der Nothverordnung) verändert oder aufgehoben werden. Was dagegen die Aenderung oder Aufhebung früher erlassener Rechtsnormen anbelangt, so muß nun doch nach rückwärts festgestellt werden, ob die fraglichen Normen ein

Als Quellen des bürgerlichen Rechtes können Gesetze, Nothverordnungen und Verordnungen schlechtweg erscheinen. Der Regel nach sind es jedoch Reichsgesetze, welche die privatrechtlichen Normen aufstellen.<sup>25)</sup>

III. Das richterliche Prüfungsrecht der Gesetze und Verordnungen. Die in neuerer Zeit viel besprochene,<sup>26)</sup> gewöhnlich dahin formulirte Frage: Ob der Richter das Recht (oder die Pflicht) habe, darüber zu befinden, ob ein Gesetz verfassungsmäßig zu Stande gekommen sei (richterliches Prüfungsrecht)<sup>27)</sup>, ist im Art. 7 St. G. G. über die richterliche Gewalt für das österreichische Recht positiv entschieden;<sup>28)</sup> und zwar in Ansehung der Gesetze im

Ausfluß der gesetzgebenden oder der vollziehenden Gewalt waren. Im ersteren Falle unterliegen sie nur der Aufhebung durch ein neues Gesetz (oder eine Nothverordnung), im zweiten auch der durch eine neue Verordnung. Im Einzelnen wird die Feststellung des publicistischen Charakters dieser älteren Normen nicht selten schwierig sein, da es an so bestimmt ausgeprägten formellen Kriterien, wie sie das heutige Verfassungsrecht bietet, fehlt. Selbst der Umstand, daß die ältere Norm unmittelbar oder mittelbar auf einer kaiserlichen Entschliebung beruht, entscheidet nicht immer für ihren Charakter als Gesetz (A. A. Menger S. 215), da ohne Zweifel auch in jener Zeit, in welcher die gesetzgebende Gewalt in der Hand des Monarchen allein ruhte, seine vollziehende Gewalt in der ersteren nicht aufging. Vgl. auch Wächter II S. 8, Dernburg I S. 29.

<sup>25)</sup> Vgl. Menger S. 246 Note 3; Bähr S. 188. Das St. G. G. v. 21. Dec. 1867 R. G. V. Nr. 141 §. 11 lit. k zählt „zum Wirkungskreis des Reichsrathes“ „... die Civilrechtsgesetzgebung, mit Ausschluß der Gesetzgebung über die innere Einrichtung der öffentlichen Bücker und über solche Gegenstände, welche auf Grund der Landesordnungen und dieses Grundgesetzes in den Wirkungskreis der Landtage gehören, ferner die Gesetzgebung über Handels- und Wechselrecht, See-, Berg- und Lehenrecht,“ vgl. auch lit. c, d, e und h des. Paragraphen; über die bedenkliche Unbestimmtheit der Abgrenzung des Wirkungskreises des Reichsrathes und der Landtage, die dadurch geschaffen wurde, daß die Landesordnungen (§. 18) als Landesangelegenheiten erklären, „alle Angelegenheiten in Betreff der Landeskultur,“ vgl. Kirchstetter (2. Aufl.) S. 13 Note 7, und die Debatten des Abgeordnetenhauses betreffend den „Gesetzentwurf über die Ausübung und den Schutz der Fischerei in den Binnengewässern“ in den „Verhandlungen des Hauses der Abgeordneten des österr. Reichsrathes.“ Achte Session 140. und 141. Sitzung (vom 23. u. 26. Oct. 1875) S. 4876—4902, 4909—4921. Ein Auskunftsmitglied in zweifelhaften Fällen dieser Art bietet allerdings die Zulässigkeit von Landtagsbeschlüssen, kraft deren ein dem Landtag überlassener Gegenstand der Gesetzgebung „für diesen Fall und rücksichtlich des betreffenden Landtages in den Wirkungskreis des Reichsrathes“ übergehen kann. St. G. G. 21. Dec. 1867 Nr. 141 §. 12 Al. 2. Von diesem Mittel haben einige (nicht alle) Landtage Gebrauch gemacht, als es sich um die gesetzliche Regelung der Anlegung neuer Grundbücher handelte: Gesetze vom 2. Juni 1874 R. G. V. Nr. 88—91, 97, 98, Gesetz 11. März 1875 R. G. V. Nr. 29. Vgl. Kaserer Oesterr. Gesetze mit Materialien XX S. 26, 47, 94 ff., XXII S. 52.

<sup>26)</sup> Angaben über die reiche Literatur dieser Frage, aus der R. v. Mohl „über die rechtliche Bedeutung verfassungswidriger Gesetze“ (in „Staatsrecht, Völkerrecht und Politik“ Bb. I S. 66—95) hervorgehoben zu werden verdient, bei Windscheid Pand. §. 14 Note 2, Menger S. 234 f. Note 14. Dazu etwa noch Bähr S. 189, Dernburg I S. 34, Förster I S. 34, Befeler S. 52, Stobbe I S. 110, E. Meier in Holtzendorff's Encycl. II/2 S. 393 ff. (2. Aufl.).

<sup>27)</sup> Diese übliche Formulirung der Frage ist übrigens keine ganz correcte. Es handelt sich nicht eigentlich um ein besonderes Prüfungsrecht, sondern vielmehr um „den bloß verfassungsmäßigen Gehorsam, sei es der einfachen Bürger, sei es der Behörden“ (Mohl S. 66), also um die viel allgemeinere Frage nach den Voraussetzungen der Existenz der Rechtsnormen, insbesondere um die Frage, ob Verfügungen, die sich äußerlich als Rechtsnormen (Gesetze) präsentiren, verbindende Kraft für Jene haben, die den Gesetzen unterworfen sind; das Prüfungsrecht ist nur die am meisten in die Augen fallende Seite dieser Frage; und es handelt sich nicht um ein besonderes Recht des Richters allein, da die gleiche Frage sich auch für andere Organe der Staatsverwaltung aufwerfen muß, wenn auch gewiß die Stellung der Verwaltungsbeamten zu unserer Frage nicht gleich der des Richters ist. Vgl. Pland Jahrb. f. Dogm. IX S. 291 ff., Bluntschli S. 133 Note 2, F. R. Jur. Bl. 1873 S. 49 ff., 104 f., 125 f., Mohl S. 90 ff.

<sup>28)</sup> „Die Prüfung der Gültigkeit gehörig kundgemachter Gesetze steht den Gerichten nicht zu.“ Vgl. noch Ges. 18. April 1869 (Nr. 44) §. 30 und preuß. Verf. Art. 106.

technischen Sinne verneinend.<sup>29)</sup> Der Richter hat demnach, wenn eine Rechtsnorm, mit den formellen Merkmalen eines Gesetzes versehen,<sup>29a)</sup> verklündet worden ist,<sup>30)</sup> nicht<sup>31)</sup> zu prüfen, ob der Vertretungskörper, der nach dem Inhalte dieser Norm die in derselben entschiedene Frage berathen und entschieden hat, innerhalb seines verfassungsmäßigen Wirkungskreises handelte;<sup>32)</sup> er hat nicht zu prüfen, ob der in dieser Norm als zustimmend bezeichnete Vertretungskörper wirklich zugestimmt hat, ob er verfassungsmäßig constituirt, ob seine Mitglieder gesetzlich berufen,<sup>33)</sup> in der gehörigen Anzahl versammelt waren und ob sie ihre

<sup>29)</sup> Das für diese Entscheidung der Frage gewöhnlich (auch in dem Berichte des Verfassungsausschusses, der das St. O. über die richterliche Gewalt berieth) vorgebrachte Argument, es würde die richterliche Prüfung des Gesetzes auf die Verfassungsmäßigkeit seiner Entstehung und seines Inhaltes „den Richter über den Gesetzgeber stellen,“ trifft nur zur Hälfte zu. So richtig es wäre in dem Falle, wenn der Richter einem Gesetze die Anwendung versagen wollte, dem es an keinem der verfassungsmäßig erforderlichen Voraussetzungen fehlt, so wenig ist es in dem anderen Falle zutreffend, wenn es dem Gesetze an (nach der Verfassung) wesentlichen Voraussetzungen gebricht. Denn der Richter, der einem solchen Gesetze die Anwendung verweigert, würde, weit entfernt sich über den Staatswillen zu stellen, nur einem Willen den Gehorsam versagen, der sich für den Staatswillen ausgibt, ohne es zu sein. Windscheid a. a. O., Wächter II §. 7, Gengler Das deutsche Pr. R. (3. Aufl.) §. 8, vgl. auch Weseler S. 52, Mohl S. 84 ff. (Muntzschli S. 137 trägt das erwähnte Argument in wesentlich geänderter Fassung vor, indem er findet, daß, dürfte der Richter die Gültigkeit des Gesetzes prüfen, „die höhere Autorität des Gesetzgebers zwar nicht im Princip, aber im Erfolg der niedriger gestellten der Gerichte weichen . . . müßte.“) Nach der Natur der Sache (Puchta Vorl. I §. 15) müßte vielmehr der Richter, da es seines Amtes ist, seine Entscheidungen nur nach dem geltenden Rechte abzugeben, alle Voraussetzungen des Vorhandenseins eines Gesetzes zu prüfen berechtigt und verpflichtet sein, also die materielle und formelle Verfassungsmäßigkeit des Zustandekommens und des Inhaltes des Gesetzes gerade so gut, wie die gehörige Kundmachung. Wohl aber läßt sich zu Gunsten des Weges, den diesfalls das österr. Verfassungsrecht nach dem Vorgange anderer eingeschlagen hat, anführen, es könnte die Durchführung des theoretisch richtigen Principis „die Rechtsanwendung verwirren“. Es gäbe keine Rechtsnorm im Staate, deren allgemeine Anerkennung nicht jederzeit in Zweifel gezogen werden könnte, denn über Fragen, wie die, ob die erforderliche Zahl von Mitgliedern der gesetzgebenden Versammlungen bei der Berathung anwesend war, ob das Gesetz mit einfacher absoluter oder nur mit größerer Majorität beschloffen werden durfte, ob es in den Wirkungsbereich des Reichsrathes oder eines Landtages falle u. dgl., bilden sich nur allzuoft und leicht entgegengesetzte Meinungen, die der Rechtsicherheit geradezu verberblich werden könnten, wenn die ihnen zugeneigte Ansicht der einzelnen Gerichte auch für die Anwendbarkeit der betreffenden Gesetze entscheidend wäre. Um dieser Gefahr zu entgehen (also „nach positiver auf Zweckmäßigkeitserwägungen ruhender Bestimmung“ Dernburg S. 34, Kell er Pand. S. 6), gibt bei uns, wie in anderen constitutionellen Staaten die Verfassung dem Monarchen das Recht, „bei Gesetzen die Beobachtung der in der Verfassung vorgeschriebenen Formen durch sein Zeugniß mit Ausschluß jedes Gegenbeweises festzustellen.“ Menger S. 238 f.

<sup>29a)</sup> Es ist also allerdings wesentlich, daß der Zustimmung der verfassungsmäßig berufenen Vertretungskörper in dem Gesetze ausdrücklich Erwähnung geschehe. Menger S. 232 Note 11. Ebenso wesentlich ist die Mitfertigung eines verantwortlichen Ministers, und gewiß werden wie auch nach österr. Verfassungsrecht sagen müssen, daß der Richter, wenn je die Frage thatsächlich streitig würde, wer legitimer Kaiser von Oesterreich sei, in die Lage käme, zur Feststellung der Geltung der von einem der Präbenten publicirten Gesetze über die Legitimitätsfrage sein Urtheil abzugeben. Dernburg S. 34.

<sup>30)</sup> Ob sie gehörig verklündet worden ist, das zu prüfen ist allerdings seine Pflicht; diese Prüfung macht aber bei der heutigen Publicationsweise (unten) nirgends erhebliche Schwierigkeit. Vgl. Böhlau I S. 303 f.

<sup>31)</sup> Daß aber nicht alle im Folgenden bezeichneten Schranken auch den Staatsgerichtshof bei seiner Judicatur binden, und daß, wenn er einen Minister deshalb für schuldig erklärt, weil er verfassungswidrig an der Kundmachung einer Rechtsnorm mitgewirkt hat, diese sofort außer Kraft tritt, lehrt mit Recht Menger S. 234 Note 13. Ueber das Prüfungsrecht des Kaisers und der gesetzgebenden Körperschaften s. F. R. Jur. Bl. 1873, S. 49 f.

<sup>32)</sup> Der Richter hat also ein Landesgesetz auch dann anzuwenden, wenn er der Meinung sein sollte, daß nach der Verfassung der in demselben geregelte Gegenstand in den Wirkungsbereich des Reichsgesetzgebung falle. Menger S. 239 ff.

<sup>33)</sup> Vgl. Menger Note 21.

Zustimmung in der gehörigen Weise z. B. mit der erforderlichen Zweidrittelmajorität gegeben haben,<sup>34)</sup> und noch weniger darf der Richter die Anwendung des Gesetzes verweigern, wenn er etwa meinen sollte, das Gesetz widerstreite durch seinen Inhalt göttlichen Geboten, der Vernunft, der Verfassung, den Verpflichtungen des Staates gegenüber fremden Staaten (oder der anderen Reichshälfte), oder wohlherworbenern Rechten Dritter.<sup>35)</sup>

Von Verordnungen bestimmt der nämliche Art. 7: „Dagegen haben die Gerichte<sup>36)</sup> über die Gültigkeit von Verordnungen im gesetzlichen Instanzenzuge zu entscheiden.“ Bei Nothverordnungen, als welche unter gewissen formellen Voraussetzungen provisorische Gesetzeskraft haben, wird demnach der Richter die oben angegebenen formellen<sup>37)</sup> Voraussetzungen ihrer Gesetzeskraft, und ebenso zu prüfen haben, ob ihr Inhalt den verfassungsmäßig bestimmten Voraussetzungen entspricht<sup>38)</sup> und die staatsgrundgesetzlich bestimmte Dauer ihrer Geltung als provisorischer Gesetze noch nicht abgelaufen ist.<sup>39)</sup> Und es ist seine Pflicht, der

<sup>34)</sup> Selbst solche Schriftsteller, welche den Richter auch die Gültigkeit von Gesetzen prüfen lassen wollen, lehren dennoch, daß die „Legitimation der Abstimrenden, Verhandlungsform, Abstimmung, Stimmzählung, Anwesenheit der erforderlichen Anzahl von Mitgliedern“ (bei uns der Regel nach 100 im Hause der Abgeordneten, 40 im Herrenhause §. 15 St. G. G. 21. Dec. 1867 Nr. G. V. Nr. 141, Gesetz 2. April 1873 Nr. 40) als interna corporis der Prüfung des Richters entzogen seien; über diese Fragen entscheiden eben theils die Wahlcorporationen, theils die einzelne Kammer selbst, theils ihr Präsident. Plancé S. 364 ff., Windscheid a. a. O.

<sup>35)</sup> Menger S. 236 f.

<sup>36)</sup> Nicht auch die Verwaltungsbehörden. Vgl. F. R. Jur. Bl. S. 105, aber auch S. 51.

<sup>37)</sup> Kundmachung als kaiserliche Verordnung, Gegenzeichnung sämmtlicher Minister, Berufung auf §. 14 St. G. G. 21. Dec. 1867 Nr. 141 Nr. G. V. — Nicht auch die materiellen Requisite (bringende Nothwendigkeit, die sich zu einer Zeit herausstellt, wo der Reichsrath nicht versammelt ist), nicht auch die Frage, ob dieselben nicht internationalen oder Verpflichtungen gegenüber der andern Reichshälfte zuwiderlaufen. Bähr S. 190. Menger S. 242. Die Prüfung der „bringenden Nothwendigkeit“ erfolgt durch den wieder zusammentretenden Reichsrath selbst. Wäre er zur Zeit der Erlassung der Nothverordnung versammelt, so wäre die Action gegen dieselbe seine eigene Aufgabe. In ersterer Richtung wäre eine richterliche Prüfung etwas praktisch Unausführbares, in der zweiten etwas Ueberflüssiges.

<sup>38)</sup> §. 14 cit.: Nothverordnungen „können . . . erlassen werden, insofern solche keine Abänderung des Staatsgrundgesetzes bezwecken, keine dauernde Belastung des Staatsschatzes und keine Veräußerung von Staatsgut betreffen.“ Daß auch diese Momente der richterlichen Prüfung unterliegen, ergibt sich daraus, daß die Nothverordnungen trotz der Gesetzeskraft, die ihnen provisorisch zukommt, doch unter den Begriff der Verordnungen fallen. Menger S. 241 Note 26, S. 242, vgl. Bähr S. 190.

<sup>39)</sup> §. 14 cit. Nr. 2: „Die Gesetzeskraft dieser Verordnungen erlischt, wenn die Regierung unterlassen hat, dieselben dem nächsten nach deren Kundmachung zusammentretenden Reichsrathe, und zwar zuvörderst dem Hause der Abgeordneten binnen vier Wochen nach diesem Zusammentritte zur Genehmigung vorzulegen, oder wenn dieselben die Genehmigung eines der beiden Häuser des Reichsrathes nicht erhalten.“ Hiernach erlischt die Gesetzeskraft der Nothverordnungen unter den eben bezeichneten Voraussetzungen ipso jure (N. M. Dernburg I S. 30) und hat der Richter zu prüfen, ob diese Voraussetzungen vorliegen oder nicht. Daran darf nicht irre machen der Abs. 3 desselben §. 14, der das Gesamtministerium dafür verantwortlich macht, daß Nothverordnungen sofort außer Wirksamkeit gesetzt werden, sobald sie ihre provisorische Gesetzeskraft verloren haben, — denn daraus folgt keineswegs, daß ihre Wirksamkeit fortbauere, bis die Regierung sie außer Wirksamkeit gesetzt hat. Diese Anordnung (Abs. 3) hat nicht den Zweck, dem Richter die Prüfung der Fortdauer der Nothverordnung zu verbieten, sondern ihn der Mühe dieser Prüfung zu erheben. — Bis zu dem in Abs. 2 bezeichneten Momente hat die Nothverordnung provisorisch die volle Kraft eines Gesetzes, und auch Versagung der Genehmigung durch eines der beiden Häuser des Reichsraths nimmt ihr die Gesetzeskraft nur für die Zukunft, nicht auch nach rückwärts; und erlangt sie die Genehmigung des Reichsrathes, so bauert ihre Gesetzeskraft, nun ohne weitere Beschränkung, fort. Für beide Fälle aber — nicht nur für den Fall, daß sie die Gesetzeskraft verliert, von welchem Fall allein

Nothverordnung die Anwendung zu versagen, wenn dieselbe auch nur in einem dieser Punkte den im Staatsgrundgesetze aufgestellten Erfordernissen nicht entspricht.

Am weitesten geht das Prüfungsrecht bei Verordnungen schlechthin, indem es sich auf die formellen, wie die materiellen Voraussetzungen derselben erstreckt.<sup>40)</sup> Hier wird daher, trotz des Vorhandenseins aller formellen Erfordernisse, auch die Frage der Prüfung des Richters unterliegen, ob das Organ, von dem die Verordnung ausging, innerhalb seines „amtlichen Wirkungskreises“ berechtigt war, diese Verordnung zu erlassen. Wo Verordnungen „auf Grund der Gesetze“ ergingen, welche selbst ihre Vollziehung Verordnungen vorbehalten haben,<sup>41)</sup> wird man im Allgemeinen davon ausgehen dürfen, daß die Verordnung auch dann noch nur Ausführung des ihr zu Grunde liegenden Gesetzes sei, wenn sie Bestimmungen enthält, die nach den Regeln wissenschaftlicher Interpretation aus dem Gesetze schlechterdings nicht zu erschließen gewesen wären; nur widersprechen dürfte die Verordnung dem Gesetze nicht. Letzteres gilt gewiß auch von Verordnungen, denen jene gesetzliche Basis fehlt;<sup>42)</sup> diese müssen sich — und dies ist das positive Merkmal derselben<sup>43)</sup> — als Ausfluß der Vollzugsgewalt darstellen, also wenigstens zunächst den Zweck haben, das Handeln der staatlichen Organe zu bestimmen.

IV. Die Publication.\*) Nicht schon das verfassungsmäßige Zustandekommen<sup>44)</sup> macht das Gesetz (oder die Verordnung) zur bindenden Norm, mag auch schon das Aussprechen der Anordnung keinen Zweifel an dem Vorhandensein der gesetzgeberischen Absicht<sup>45)</sup> übrig lassen; damit sein Inhalt zum Rechtsatz werde, muß er (§§. 2, 3 a. b. G. B.) auch äußerlich erkennbar, kundgemacht,

Abf. 3 spricht — ist eine amtliche Kundmachung über das Ergebnis der Vorlage der Nothverordnung an den Reichsrath ein Postulat, dem auch die bisherige Praxis Rechnung getragen hat. (Vgl. einerseits die Verordnung des Gesamtminist. vom 11. März 1871 R. G. B. Nr. 17, womit die Nothverordnung vom 28. Juli 1870 R. G. B. Nr. 93, nachdem sie vom Abgeordnetenhaus zwar für die Vergangenheit gebilligt, ihr aber die Genehmigung weiterhin nicht erteilt worden war, außer Kraft gesetzt wurde — andererseits die Kundmachung des Gesamtministeriums vom 18. Febr. 1875 R. G. B. Nr. 13, womit bekannt gegeben wurde, daß der Reichsrath der Nothverordnung vom 13. Mai 1873 R. G. B. Nr. 65 und der dieselbe aufhebenden Nothverordnung vom 11. October 1874 R. G. B. Nr. 128 die verfassungsmäßige Zustimmung erteilt habe. Hieraus ergibt sich zugleich: Eine Nothverordnung kann aufgehoben werden durch Verweigerung der verfassungsmäßigen Zustimmung, durch Versäumniß rechtzeitiger Vorlegung und durch eine Nothverordnung entgegengesetzten Inhaltes, — nicht aber durch eine Verordnung schlechthin.)

<sup>40)</sup> S. bes. Menger S. 243 ff. und Bähr S. 189.

<sup>41)</sup> Nur von solchen Verordnungen („Vollzugsverordnungen“ v. Stein S. 30) spricht Art. 11 St. G. G. über die Ausübung der Regierungs- und Vollzugsgewalt; weit allgemeiner der das richterliche Prüfungsrecht regelnde §. 7 St. G. G. über die richterliche Gewalt.

<sup>42)</sup> „Verwaltungsverordnungen“ v. Stein a. a. D.

<sup>43)</sup> Menger S. 245 ff.

<sup>44)</sup> Vgl. R. v. Mohl Staatsrecht, Völkerrecht und Politik II. Bb. (= Politik I. Bb.) (Tübingen 1862) S. 597 ff. „Bekanntmachung der Gesetze“.

<sup>45)</sup> Wir haben weder für die vergangene Zeit, noch für die Gegenwart Anlaß, für die gesetzmäßige Abfassung („die Aussprechung selbst“ Brinz Pand. S. 113) oder für die Sanction des Gesetzes durch das Staatsoberhaupt (s. Zachariau Franz. C. R. I S. 64) den besonderen Begriff der Promulgation aufzustellen (Unger I S. 29 Note 2), der einen guten Sinn nur hat in dem „vielleicht zu künstlichen“ System (s. Schuster Comm. S. 37 f. Note a) faub daselbe „sonderbar“), das der code civ. über die Bedingungen aufstellt, unter welchen Gesetze verpflichtend sind. Uns und ebenso der herrschenden gemeinrechtlichen Doctrin sind die Begriffe Promulgation und Publication gleichbedeutend. So auch schon der Wiener Heineccius II S. 5.

<sup>45)</sup> Bühlau S. 289 ff., der mit Recht diese Absicht als etwas für den Begriff des Gesetzes Wesentliches betont. S. noch unten bei Note 61 und bei §. 12.

publicirt sein. Dieses Erforderniß „ist kein positives, sondern ein logisches“, denn „erst der ausgesprochene Staatswille ist staatlich vorhanden.“<sup>46)</sup> Daneben kommt „noch ein anderer, mehr materieller Gesichtspunkt entscheidend in Betracht: die Nothwendigkeit, Berufungen auf Rechtsirrtum abzuschneiden“ (richtiger: die Abschneidung solcher Berufungen zu rechtfertigen — s. unten Nr. VI). „Diesem Gesichtspunkte wird nicht jede beliebige Publicationsform, sondern nur die Gemeinkundigmachung der Gesetze gerecht.“<sup>47)</sup> Das ist denn auch der Standpunkt, den unsere Redactoren einhielten. Sie unterschieden nicht „zwischen der Publication als einem Theile der Gesetzesgeburt und der Publication als offener Verkündigung“ (Böhlau I S. 294 Note 1), sondern faßten die Publication, wie das auch heute noch überhaupt die herrschende Lehre ist, von vornherein im letzteren Sinne auf.<sup>48)</sup>

Gemeinkundigkeit, ganz buchstäblich genommen, ist jedoch freilich in concreto so gut wie unerreicht.<sup>49)</sup> Darum nimmt das Gesetz sie schon dann als erreicht an, wenn die Kundmachung eine „gehörige“ war d. h. wenn sie in der gesetzlich vorgeschriebenen Weise stattgefunden hat.<sup>50)</sup> Nur darauf kann es ankommen, nicht aber darauf, ob die Art der Kundmachung in der zweckmäßigsten Weise geregelt sei oder gar, ob in jedem einzelnen Falle durch sie die Kenntniß des Gesetzes für jeden, der demselben unterworfen ist,<sup>51)</sup> wirklich vermittelt

<sup>46)</sup> Böhlau I S. 294. Sehr wohl ließe sich in diesem Sinne verstehen w. g. G. B. I §. 10: „Ein Gesetz erhält durch die gehörige Kundmachung seine Kraft und Wirksamkeit.“

<sup>47)</sup> Böhlau a. a. D.

<sup>48)</sup> Vgl. oben S. 51 ff. Note 275—278. Die äußere Güte der Gesetze erfordere „zuvörderst eine zureichende Bekanntmachung, ohne welche sie keinen Gehorsam gründen können.“ (Vortrag 21. Dec. 1801.) Daher die Klagen, daß selbst die Behörden bei dem schlechten Zustande der Register und dem Mangel einer ordentlichen Sammlung die Gesetze nicht gehörig im Andenken behalten; darum wird als „Zweck“ der „angemessenen Form, Darstellung und Bekanntmachung der Gesetze“ bezeichnet, daß Niemand mit der Unwissenheit der Gesetze, die ihn verbinden sollen, sich entschuldigen könne. Die Kundmachung soll „Jedermann in Stand“ setzen, „sich die ihm nothwendige Kenntniß der Gesetze zu verschaffen“ (Vortragsbeilage 19. Jänner 1808). Das gleiche Streben dictirte den (nie zur Berathung gebrachten) Antrag der Commission in Steiermark: „Das Gesetz (= Gesetzbuch) wäre dann auch von den Kanzeln dergestalt kundzumachen, daß nach jeder Predigt einige Hauptstücke abgelesen werden,“ — also daselbe, was Bentham in der bei Mohl (S. 598 f. Note) mitgetheilten Stelle verlangte. S. noch Sonnenfels Grundf. I S. 330 f.

<sup>49)</sup> Nur von den Vorschriften des Naturrechts nahmen die Redactoren an, daß sie buchstäblich gemeinkundig seien, weil sie „von dem höchst vernünftigsten Wesen Jedem durch die Vernunft und das Rechtsgefühl verkündigt“ seien (oben Note 5). Vgl. §. 16 a. b. G. B. (v. „schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte“). Darum sagt Zeiller I S. 34 und Rippel Comm. I S. 44 von ihnen, sie bedürften keiner ausdrücklichen Bekanntmachung des Gesetzgebers im Staate.

<sup>50)</sup> Daß wirklich nur dies der Sinn der „gehörigen“ Kundmachung sei, würde schon darum nie bezweifelt worden sein, weil w. g. G. B. I §. 11 geradezu sagt: „auf die gehörige Art d. i. nach dem in einem jeden Land eingeführten Gebrauche“ — wenn nicht Zeiller I S. 36 Note \* gesagt hätte: „Wer das Gesetz wissen konnte, verbietet keine außerordentliche Rechtshilfe; wer es nicht wissen konnte, bedarf ihrer nicht, für ihn war das Gesetz nicht gehörig kundgemacht.“ Da Zeiller hiemit nur die Unangemessenheit der Josephinischen Vorschrift darthun wollte, nach welcher dem Irrenden unter Umständen außerordentliche Rechtshilfe in Aussicht gestellt war, so ist es nicht unmöglich, daß er den Fall, daß Jemand das Gesetz nicht wissen konnte, bei den schon damals bestehenden Einrichtungen (vgl. Zeiller S. 35) als einen praktisch gar nicht in Betracht kommenden dachte. Jedenfalls aber ist der Gedanke, das Gesetz sei für den, der es nicht wissen konnte, nicht gehörig kundgemacht, den Berathungsprotokollen fremd. Vgl. noch Rippel I S. 45 und Unger I S. 28 Note 1.

<sup>51)</sup> Allerdings aber tritt in den die Publication regelnden Verordnungen aus der Zeit der Codification (Note 53) der Gedanke bestimm hervor, daß Normen, die nur für den Richter oder nur für den Advocaten u. s. w. bestimmt sind, schon dann gehörig kundgemacht seien, wenn es nur diesen Kreisen ermöglicht ist, von denselben Kenntniß zu nehmen, mag auch das große Publikum nichts davon erfahren können.

werde,<sup>52)</sup> und es ist nur ein an die Gesetzgebung gerichtetes Postulat, daß sie die Kundmachung der Rechtsnormen so einrichte, daß es im Allgemeinen jedem daran Interessirten auch wirklich möglich werde, zu dieser Kenntniß zu gelangen.<sup>53)</sup>

Nach den jetzt bestehenden Einrichtungen ist die Einrichtung in amtliche Gesetzsammlungen das wichtigste Mittel, dessen sich die Staatsverwaltung im Interesse der Gemeinkundmachung der Gesetze, Verordnungen und der sonstwie benannten zur Veröffentlichung bestimmten Regierungserlässe bedient. In der früheren Zeit (s. Note 53 a. E.) sind die amtlichen Sammlungen nicht Publicationsmittel, sondern eben nur Sammlungen — sie sollen die Gesetze in glaubwürdiger Weise dauernd zusammenhalten, nicht aber Mittel ihrer ersten Bekanntmachung sein.<sup>54)</sup> Ueberhaupt aber fanden sich die Gesetze und Verordnungen erst vom Jahre 1780 (bezw. 1790) an in amtlichen Sammlungen vereinigt, und

<sup>52)</sup> Dernburg §. 20 S. 34 f.

<sup>53)</sup> Nach dem um die Zeit der Codification bestehenden, in jedem Lande eingeführten Gebrauch mag das theils bequemer, theils (trotz Zeiller I S. 35) schwieriger gewesen sein, als nach den jetzt bestehenden Einrichtungen. Dernburg S. 32: „Der absolute Staat kannte keine schlechtbin bindende Form für den Erlaß der Gesetze, weil der Wille des Monarchen, welcher allein entscheidend war, die Form, in der er sich ausdrückte, stets wieder aufs neue eigenmächtig gestalten konnte; . . . auch die verbindende Kraft blos mündlicher Bestimmungen des Monarchen (war) nicht zweifelhaft, welche als „aus allerhöchstem Specialbefehl“ hervorgegangen von den Ministern publicirt wurden.“ Ebenso schon Wiener Heinecius II S. 6. Die Mittel der Kundmachung waren in Oesterreich (wie anderwärts vgl. Beseler S. 51, Dernburg S. 32 f.) nicht überall die gleichen (s. die Verordnungen bei Winwarther Handb. I S. 32–35 Nr. 1–7). Im Allgemeinen bestanden sie in der Aushängung der von der Hofkanzlei und den Länderstellen einlangenden Patente und Circulars bei den Kreisämtern und der Versendung durch diese (unmittelbar oder unter Umständen mittelbar) an alle Dominien und Ortsobrigkeiten; die letzteren hatten die Verordnung mit einer Currende von Gemeinde zu Gemeinde herumzusenden; in den einzelnen Orten (Städten und Dörfern) selbst erfolgte die Kundmachung durch Anschlag an den öffentlichen Thoren und Kirchenthüren und durch Verlesung durch den Stadtsyndikus (Ortsrichter, Schulmeister) vor der am Sonntag auf dem Rathhause (in der Gemeinde-stube) versammelten Bürgerschaft in Gegenwart des Seelsorgers; in manchen Städten mußten die Hauseigentümer die Patente bei ihren Miethparteien circuliren lassen, zuweilen erfolgte auch Verlesung in der Kirche von der Kanzel (vgl. Böhlaus I S. 295). Drucklegung war allerdings Regel, aber diese Regel duldet noch mehrere Decennien später zahlreiche Ausnahmen. Die Aufnahme der Gesetze und Verordnungen in officiële Sammlungen erfolgte oft erst mehrere Jahre nach dem Inslebentreten derselben. Die Aufgabe dieser Sammlungen war also offenbar in erster Linie nicht die, die Gesetze gemeinkundig zu machen (unrichtig ist daher die Bemerkung in der Manz'schen Ausgabe des b. G. B. ad §. 3: „die authentische Kundmachung der Gesetze . . . erfolgte früher durch die J. G. S. . .“), sondern nur die, die schon publicirten Gesetze in authentischen Texten zu concentriren und dadurch ihrem späteren Vergessenwerden entgegenzuwirken. (Vgl. J. R. in der N. v. G. Z. 1857 Nr. 8.) Auch den bei der Redaction des Gesetzbuches theilhaftigen Factoren war der Gedanke noch fremd, die Gesetzsammlungen zum Zwecke der ersten Bekanntmachung der Gesetze zu benutzen. Die Universität Prag beantragte zu w. G. B. I §. 10, es solle auch die Art der Kundmachung angeordnet werden, und zwar, „daß die Kundmachung durch den Druck, dann auf dem Lande durch Anschlagung und Ablegung, in den größeren Städten aber durch Anschlagung und Einverleibung in die Zeitungsblätter geschehen soll.“ Ebenso dachten auch die Redactoren selbst an eine Gesetzsammlung als Mittel der Gemeinkundmachung noch nicht. Sie betonten nur, daß die Art der Kundmachung als eine politische Vorschrift (vgl. Zeiller I S. 34 und oben S. 117 Note 13) nicht im b. G. B. zu bestimmen sei (Prot. 21. Dec. 1801).

<sup>54)</sup> Das tritt sehr deutlich in der ganzen Einrichtung derselben hervor. Sie sind Sammlungen, die (nicht etwa in einzelnen Blättern oder Nummern, sondern) in großen, meist mehrere Jahre umfassenden Abtheilungen erschienen. Schon das der J. G. S. vorgebrachte „privilegium impressorium privativum“ spricht von der „über alle in den ersten vier Jahren Unserer Landesregierung ergangenen Justizverordnungen und Verfassungen zu Stande gebrachten Sammlung.“ Die älteste Verordnung (Patent) derselben datirt vom 17. December 1780, das Druckerprivileg aber vom 27. Juni 1785, und erst nach diesem Datum erschien der erste Band der Sammlung. Aehnlich verhält es sich mit den späteren Bänden und den anderen officiellen Sammlungen.

zwar in verschiedenen, je nachdem sie Justiz- oder politische Gesetze sind.<sup>55) 56)</sup> Danach pflegt man sie die Justizgesetzsammlung (früher Schönfeld'sche Sammlung) und die Politische Gesetzsammlung zu nennen. Die Titel der ersten lauten:

<sup>55)</sup> Ueber den Sinn, der nach dem Inhalt dieser Sammlungen mit diesen Begriffen verbunden ist s. Winwarther Comm. I S. 15 f.

<sup>56)</sup> Diesen amtlichen Sammlungen gehen im Anschluß an den Codex Austriacus und seine Supplemente (oben S. 4) rücksichtlich des in ihnen verarbeiteten Stoffes mehrere Privat- bezw. halbamtliche Sammlungen voraus, in denen der Regel nach Justiz- und politische Gesetze vereint sind (s. dieselben bei Stubenrauch Handb. der österr. Verwaltungs-Gesetzkunde I S. 7 ff. der ersten Auflage). Die wichtigsten derselben, die auch trotz Erscheinens der officiellen Sammlungen ihre Fortsetzung fanden (obwohl die Gerichte sich bei Begründung ihrer Beschlüsse seit dem Hofd. 15. Juli 1823 J. G. S. Nr. 1953 auf sie nicht berufen durften vgl. Dernburg S. 33 Note 5), sind die von Kropatschek herausgegebenen. Die Titel lauten:

„Sammlung aller k. k. Verordnungen und Gesetze vom J. 1740—1780, die unter der Regierung des Kaiser (sic) Joseph II. theils noch ganz bestehen, theils zum Theile abgeändert sind, als ein Hilfs- und Ergänzungsbuch zu dem Handbuche aller unter der Regierung des Kaiser Joseph II. für die k. k. Erbländer ergangenen Verordnungen und Gesetze in einer chronologischen Ordnung.“ 8 bezw. 9 Bände, in zweiter Auflage 1787 in Wien erschienen. (Band I enthält die Jahre 1740—53, II 1753—55, III 1755—60, IV 1760—65, V 1766—69, VI 1770—73, VII 1774—76, VIII 1777—80, IX ist ein „Hauptelenchus und Repertorium über alle 8 Bände . . . in einer chronologischen Ordnung und systematischen Verbindung“ d. h. mit systematischem Register, innerhalb dessen in den einzelnen Abtheilungen die chronolog. Ordnung eingehalten ist, und einem alphabetischen Hauptrepertorium. Der Herausgeber nennt sich nicht.

„Handbuch aller unter der Regierung des Kaiser Joseph des II. für die k. k. Erbländer ergangenen Verordnungen und Gesetze in einer systematischen Verbindung.“ 18 Bde. 8<sup>o</sup>, je mit alphab. Repertorium. Zu den ersten 11 Bänden, welche 1785—88 (zum Theil in 2. Aufl.) in Wien erschienen und die J. 1780—86 enthalten, erschien 1788 „auf allerhöchsten Befehl“ ein Hauptrepertorium in 2 Bänden. Das Material ist in 9 Hauptabtheilungen mit vielen Unterabtheilungen (in nicht zweckmäßiger Weise, da das Werk nicht aus einem Guße ist) eingeordnet. Auch hier nennt sich der Herausgeber nicht. — Daran schließt sich die

„Sammlung der Gesetze, welche unter der glorreichsten Regierung des König Leopold II. in den sämtlichen (sic) k. Erblanden erschienen sind in einer chronologischen Ordnung.“ 5 Bände, 1790 ff., je mit alphab. Reg.; der letzte Band mit alphab. und chronol. Repert. über das ganze Werk. Der Herausgeber nennt sich nicht.

„Sammlung der Gesetze, welche unter der glorreichsten Regierung des Kaiser Franz des II. in den sämtlichen k. k. Erblanden erschienen sind in einer Chronologischen Ordnung von Joseph Kropatschek.“ Wien, 25 Bände (ohne Angabe des Druckjahres), enthaltend die Jahre 1792—1808. Jeder Band enthält am Anfang ein chronol., am Ende ein alphab. Register. In der Vorrede ist gesagt, der Kaiser habe dem Herausgeber „durch neuerliche a. h. Entschließung vom 20. Sept. (1792) die Erlaubniß zur Fortsetzung der bisher unter Genehmigung der höchstseligen dreien Regierern (sic) bearbeiteten Gesetz-Sammlung ertheilt.“

Dieses Werk wurde fortgesetzt in weiteren 32, die Jahre 1809—31 enthaltenden Bänden von Goutta (Wien 1812—33). Jeder Band dieser Fortsetzung hat drei Titelsblätter:

a) „Sammlung der politischen und Justizgesetze, welche unter der Regierung Sr. Majestät Kaisers Franz I in sämtlichen k. k. Erblanden erlassen worden sind in chronologischer Ordnung von Wilhelm Gerhard Goutta. I (u. f. w.) Band.“ b) „Fortsetzung der von Joseph Kropatschek verfaßten Sammlung der Gesetze. Enthält sämtliche politische und Justizgesetze, welche u. f. w. (wie a). I (u. f. w.) Fortsetzungs-Band.“ c) Wörtlich wie b), nur heißt es statt I (u. f. w.) Fortsetzungsband: „XXVI (u. f. w.) Band.“ Hieran schließt sich (also an den 57. bezw. 32. Band) die „Fortsetzung der ursprünglich vom Hofsekretär Joseph Kropatschek, später vom Hofsekretär W. G. Goutta redigirten Sammlung der Gesetze im politischen, Cameral- und Justizfache, welche unter der Regierung Sr. k. k. Majestät Franz I. in sämtlichen k. k. Staaten erlassen worden sind, in chronologischer Ordnung. Hgg. v. Franz Kav. Pichl.“ Der ganzen Sammlung 58—60. Band bezw. 33—35. Fortsetzungsband. Wien 1834.

Die fernere Fortsetzung hat wieder Doppeltitel:

a) „Fortsetzung der . . . Ferdinand I. . . Ordnung . . .“ 61—72. Band (36. bis 47. Fortsetzungsband), Wien 1837 ff. b) „Vollständige Sammlung aller im politischen . . . in chronolog. Ordnung nebst einem alphab. geordneten Materien-Register. Hgg. von

„Joseph des Zweyten Römischen Kaisers Gesetze und Verfassungen im Justiz-Fache. Für Böhmen, Mähren, Schlesien, Oestreich ob und unter der Enns, Steyermark, Kärnthén, Krain, Görz, Gradisca, Triest, Tyrol und die Vorlande. In den ersten vier Jahren seiner Regierung.“ Die Fortsetzungen, deren es unter Joseph II. fünf gibt, sind zwar in einer Ueberschrift, nicht aber auf dem Titelblatt als solche bezeichnet; sie führen den vorigen Titel, nur heißt es: „in dem fünften (bezw. sechsten, siebenten, achten, letzten) Jahre seiner Regierung.“ Jede Fortsetzung ist selbständig paginirt und mit einem eigenen alphabetischen Register versehen. Daran schließen sich ganz gleich eingerichtet: „Leopold des Zweyten Römischen Kaisers Gesetze u. s. w. (wie oben). In dem ersten Jahre seiner Regierung.“ Die Fortsetzung ebenso: „. . . In dem zweyten und letzten Jahre seiner Regierung.“ Dazu noch zwei Nummern Nachtrag in der folgenden Sammlung:

„Er. Majestät des Kaisers Franz Gesetze und Verfassungen im Justizfache. Für die deutschen Staaten der Oesterreichischen Monarchie. In den ersten vier Jahren Seiner Regierung.“ Die erste Fortsetzung („Im fünften und sechsten Jahre Seiner Regierung“) hat nicht abgeforderte, sondern fortlaufende Paginirung und gemeinsames Register, in welchem die Gesetze aus den ersten vier Jahren als erster, die aus den zwei späteren Jahren als zweiter Theil bezeichnet sind. Die 2—8. Fortsetzung enthalten die Jahre 1798—1803, 1804—11, 1812—17, 1818—20 (mit einem Hauptrepertorium von 1780—1820), 1821 bis 1825, 1826—30, 1831 bis Ende Februar 1835. In der letzten Fortsetzung hat jeder Jahrgang sein eigenes Titelblatt, und lauten die Titel: „Gesetze und Verordnungen im Justiz-Fache vom Jahre 1831 (u. s. w.) für die deutschen Staaten der Oesterreichischen Monarchie.“ Dieser Titel und das eigene Titelblatt für jeden Jahrgang erhalten sich auch unter der Regierung Ferdinand's I. Doch sind fortlaufend paginirt die Jahrgänge 1835—41 und 1842—48. Den Beschluß macht ein 1854 erschienenes Repertorium über die Jahrgänge 1821—48. In der ganzen Sammlung aber hat die Regierungszeit jedes Regenten ihre eigene fortlaufende Zahlenreihe.<sup>57)</sup>

Darüber, daß die Justizgesetzesammlung (wie oben bei und in der Note 53 und 54 ausgeführt wurde) zunächst nur dazu bestimmt war, die schon publicirten Anordnungen zu sammeln und zu concentriren, kann kein Zweifel sein. Die herrschende Lehre nimmt aber — wenn auch nicht immer gleich weit gehend<sup>58)</sup> — an, die Justizgesetzesammlung sei allerdings auch als das Mittel einer nach-

Franz Kab. Pichl.“ I—XII. Band. Wien 1837—48 (enthaltend die Jahre 1837—46). Auffälligerweise verschweigt sowohl die Aufzählung bei Stubenrauch a. a. O. als auch die bei Mayerhofer Handbuch für den politischen Verwaltungsdienst (dritte Auflage. Wien 1875) I S. 32 Note 2 die Existenz des 12. Bandes dieser Sammlung. In beiden Aufzählungen ist auch in Rücksicht der drei ersterwähnten Sammlungen der Name des Herausgebers so genannt, als stünde er auf dem Titelblatte.

<sup>57)</sup> In Bände ist die J. G. S. nicht abgetheilt. Daß sie gewöhnlich in 14 Bände gebunden erscheint, ist etwas Zufälliges. Wollte man jede selbständig paginirte Abtheilung derselben als einen Band behandeln, so würde sie mehr als 14 Bände und zwar von sehr ungleichem Umfange ergeben.

<sup>58)</sup> Die Meisten lassen das im Text Folgende nur von solchen Gesetzen gelten, die sich als Erklärungen und Erläuterungen schon bestehender Gesetze darstellen. Vgl. namentlich Blaschke im Jurist XI S. 210. Turnes ebenda XII S. 246 ff. Ebenso Stubenrauch S. 14 Note \* (1. Aufl.), S. 7 Note 1 (2. Aufl.), der jedoch seine Meinung dadurch in weniger klarem Lichte erscheinen läßt, daß er im Text die Regel, von der er ausgeht, sammt den Ausnahmen, die er anerkennt, vollständig aufzuzählen scheint, und dann erst in der Note die hier in Frage stehende Beschränkung hinzusetzt, die von seinem Standpunkte ohne Zweifel als die bei weitem wichtigste Ausnahme angesehen werden müßte. — Dagegen findet sich bei Unger I S. 17 (ebenso schon Dfner Darstellung der allg. G. und Conc. D. 2. Aufl. I S. 2, 535) diese Beschränkung gar nicht anerkannt,

träglich für weitere Kreise vollzogenen Publication benutzt worden, indem die Aufnahme von ursprünglich nur für eine einzelne Provinz oder an eine einzelne Gerichtsstelle erlassenen Bestimmungen in die Justizgesetzsammlung der Regel nach<sup>59)</sup> als Ausdruck des Willens des Gesetzgebers erscheine, daß die fragliche Anordnung in dem ganzen Gebiete, für welches die Sammlung bestimmt ist, Geltung gewinne, und eben durch diese Aufnahme in die Sammlung als allgemeines Gesetz publicirt sei. Das ist jedoch in dieser Allgemeinheit nirgends bestimmt, und folgt auch nicht daraus, daß die Justizgesetzsammlung nach ihrem Titel die „für die deutschen Staaten der Oesterreichischen Monarchie“ bestimmten Gesetze enthält. Wohl aber sagt das Hofd. 29. December 1785 (Nr. 509) mit Beziehung auf die in der Justizgesetzsammlung enthaltenen Anordnungen und Weisungen, „die derzeit nur an einzelne Stellen über besondere Anfragen erlassen worden,“ es „sollen die Gerichtsstellen, wenn ihnen etwa in Zukunft ähnliche Zweifel auffallen sollten, welche durch diese Belehrungen die Aufklärung und Behebung bereits überkommen haben, sich dieselben ihres Ortes aus diesen Anordnungen von selbst aufklären und beheben.“ Hiernach sollten durch diese Weisung lediglich die Hofstellen der Mühe überhoben werden, einer vielleicht sehr langen Reihe von Behörden auf deren Zweifelsfragen über den Sinn eines ohnedies für alle diese Behörden in Geltung stehenden Gesetzes die gleichen aufklärenden Antworten zu wiederholen,<sup>60)</sup> keineswegs aber sollte damit gesagt sein, daß ein für eine Provinz in gesetzlicher Weise kundgemachter Rechtsatz durch seine Aufnahme in die Justizgesetzsammlung zu einem allgemein geltenden gemacht werde. Den Redactoren des Gesetzbuches (vgl. oben Note 53 a. E.) mochte das Hofd. von 1785, nachdem sich die Anschauungen über wissenschaftliche Interpretation gründlich geändert hatten (s. oben S. 18 Note 90), geradezu antiquirt erscheinen. Wagten sie es auch nicht, die richterlichen Anfragen ganz zu verbieten, so rühmten sie doch (Vortragsbeilage vom 19. Jänner 1808) dem §. 7 des Gesetzbuches nach, daß sich der Richter nun „nie in der Zwangslage befinde, erst um höhere Belehrung zur Entscheidung nachzusuchen.“

Hiernach ist es nur in sehr beschränkter Weise richtig, daß durch das Hofd. v. 1785 die Aufnahme einer Verordnung in die Justizgesetzsammlung die Bedeutung einer erneuten Publication erhalten habe.<sup>61)</sup> Das würde nie verkannt worden sein, wenn nicht unter dem Einfluß der herrschenden Lehre<sup>62)</sup> das Hofd. 20. November 1818 (Nr. 1519) erklärt hätte, es sei das Hofd. vom 15. März 1784,<sup>63)</sup>

<sup>59)</sup> Die Ausnahmen, die von dieser Regel gemacht werden, sind — abgesehen von der in voriger Note berührten — ziemlich selbstverständlich. Es soll nämlich die Anordnung trotz der Aufnahme in die J. G. S. nicht über ihr ursprüngliches Geltungsgebiet hinaus zur Anwendung kommen, wenn 1) entweder in ihr selbst ausdrücklich gesagt ist oder 2) sonstwie aus ihrem Inhalt zu entnehmen ist, z. B. weil sie sich auf bloß provinzielle oder locale Einrichtungen bezieht, daß sie nur locale Geltung beanspruche oder 3) wenn sie zur Erläuterung oder näheren Bestimmung eines Gesetzes erließ, welches unter eine der beiden erstgenannten Kategorien fällt. Beispiele für alle diese Fälle sind aufgezählt bei Maschke a. a. D. S. 210 ff.

<sup>60)</sup> Ausdrücklich bezeugt dies Prato bevera Mat. VII S. 197 Note 10, und nennt als Veranlassung des Hofd. v. 1785 die häufigen in Rücksicht der Gerichts- und Concursordnung gestellten Anfragen.

<sup>61)</sup> Was die herrschende Lehre als allgemeine Regel aufstellt, entfällt ganz und gar. Was übrig bleibt (Text bei Note 60) ist eine Regel von ganz anderem Inhalt. Allerdings aber spricht dieses Hofd., wenn auch mit gewissen Beschränkungen aus, daß die Ausnahme gewisser Anordnungen in die J. G. S. in gesetzgeberischer Absicht geschehe, während diesen Anordnungen von Haus aus eine solche Absicht fehlte. Vgl. Böhlen I S. 298.

<sup>62)</sup> Schon Winivarter Mat. VII S. 170 setzt sie als eine feststehende voraus. Eben ihm tritt Prato bevera a. a. D. entgegen.

<sup>63)</sup> Betreffend die Amortisirung aller Satzposten. Dieses Hofd. enthält allerdings einen neuen Rechtsatz.

wenngleich nur an das böhmische Appellationsgericht gerichtet, „dadurch, daß es in der Folge in die Justizgesetzsammlung eingeschaltet wurde, vermöge Hofd. vom 29. December 1785 Nr. 509 der Justizgesetzsammlung allerdings auch für andere Provinzen als Norm aufgestellt“ worden. Schien hiemit die herrschende Lehre positiv sanctionirt zu sein, so hat doch die Gesetzgebung einerseits im Einzelnen entgegengesetzt praktizirt,<sup>64)</sup> anderseits aber wenige Jahre später eine Norm erlassen, die ex professo die Kundmachung regelnd, in umfassender Weise einen Grundsatz aufstellt, der mit der herrschenden Lehre geradezu unverträglich ist, und die Justizgesetzsammlung somit wieder lediglich als Sammlung schon publicirter Anordnungen, nicht aber als Publicationsorgan erscheinen läßt.<sup>65)</sup>

Die politische Gesetzsammlung ist betitelt: „Er. k. k. Majestät Leopold des zweyten politische Gesetze und Verordnungen für die deutschen, böhmischen und galizischen Erbländer: Auf allerhöchsten Befehl und unter unmittelbarer Aufsicht der politischen Hofstelle herausgegeben.“ 4 Bände 8<sup>o</sup> (Wien 1791 f.) mit je einem chronologischen Verzeichniß am Anfange und einem alphabetischen am Ende.

Gleich eingerichtet ist die Fortsetzung dieser Sammlung, die in 76 fortlaufend nummerirten Bänden (die ganze Sammlung umfaßt also 80 Bände) die Gesetze und Verordnungen von 1792—1848 enthält und 1793—1851 erschien. Die Titel lauten:

„Er. k. k. Majestät Franz des zweyten<sup>66)</sup> politische Gesetze und Verordnungen für die Oesterreichischen, Böhmisches und Galizischen Erbländer.<sup>67)</sup> Auf allerhöchsten Befehl und unter Aufsicht des Directorii.“<sup>68)</sup> Der 63. Band (erschienen 1837) ist betitelt:

„Er. k. k. Majestät Weil. Franz des Ersten, dann Er. k. k. Majestät Ferdinand des Ersten politische Gesetze u. s. w.“ Vom 64. Band ab heißt es:

„Er. k. k. Majestät Ferdinand des Ersten politische . . .“ u. s. w. Der letzte (76.) Band erschien 1851 und enthält die Verordnungen vom 1. Jänner bis 2. December 1848.<sup>69)</sup>

Außer diesen Sammlungen bestanden von 1818—1848 eine Reihe officieller Provinzialgesetzsammlungen, in welche alle von den Länderstellen

<sup>64)</sup> Ein Beispiel schon bei Pratobevera a. a. D. Ein anderes bei Turnes a. a. D. S. 249: Die Landesräthe in Steiermark baten um Ausdehnung des (Nr. 1936 der J. G. S. eingeschalteten) Hofd. v. 19. April 1823.

<sup>65)</sup> Hofd. 16. Nov. 1827 (Nr. 2319): „Alles, was als Gesetz dem Richter sowohl als dem Publikum zu wissen nöthig ist, und entweder neu verordnet oder wodurch ein schon bestehendes Gesetz erläutert wird, kann nur durch die politischen Behörden gütig publicirt werden. . . . Alles, was hingegen die richterliche Manipulation, die Abstellung einschlägiger Mißbräuche in gerichtlichen Verhandlungen, Weisungen an Richter einer abgeordneten Provinz, an Advocaten derselben u. s. w. betrifft, ist durch Appellations-Circulare oder Anordnungen, sei es gedruckt oder geschrieben, bekannt zu machen.“ Es bedurfte also immer specieller Publication durch die polit. Behörden oder die Appellationsgerichte — die Aufnahme in die J. G. S. konnte seither gewiß nicht genügen. So auch Turnes a. a. D. J. R. a. a. D.

<sup>66)</sup> Vom 28. Bande ab (1808, enthaltend das Jahr 1807) heißt es: „Franz des Ersten.“

<sup>67)</sup> Vom 53. Bande an heißt es: „Für sämtliche Provinzen des Oesterreichischen Kaiserstaates mit Ausnahme von Ungarn und Siebenbürgen.“

<sup>68)</sup> Im 10. Bande: „der höchsten Hofstelle;“ vom 11. ab: „der höchsten Hofstellen.“

<sup>69)</sup> Ein umfassendes Repertorium über die Sammlungen der polit. Gesetze bietet Hempel-Kürzinger Alphabetisch-chronologische Uebersicht der k. k. Gesetze und Verordnungen vom J. 1740 bis zum Jahre 1821. Wien 1825—27, 10 Bde. Fortsetzungsbände 1: 1829, 2: 1833, 3 (bearbeitet von Rantringer): 1847. (Reicht bis 1843.)

in ihrem Wirkungskreise erlassenen oder ihnen von den Hofstellen zur Einschaltung zugewiesenen Verordnungen aufgenommen wurden.<sup>70)</sup>

„Um hinsichtlich der Kundmachung der Gesetze, Verordnungen und sonstigen zur Veröffentlichung bestimmten Regierungserlässen die Unbestimmtheit der bisherigen Vorschriften zu beseitigen, und in denselben eine größere Zuverlässigkeit und Vereinfachung herzustellen, dann um hiebei auch dem Grundsätze der Gleichberechtigung aller . . . Nationalitäten volle Rechnung zu tragen,“ brach das Patent vom 4. März 1849 (N. G. B. Nr. 153<sup>71)</sup> mit den alten Regeln über die Kundmachung vollständig.<sup>72)</sup> Es schuf das „Allgemeine Reichsgesetz- und Regierungsblatt“ und „in jedem Kronlande“ „ein Landesgesetz- und Regierungsblatt“, regelte die Art ihrer Einrichtung und bestimmte, daß die in ihm „bezeichnete Art der Veröffentlichung der Gesetze und Verordnungen . . . in der Regel als die einzige gesetzlich vorgezeichnete Kundmachungsart zu betrachten“ sei. (§. 7 des Pat.) So sehr auch seither in wichtigen Beziehungen an der Einrichtung der officiellen Gesetzsammlungen geändert werden mußte<sup>73)</sup> — der bezeichnete Grundsatz ist (wenigstens in Ansehung des N. G. B.) immer unverändert festgehalten worden.<sup>74)</sup>

Nach dem derzeit in Kraft stehenden Gesetze vom 10. Juni 1869 (N. G. B. Nr. 113) ist das Reichsgesetzblatt bestimmt zur verbindenden Kundmachung

- a) der unter Mitwirkung des Reichsrathes zu Stande gekommenen Gesetze;
- b) der zur öffentlichen Bekanntmachung bestimmten Staatsverträge;
- c) der Verordnungen, welche auf Grund der Reichsgesetze erlassen werden,<sup>75)</sup> und werden alle diese Anordnungen unter fortlaufenden mit Ende eines

<sup>70)</sup> Vgl. darüber und f. das Verzeichniß derselben bei Stubenrauch Verw. G. R. §. 8.

<sup>71)</sup> Abgedruckt in der „Einleitung zu dem allgemeinen Reichs-Gesetz- und Regierungsblatte für das Kaiserthum Oesterreich“ Jahrg. 1849, S. II—IV; auf diese Stelle wird auch da, wo dieses Patent nach der Zeit seines Erscheinens einzurücken war (N. G. B. 1849 Ergänzungsband S. 173), verwiesen.

<sup>72)</sup> Vgl. die Daten über ähnliche Einrichtungen in anderen Ländern bei Stobbe Handb. I S. 112 Note 10. Doch bedeuten einige der dort angegebenen Sammlungen noch keineswegs einen Bruch mit dem alten Princip. In Preußen z. B. erfolgte die Centralisirung der Gesetzespublication auch erst 1846. Dernburg S. 33.

<sup>73)</sup> Vgl. in Ansehung des N. G. B.: Minist. Erlaß 22. Juli 1849 (N. G. B. Ergänz. B. Nr. 334), kais. Verordnung 7. Dec. 1849 (Nr. 31), kais. Verordnung 20. Dec. 1850 (N. G. B. Nr. 473, dazu den allerunterthänigsten Vortrag des Ministers v. Schmerling v. 15. Dec. 1850 im [61.] Beilageheft zum allg. N. G. u. R. Bl. S. 337 ff.), kais. Pat. vom 27. Dec. 1852 (N. G. B. Nr. 260), kais. Vbg. 31. Juli 1853 (N. G. B. Nr. 170 für die Militärgrenze), kais. Pat. 1. Jänner 1860 (N. G. B. Nr. 3), Gesetz 19. Mai 1868 (N. G. B. Nr. 45). Gegenwärtig (seit 1. Jänner 1870) ist die Einrichtung des N. G. B. geregelt durch Gesetz 10. Juni 1869 (N. G. B. Nr. 113), welches (§. 12) formell die damals bestehenden über die Kundmachung der Gesetze und Verordnungen erlassenen gesetzlichen Bestimmungen, sofern sie das N. G. B. betreffen, außer Wirksamkeit setzte, materiell aber die meisten derselben in sich aufnahm. — In Ansehung der Landesregierungsblätter (später: Landesgesetz- und Verordnungsblätter): kais. Patent 27. Dec. 1852 cit., kais. Pat. 1. Jänner 1860 (N. G. B. Nr. 3), Minist. Verordnung 14. März 1860 (N. G. B. Nr. 65), kais. Verordnung 17. Febr. 1863 (N. G. B. Nr. 19).

<sup>74)</sup> Ueber eine im Patent 27. Dec. 1852 §. 6 enthaltene Modification s. unten bei Note 81.

<sup>75)</sup> Das Patent v. 1849 §. 2 nennt als Inhalt des N. G. B.: „a) alle Reichs- und Landesgesetze; b) alle für das ganze Reich oder für einzelne Kronländer erlassenen kaiserlichen Patente und Verordnungen; c) die von den Ministerien nach ihrem Wirkungskreise zum Vollzuge der Gesetze erlassenen Verordnungen, es mögen diese letzteren in dem ganzen Reiche oder in einzelnen Theilen desselben allgemein verbindende Kraft haben.“ Das Patent von 1852 (§. 4) coordinirt weniger streng ordnend Patente und kais. Verordnungen, die zur Bekanntmachung bestimmten Staatsverträge, die Bestimmungen über Systemisirung und Organisation von öffentlichen Behörden und „die Anordnungen, welche

jeden Jahres abschließenden Zahlen aufgenommen (§. 1).<sup>76</sup>) Dagegen sind (§. 4) von der Kundmachung durch das Reichsgesetzblatt ausgeschlossen:

a) Die Ministerialerlässe, wodurch Industrieprivilegien verliehen, oder als übertragen, verlängert oder erloschen erklärt werden, und

b) die Ministerialverfügungen, welche sich nur auf den Wirthschaftsbetrieb vom Staatseigenthume oder von in Staatsregie stehenden Anstalten oder Unternehmungen beziehen (wie Preistarife ärarischer Fabrikate, Poststrittgelder u. dgl.).<sup>77</sup>)

Während das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch (Kundm. Pat. von 1811) und ebenso schon das westgalizische Gesetzbuch den deutschen Gesetzestext für den Urtext erklärt, wonach die veranstalteten Uebersetzungen in die verschiedenen Landes Sprachen zu beurtheilen seien, wurde das Reichsgesetzblatt ursprünglich „in allen (zehn) landesüblichen Sprachen“ gleichzeitig ausgegeben, und war bestimmt: „Die Texte in den verschiedenen Landes Sprachen sind gleich authentisch. Den nicht deutschen Texten ist die deutsche Uebersetzung beizufügen.“<sup>78</sup>) Von der Regel der Gleichzeitigkeit des Erscheinens aller Ausgaben gestattete schon die kais. Verordnung vom 7. December 1849 Ausnahmen zu machen in jenen Fällen, wo „nach Umständen die unverzügliche gleichzeitige Herausgabe in allen zehn Landes Sprachen nicht unmittelbar erforderlich erscheint.“ An dem Grundsatz der gleichen Authenticität aller zehn Texte hielt aber, um dem Grundsatz der Gleichberechtigung aller Nationen „bis an die äußerste Grenzlinie praktischer Ausführbarkeit“ „die vollste Verwirklichung“ zu geben (Vortrag 15. Dec. 1850 cit.) noch die kais. Verordnung vom 20. December 1850 fest.<sup>79</sup>) Erst das Patent 27. December 1852 (§§. 2, 3) erklärte für alle im Reichsgesetzblatte erscheinenden Gesetze und Verordnungen fernerhin<sup>80</sup>) den deutschen Text als den allein

von den Ministerien oder anderen obersten Verwaltungsbehörden des Reiches innerhalb ihres Wirkungskreises, mit verbindender Kraft zur Auslegung oder Vollziehung der Gesetze sowie zur Feststellung von Rechtsbeziehungen oder Obliegenheiten erlassen werden.“

<sup>76</sup>) So seit 1. November 1849. Die Zahlen, mit welchen die einzelnen Kundmachungen, die seither nach französischem Muster (Zacharia I S. 64 Note 2) — abweichend von der früheren Gepflogenheit — nur Ein Datum, das der kaiserlichen Sanction oder ministeriellen Ausfertigung, und Eine Geschäftszahl erhalten, in jedem Jahrgang des R. G. B. bezeichnet werden, sind arabische. Die Stücke (Nummern, Feste, Blätter) desselben dagegen, die eine oder mehrere Zahlen umfassen, erhalten ebenfalls für jeden Jahrgang abgefordert eine Bezeichnung mit fortlaufender Zahl in römischen Ziffern. — Da mit 2. December 1848 alle älteren officiellen Gesetzsammlungen abgeschlossen werden mußten, die neue Weise der Kundmachung der Gesetze und Verordnungen durch das R. G. B. aber erst mit 1. November 1849 begann, so wurde nachträglich ein Ergänzungsband zum R. G. B. zusammengestellt, welcher „blos als Sammlung daher auch in einer von dem eigentlichen Gesetzblatte abgeforderten Zahlenfolge . . . alle . . . seit 2. December 1848 bis Ende Sept. (Octob.) 1849 in den bisher üblichen Kundmachungsarten („einzelweise“) bekannt gegebenen Gesetze, Patente und Verordnungen“ enthält. Der erste Jahrgang des R. G. B. umschließt sowohl diesen Ergänzungsband als auch die Gesetze und Verordnungen vom 1. Nov. bis Ende Dec. 1849. S. die „Einleitung“ zum allg. R. G. u. R. Bl.

<sup>77</sup>) Die gleiche Bestimmung (und zugleich die Anordnung über die diesfalls geltende Publicationsweise) enthält schon das Gesetz von 1852 §. 5. Die ersten Jahrgänge des R. G. B. enthalten noch zahlreiche Verzeichnisse von Industrieprivilegien.

<sup>78</sup>) Pat. v. 1849 §. 1. Einleitung zum R. G. B. S. VI. Die nicht deutschen Ausgaben enthielten übrigens auf der rechten Seite auch den deutschen Text in Antiqua.

<sup>79</sup>) Obgleich schon diese Verordnung darauf beruhte, daß man erkannte hatte, daß das R. G. B. in seiner ursprünglichen Ausdehnung und Auflage in 10 Sprachen einen „wirklich ungeheueren materiellen Kraft- und Kosten-Aufwand in Anspruch“ nehme (der Jahrgang 1850 in summa 70 Millionen Quartbogen), und demgemäß Beschränkungen beschloffen wurden.

<sup>80</sup>) Nicht lange nachher (Min. B. 19. März 1853 R. G. B. Nr. 51) wurde die Bestimmung, daß der deutsche Text als der allein authentische anzusehen sei, auch auf die schon früher in dem R. G. B. erschienenen Gesetze und Verordnungen ausgedehnt. S. auch Pat. 1. Jänner 1860 §. 1.

authentischen und bestimmte, daß das Reichsgesetzblatt künftig nur in der authentischen Gesetzesprache zu erscheinen habe, die Uebersetzungen in die Landesprachen aber durch die Landesregierungsblätter zu veröffentlichen und die hinsichtlich der Uebersetzungen entstehenden Zweifel stets nach dem deutschen Texte zu lösen seien. Das Gesetz von 1869 endlich (§. 2) heißt das Reichsgesetzblatt wieder (durch das Ministerium des Inneren) in allen landesüblichen Sprachen der im Reichsrath vertretenen Königreiche und Länder herausgeben, der deutsche Text ist der authentische, die Ausgaben in den übrigen Sprachen enthalten die officiellen Uebersetzungen des authentischen Textes. Sämmtliche Ausgaben sind in der Regel gleichzeitig herauszugeben und zu versenden. Wo dies wegen des größeren Umfanges einer Kundmachung nicht bezüglich aller Ausgaben möglich sein sollte, ist die nachträgliche Herausgabe der übrigen Ausgaben thunlichst zu beschleunigen. Eine Beschränkung auf die bloße Einschaltung des Kundmachungs- oder Einführungspatentes in das Reichsgesetzblatt, wie sie das Gesetz von 1852 (§. 6) unter Voraussetzung der besonderen Bewilligung des Kaisers zur Kundmachung von Gesetzen von größerem Umfange (die dann gleichzeitig in besonderen Ausgaben zu erscheinen hatten) für hinlänglich erklärte,<sup>51)</sup> ist nach dem Gesetze von 1869, welches einer solchen Möglichkeit nicht gedenkt, nicht mehr zulässig.

Der officielle Titel des Reichsgesetzblattes lautete ursprünglich: „Allgemeines Reichsgesetz- und Regierungsblatt<sup>52)</sup> für das Kaiserthum Oesterreich.“ Nach dem Gesetze von 1869 §. 3 (also seit 1. Jänner 1870) führt es, entsprechend der dualistischen Gestaltung der Monarchie den Titel: „Reichsgesetzblatt für die im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder.“ Und zwar haben alle im Reichsgesetzblatt enthaltenen Kundmachungen, wofern nicht speciell etwas anderes bestimmt wird, für sämmtliche im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder zu gelten, und ist in diesem Falle das Gebiet, für welches die Kundmachung zu gelten hat, nicht besonders anzuzeigen. Nur wenn eine Kundmachung für ein kleineres Geltungsgebiet erlassen wird, ist der Gebietsumfang, für welchen sie erlassen wird, in ihrem Texte anzugeben.<sup>53)</sup>

Die in das Reichsgesetzblatt aufgenommenen Gesetze und Verordnungen sind mit dem Tage der Herausgabe und Versendung jenes Stückes der deutschen Ausgabe, in welchem sie enthalten sind, als gesetzlich kundgemacht anzusehen. (§. 5 Gesetz von 1869.)<sup>54)</sup> Die verbindende Kraft der dasselbst enthaltenen Kundmachungen beginnt jedoch, wenn in denselben nicht ausdrücklich eine andere Bestimmung getroffen wird,<sup>55)</sup> erst mit dem Anfang des fünf-

<sup>51)</sup> In diesem Falle erschien das Gesetz (oder die Verordnung) als gesetzlich kundgemacht, trotzdem es selbst im R. G. B. nicht eingerückt war. §. 7 des Pat. v. 1852. Vgl. noch §. 7 Pat. v. 1849.

<sup>52)</sup> Seit 1853 hieß es kurzweg: Reichsgesetzblatt.

<sup>53)</sup> Nach dem früheren Recht war „jeder einzelnen Verfügung . . . die Angabe . . . derjenigen Kronländer voranzuschicken, für welche sie zu gelten hat.“ Einleitung zum R. G. B. S. VI. Ebenso mußte nach §. 4 des Ges. v. 1852 „in allen Fällen . . . in dem kundzumachenden Erlasse selbst“ dessen Geltungsgebiet deutlich ausgedrückt werden. Die jetzt bestehende Einrichtung datirt von dem Ges. v. 19. Mai 1868 §§. 1, 2.

<sup>54)</sup> Ebenso §. 7 des Pat. v. 1852. Im Pat. von 1849 fehlt in Rücksicht des R. G. B. eine Bestimmung dieses Inhalts (§. 3 spricht nur von dem Zeitpunkt des Beginnes der verbindenden Kraft); in Rücksicht der im Landes-G. und R. B. enthaltenen von den Landesbehörden erlassenen Rechtsnormen dagegen sagt §. 6, sie seien mit dem Anfang des fünfzehnten Tages nach dem Datum des betreffenden Stückes „als in dem ganzen Kronlande gehörig kundgemacht und verbindlich anzusehen,“ wofern nicht eine andere Bestimmung getroffen wurde.

<sup>55)</sup> Uebereinstimmend diesfalls Pat. v. 1849 §. 3, kais. B. 20. Dec. 1850 §. 4, Pat. v. 1852 §. 8, Ges. v. 1869 §. 6. Bei Gesetzen von größerem Umfange wird, namentlich wenn ihre Durchführung umfassende Vorbereitungen erfordert, die verbindende Kraft regelmäßig auf einen späteren, vom Gesetze selbst bestimmten Zeitpunkt hinausgesetzt.

vierzigsten<sup>86)</sup> Tages nach Ablauf des Tages, an welchem die deutsche Ausgabe des betreffenden Stückes herausgegeben und versendet wurde.<sup>87)</sup> Da hienach als Regel eine *vacatio legis* von 45 Tagen gilt,<sup>88)</sup> so ist damit der im §. 3

Umgekehrt wird selten der Eintritt der verbindenden Kraft auf einen früheren, als den regelmäßigen Zeitpunkt gesetzt, z. B. auf den Tag der Kundmachung selbst, auf den Tag, an welchem jene Behörde, die das Gesetz zu handhaben hat, zur Kenntniß des Gesetzes gelangt, woraus sich von selbst ergibt, daß in den Fällen der letzteren Art das Gesetz möglicher Weise in den einzelnen Theilen seines Geltungsgebietes zu sehr verschiedenen Zeitpunkten verbindende Kraft erlangen kann. (Vgl. zu all' diesem Mohl S. 601 ff.) — Bei Gelegenheit des Erlasses der kais. Verordnung v. 20. Dec. 1850 hatte der Minister-rath beschloffen, regelmäßig den Anfangspunkt der Wirksamkeit des Gesetzes oder der Verordnung durch Bestimmung des Kalendertages oder durch anderweitige genaue Bezeichnung festzusetzen, so daß die Bestimmung „wegen der 45 Tage nur subsidiär“ zur Anwendung kommen sollte. Vortrag des Ministers v. Schmerling v. 15. Dec. 1850.

<sup>86)</sup> Nach dem Pat. v. 1849 §. 3 war maßgebend der dreißigste Tag nach Ablauf des Tages der Herausgabe und Versendung; erst die kais. V. 20. Dec. 1850 §. 4 erklärt den fünf- undvierzigsten Tag als den entscheidenden; indem sie (§. 1) durch Aufhebung der officiösen Versendung des R. G. B. an alle einzelnen Gemeinden die hervorgetretenen Uebelstände (riesige Kosten des R. G. B. und Verzögerung der Kundmachung umfangreicher Gesetze) zu heben trachtete, ordnete sie an, daß künftighin jedes Landesgesetzblatt in den respectiven Kronlandsprachen die für das bezügliche Kronland geltenden Gesetze und Verordnungen aus dem R. G. B. in vollständigem Texte anzunehmen habe (§. 3). Da hienach die Gemeinden nicht mehr verpflichtet erschienen, das R. G. B. anzuschaffen, und dessen Inhalt mithin regelmäßig nur durch das Organ der Landesgesetzblätter kennen lernten, so wurde der ursprünglich auf den dreißigsten Tag nach Ausgabe des R. G. B. festgesetzte Anfangspunkt der Wirksamkeit der Gesetze und Verordnungen um jenen Zeitpunkt hinausgerückt, „innerhalb dessen voraussetzlich die Versendung und der Wiederabdruck des respectiven R. G. B. Inhaltes in allen einzelnen Kronländern möglich sein wird.“ Vortrag 15. Dec. 1850. An dieser Bestimmung hat die Gesetzgebung festgehalten, auch nachdem ihr Grund wieder entfallen war. — Hienach sind die 45 Tage sicherlich kein Anwendungsfall der deutschrechtlichen Frist von sechs Wochen und drei Tagen.

<sup>87)</sup> Im Interesse der sicheren Berechnung der 45 Tage ist bestimmt, daß der Tag der Herausgabe, welcher mit dem Versendungstage zusammenstreffen muß, auf jedem Stücke des R. G. B. ausdrücklich anzugeben ist. Ges. v. 1869 §. 6. Ebenso schon §. 3 des Pat. v. 1849 und §. 8 des Pat. v. 1852. Erfolgt die Herausgabe eines Stückes des R. G. B. nicht in allen Ausgaben gleichzeitig, so ist auf den später erscheinenden Ausgaben dieses Stückes der Herausgabs- und Versendungstag des authentischen Textes anzugeben. §. 6 Ges. v. 1869. Vgl. Kais. V. v. 7. Dec. 1849. Während der Geltung des Pat. v. 1852 konnte diese Frage gar nicht aufgeworfen werden, da das R. G. B. nur in deutscher Sprache erschien.

<sup>88)</sup> Andere Gesetzgebungen (z. B. die Verfassung des norddeutschen Bundes Art. 2, Verfassung des deutschen Reiches Art. 2) lassen die verbindliche Kraft der Gesetze schon nach einer *vacatio* von 14 Tagen eintreten. Böhlau Medf. Landr. I S. 412 f. leugnet, daß in diesen vierzehntägigen Fristen die Anordnung einer *vacatio legis* gelegen sei und findet in denselben vielmehr „einen fictiven Vollendungs- und Endpunkt des Publications-Actes“ statuir. Publication durch Gemeinkundigmachung sei nämlich nicht schon mit der Veröffentlichung an sich, sondern erst mit der Verbreitung des betreffenden Stückes des Gesetzblattes in allen Theilen des Geltungsgebietes bewirkt, und die Bestimmung des cit. Art. 2 der B. V. wolle nur die hieraus entstehenden Beweisweiltäufigkeiten abschneiden durch die Annahme, daß die Publication in einem gewissen Zeitpunkte im ganzen Geltungsgebiet des Gesetzes als beschafft anzusehen sei. Böhlau findet also in diesen Gesetzgebungen noch immer jenen Gedanken festgehalten, den zuerst der Code Nap. (vgl. Zachariae-Puchelt §. 26) aufgestellt und nach diesem mehrere andere Gesetzgebungen (namentlich auch das preuß. Gesetz v. 3. April 1846, abgedruckt bei Koch Allg. Landrecht 6. Aufl. I S. 29) angenommen haben (den aber schon das preuß. Gesetz v. 10. April 1872 §. 4 [bei Koch S. 30] wieder aufgegeben zu haben scheint), einen Gedanken übrigens, von welchem Böhlau selbst auffallenderweise dahingestellt sein läßt, ob er mit Anordnung einer *vacatio legis* gleichbedeutend sei oder nicht. Für das öherr. Recht kann u. E. nicht zweifelhaft sein, daß die Frist von 45 Tagen eine so lange dauernde *vacatio* bedeute; zwar dem Pat. v. 1849 (§. 6 verb.: „mit dem Anfang des fünfzehnten Tages . . . geböhrig kundgemacht und verbindlich“) schien sehr bestimmt die gegentheilige Ansicht zu Grunde zu liegen, das Gesetz von 1869 §§. 5, 6 (und ebenso das Pat. v. 1852 §§. 7, 8) erklärt aber ausdrücklich, die

a. b. C. B. ausgesprochene Grundsatz<sup>89)</sup> in sein Gegentheil verkehrt. Die Regel ist nun nicht mehr die, daß Wirksamkeit und Kundmachung eines Gesetzes zusammenfallen, wofern nicht etwas Anderes bestimmt ist, sondern vielmehr die, daß die Kundmachung und die Wirksamkeit eines Gesetzes um 45 Tage auseinanderfallen, wofern nicht etwas Abweichendes speciell bestimmt ist.<sup>90)</sup>

Seit der Existenz des Reichsgesetzblattes war für das Gemeinkundigwerden der in demselben enthaltenen Kundmachungen in mehrfacher Weise so vorgesorgt, daß es Jedem, dem daran gelegen, ermöglicht wurde, sich die Kenntniß derselben leicht zu verschaffen. In diesem Sinne verfügt — ähnlich den älteren einschlägigen Gesetzen — das Gesetz von 1869, daß der Tag der Herausgabe jedes Stückes des Reichsgesetzblattes und die in demselben enthaltenen Kundmachungen unter genauer Bezeichnung der Ausgabe, deren Herausgabe erfolgt, im amtlichen Theile der Wiener Zeitung und der zu amtlichen Kundmachungen bestimmten Landeszeitungen unverzüglich kundzumachen (§. 6 a. E.),<sup>91)</sup> daß die landesfürstlichen Behörden, die Landesauschüsse und Communalämter jener Städte, welche eigene Statute haben, mit dem Reichsgesetzblatte von Amtswegen und unentgeltlich zu betheilen (§. 7),<sup>92)</sup> daß die Gemeinden zur Anschaffung eines

gesetzliche Kundmachung sei geschehen an dem Tage der Herausgabe und Versendung des betreffenden Blattes des R. C. B., die verbindende Kraft aber beginne der (gedankmäßigen) Regel nach 45 Tage später. Für uns besteht sonach kein Grund, von einer *vacatio legis*, d. h. einem zwischen der Kundmachung eines Gesetzes und dem Beginne seiner Wirksamkeit liegenden Zeitraum, nur dann zu sprechen, wenn in dem Gesetze selbst der Zeitpunkt seines Wirksamwerdens speciell bezeichnet ist oder dieser gar über die regelmäßigen 45 Tage hinaus erstreckt ist, sondern eine *vacatio legis* liegt immer vor, wofern das Gesetz nicht bestimmt, daß es sofort in Wirksamkeit zu treten habe. Und nur soviel ist allerdings zuzugeben, daß die legislativen Motive, auf denen die Anordnung einer *vacatio legis* beruht, nicht in allen Fällen die gleichen sind: Die regelmäßige *vacatio* von 45 Tagen hat im Allgemeinen die Tendenz, Jedem, den das Gesetz angeht, namentlich aber Richtern und Rechtsfreunden die erforderliche Zeit zu lassen, sich mit dem Inhalt des Gesetzes vertraut zu machen; wo dagegen das Gesetz selbst eine längere *vacatio* anordnet, da tritt in der Regel zu dem vorigen Motiv noch ein weiteres hinzu; es sollen in der Zwischenzeit die zur Ausführung des Gesetzes erforderlichen Maßregeln eingeleitet, oder es soll (bei tief-eingreifenden, vielfache Interessen berührenden Neuerungen) schonende Rücksicht auf das Publikum genommen werden, so daß die Interessenten Zeit gewinnen, noch unter der Herrschaft des alten Gesetzes einschlägige Verhältnisse zu ordnen u. dgl. Vgl. Schuster Comm. S. 38.

<sup>89)</sup> Er entsprach der damals herrschenden Lehre. Glück Comm. I S. 132 f. Wiener Heineccius I S. 26.

<sup>90)</sup> Es versteht sich von selbst, daß während der Dauer der *vacatio* das Gesetz nicht beobachtet werden muß; es ist aber auch zu behaupten, daß es während derselben noch gar nicht beobachtet werden kann, weil eben bis zum Wirksamwerden des neuen Gesetzes noch der frühere Rechtszustand fortbesteht. Wenn sich daher in den in der Note 88 a. E. berührten Fällen Jemand die *vacatio legis* zu Nutzen macht (z. B. sich höhere Zinsen bedingt, als das bereits publicirte, aber noch nicht in Wirksamkeit getretene Gesetz erlaubt), so kann darin kein in fraudem legis agere erblickt werden. Unger Syst. I S. 57 f. Umgekehrt würde es, wenn das neue Gesetz mehr erlaubt, als das bisherige, unzulässig sein, von dieser weiter gehenden Freiheit Gebrauch zu machen, bevor das Gesetz in Wirksamkeit getreten ist. Zacharia-Puchelt I S. 64 Note 4, Böhlan I S. 414 Z. 3. Würde sich aus dem Inhalt des Gesetzes ergeben, daß nur die Pflicht, nicht aber das Recht der Anwendung auf den Tag der Gesetzkraft verschoben sei (Böhlau S. 412), so müßte dies dahin zurechtgelegt werden, daß für dieses Gesetz nach zwei verschiedenen Richtungen hin zwei verschiedene Anfangspunkte seiner Wirksamkeit statuiert seien. Unabhängig hiervon ist die Möglichkeit, die Bestimmungen eines noch nicht in Wirksamkeit getretenen Gesetzes einstweilen noch bestehenden Dispositivgesetzen gegenüber zum Parteinutzen zu erheben. Böhlau S. 414 f., vgl. Förster I S. 34.

<sup>91)</sup> Vgl. Pat. v. 1849 §. 1, v. 1852 §. 12.

<sup>92)</sup> Vgl. Pat. v. 1849 §. 8, v. 1852 §. 10. Das letztere Gesetz, wie das v. 1869 betont übrigens, daß diese Betheilung auf das strengste Amtsbedürfniß zu beschränken sei. (Das Pat. v. 1860 §. 2 ließ nur landesfürstl. Behörden betheilen.)

Exemplares des Reichsgesetzblattes in einer der landesüblichen Sprachen verpflichtet seien (§. 9),<sup>93)</sup> daß bei jeder politischen Bezirks- (Communal-) Behörde das Reichsgesetzblatt in den landesüblichen Sprachen im Amtlocale aufzuliegen habe und in den Amtstunden Jedermann in dasselbe Einsicht zu gestatten sei (§. 8),<sup>94)</sup> endlich daß überhaupt dafür Sorge zu tragen sei, daß die schnelle Erlangung des Reichsgesetzblattes für Jedermann thunlichst erleichtert, die Bestellung auf dasselbe von jedem Postamt angenommen, der Preis möglichst billig gestellt, und die (portofreie) Versendung allenthalben nach Art der Zeitungen eingeleitet werde (§. 10).<sup>95)</sup> Die weitere Verfügung, daß nach Maßgabe der Umstände und des daraus hervorgehenden Erfordernisses zur möglichsten Verbreitung der im Reichsgesetzblatte kundgemachten Gesetze und Verordnungen auch noch andere Arten der Veröffentlichung (Einrückung in die amtlichen Zeitungen, öffentlicher Anschlag u. dgl.) angewendet werden können,<sup>96)</sup> darf schon nach dem Wortlaut nicht dahin verstanden werden, als könne eine andere Art der Veröffentlichung die Kundmachung durch das amtliche Gesetzblatt ersetzen und entbehrlich machen.<sup>97) 98)</sup>

Großentheils gleiche Regeln galten nach dem Patente von 1849 (§. 4 ff.) auch von den Landesgesetz- und Regierungsblättern. In jedem Kronlande sollte

<sup>93)</sup> Ebenso schon das Pat. v. 1849 §. 9. Die materiellen Schwierigkeiten der Durchführung dieser Bestimmung (das R. G. B. mußte in 135000 Exemplaren abgezogen werden, daher ungeheurer Kostenaufwand und Verzögerungen) sowie der lautgewordene Wunsch der „meisten Ortsgemeinden“ veranlaßten die kais. Verordnung 20. Dec. 1850 (vgl. den cit. Vortrag v. 15. Dec. 1850) zur Aufhebung der officiösen Versendung des R. G. B. an alle einzelnen Gemeinden, die fortan nur das betreffende Landesgesetzblatt anzuschaffen verpflichtet blieben. Daran hält auch das Pat. v. 1852 §. 12 und 1860 §. 2 fest. Die dualistische Gestalt der Monarchie hat es ermöglicht, wieder zu der ursprünglichen Regel zurückzuführen.

<sup>94)</sup> Das Pat. v. 1849 §. 10 verpflichtete die Gemeindeverstände, die Gemeinden sogleich von dem Erscheinen eines jeden Gesetzblattes in Kenntniß zu setzen, und die Einleitung zu treffen, daß sich Jedermann von diesen Blättern Einsicht verschaffen könne. Zum mindesten mußten die einzelnen Blätter durch 14 Tage im Gemeindehause zu Jedermanns Einsicht ausgelegt werden. §. 11 des Pat. v. 1852 läuft dem Gesetz v. 1869 parallel. S. noch Mayerhofer Handb. f. d. pol. Verwaltungsdienst (3. Aufl.) I S. 260 f.

<sup>95)</sup> Ebenso §. 12 des Pat. v. 1852. — Pat. v. 1849 §. 11; Erlaß 22. Juli 1849 R. G. B. Ergänz. B. Nr. 334.

<sup>96)</sup> §. 11 Gef. v. 1869, §. 13 des Pat. v. 1852. Das Pat. v. 1849 §. 7 spricht von „besonderen Abdrücken“, durch welche für die möglichste Veröffentlichung Sorge getragen werden soll.

<sup>97)</sup> Das Pat. v. 1852 besteht (verb.: „sind . . . anzuwenden“), das Gesetz von 1869 erlaubt (verb.: „können . . . angewendet werden“) diese anderen Arten der Veröffentlichung, beide aber setzen ausdrücklich voraus, daß auch die Veröffentlichung im amtlichen Gesetzblatt stattgefunden habe oder stattfinden. Ueber den Beginn der Wirksamkeit von Rechtsnormen, die in der eben bezeichneten Weise veröffentlicht werden, gilt denn auch gegenwärtig nichts Besonderes — sie treten in jenem Zeitpunkt in Wirksamkeit, in welchem ihre verbindende Kraft begonnen haben würde, wenn sie nicht anders, als durch das R. G. B. veröffentlicht worden wären. So in Rücksicht der Gesetze auch schon das Pat. von 1849 §. 7. In Ansehung der Verordnungen aber war es nach diesem Pat. „für solche Fälle den Behörden überlassen, mit gewissenhafter Erwägung der obwaltenden Umstände die Kundmachungsart zu wählen, und den Zeitpunkt der verbindenden Kraft derselben in der Verordnung selbst auszusprechen.“

<sup>98)</sup> Jeder Jahrgang des R. G. B. hat umfassende Register. Außerdem erschien ein „Vollständiges Sach- und Nachschlagereregister zum österr. R. G. B.“ von 1849—72 bearbeitet von F. Starr und ein Ergänzungsband hiezu 1872—75. Eine bemerkenswerthe (jedoch nur für den Jahrgang 1850 beibehaltene) Zugabe zum R. G. B. waren die Beilagenhefte, welche zu den wichtigeren Gesetzen und Verordnungen die Ministerialvorträge enthielten, womit die Entwürfe der Gesetze und Verordnungen zur a. h. Sanction vorgelegt und motivirt wurden. Sie erschienen nur in deutscher Sprache. Einzelne Vorträge dieser Art finden sich aber auch im R. G. B. selbst, z. B. Ergänzungsband S. 579, 610, 621, 753, R. G. B. 1850 Nr. 474 u. f. w.

ein solches in den Landes Sprachen mit beigelegter deutscher Uebersetzung erscheinen, und enthalten

a) Datum und die den Inhalt bezeichnende Aufschrift aller durch das Reichsgesetzblatt kundgemachten Gesetze und Verordnungen, sowie Nummer und Tag der Ausgabe des betreffenden Reichsgesetzblattes, dann die Landesgesetze des betreffenden Landes ihrem vollen Inhalt nach, und

b) alle von den Landesbehörden erlassenen Verordnungen, Verfügungen und Belehrungen über öffentliche Angelegenheiten. Und zwar waren, wofern nicht etwas anderes bestimmt wurde, die nach lit. b eingeschalteten Anordnungen „mit dem Anfang des fünfzehnten Tages nach dem Datum des Landesgesetz- und Regierungsblattes . . . . als in dem ganzen Kronlande gehörig kundgemacht und verbindlich anzusehen.“<sup>99)</sup> Auch sie wurden regelmäßig nur auf diesem Wege publicirt (oben Note 97). Alle Reichsbehörden und die in dem Lande befindlichen Behörden wurden mit den betreffenden Landesgesetz-Blättern unentgeltlich theilt<sup>100)</sup> und waren die Gemeinden zur Anschaffung je eines Exemplars des Gesetzblattes ihres Landes verpflichtet, in welches, wie in das Reichsgesetzblatt Jedermann Einsicht gestattet werden mußte.<sup>101)</sup> Seitdem die Ausdehnung des Reichsgesetzblattes beschränkt und die officielle Verbenzung desselben an die Gemeinden aufgehoben wurde (1. Jänner 1851), erfuhren die Landesgesetzblätter die Erweiterung, daß jedes Landesgesetzblatt in den respectiven Kronlandessprachen die für das bezügliche Kronland geltenden Gesetze und Verordnungen aus dem Reichsgesetzblatte in vollständigem Texte aufzunehmen hatte, wobei denn zugleich (oben Note 86) an die Stelle des dreißigsten Tages der fünf und vierzigste, vom Datum des betreffenden Reichsgesetzblattes gesetzt wurde, und die im §. 5 a des Patentes von 1849 angeordneten Citate entfielen. Das Patent von 1852 (§. 9 ff.) ließ an die Stelle der bisherigen Landesgesetz- und Regierungsblätter für ein oder mehrere Kronländer ein Landesregierungsblatt treten, welches unter der Aufsicht und Leitung der politischen Landesbehörde in zwei gesonderten Theilen erschien. Der erste Theil enthielt im deutschen Text und den betreffenden Landes Sprachen unter fortlaufenden mit Ende jedes Jahres abschließenden Zahlen von den im Reichsgesetzblatt erscheinenden Gesetzen und Verordnungen unter Angabe von Stück, Nummer und Ausgabstag alle jene, welche, wenn auch nur theilweise, in jenem Staatsgebiete Wirksamkeit haben sollten, wofür dieses Landesregierungsblatt bestimmt war;<sup>102)</sup> von den übrigen im Reichsgesetzblatt enthaltenen Gesetzen und Verordnungen eine kurze Anzeige des Gegenstandes. Der zweite Theil enthielt unter eigenen Nummern in den betreffenden landesüblichen Sprachen die von den Landesbehörden in ihrem Wirkungskreise erlassenen, zur Verlautbarung geeigneten Anordnungen, Verfügungen und Belehrungen, und jene Erlässe der Ministerien und obersten Reichsverwaltungsbehörden, welche von diesen zur Einschaltung besonders bezeichnet wurden. Als gesetzlich kundgemacht waren die im zweiten Theile erscheinenden Erlässe mit dem Tage ihrer Einrückung anzusehen, ihre verbindende Kraft begann mit dem Anfang des fünfzehnten Tages nach Ablauf des Tages der Einrückung, wofern sie nicht selbst eine abweichende Bestimmung enthielten.

Das kaiserl. Patent vom 1. Jänner 1860<sup>103)</sup> (Reichsgesetzblatt Nr. 3)

<sup>99)</sup> Rücksichtlich der im L. G. und N. B. erschienenen Landesgesetze sollte der dreißigste Tag nach ihrem Erscheinen im N. G. B. gerade so maßgebend sein, wie für alle übrigen im N. G. B. erschienenen Kundmachungen.

<sup>100)</sup> Vgl. Pat. v. 1852 §. 10.

<sup>101)</sup> Vgl. Pat. v. 1852 §§. 11, 12.

<sup>102)</sup> Insofern wurde also an der seit 1851 bestehenden Einrichtung festgehalten.

<sup>103)</sup> Seine Tendenz war „Vereinfachung der Kundmachung der Gesetze und Verminderung des Kostenaufwandes für den Staatsschatz und die Gemeinden“.

stellte das weitere Erscheinen der Landesregierungsblätter ganz ein (§. 1), und verfügte (§. 3), daß fortan die Centralbehörden bei den Einschaltungen in das Reichsgesetzblatt bestimmen sollten, welche Gesetze und Verordnungen, für welche Kronländer und in welchen Landessprachen zum Zwecke einer weiteren Verlautbarung mittelst besonderer Abdrücke auch den Gemeinden bekannt zu machen und auf Staatskosten an sie zu versenden seien. Dagegen sollte (§. 4) der Druck der zur Verlautbarung bestimmten Verordnungen der Landesbehörden auf Veranlassung der Landesstellen auf Kosten der Landesfonde stattfinden, und Behörden und Gemeinden nach Bedarf mit den Exemplaren betheilt werden. Als gesetzlich kundgemacht sollten sie <sup>104)</sup> erscheinen an dem Tage ihrer Einrückung; der Beginn ihrer Wirksamkeit war regelmäßig in ihnen selbst ausdrücklich zu bezeichnen, in subsidium hatte der fünfzehnte Tag nach dem Tage der Herausgabe als der des Beginnes der Wirksamkeit zu gelten.<sup>105)</sup> Im Uebrigen verwies das Patent auf das Gesetz von 1852 (§. 5). Endlich erklärte das auf Grund des §. 13 des Grundgesetzes von 1861 erlassene kaiserl. Patent vom 17. Februar 1863 (Nr. 19 R. G. B.), es sollten rüchichtlich der Kundmachung der Landesgesetze und des Beginnes ihrer verbindenden Kraft bis zur verfassungsmäßigen Revision des Patents von 1860 die in dessen §§. 4 und 5 enthaltenen Bestimmungen in Betreff der Verordnungen der Landesbehörden in Anwendung kommen. Seither erscheinen die Landesgesetze und die Verordnungen der Landesbehörden wieder gesammelt in „Gesetz- und Verordnungsblättern“.<sup>106)</sup>

V. Bedeutung der Wirksamkeit des Gesetzes. Was das bürgerliche Gesetzbuch „Wirksamkeit des Gesetzes“ nennt, bezeichnen die neueren Gesetze als seine „verbindende Kraft“; indem gesagt wird, daß die Wirksamkeit des Gesetzes oder seine verbindende Kraft von einem gewissen Zeitpunkte an beginne, soll ausgedrückt werden, daß die „rechtlichen Folgen“ eines gewissen juristischen Thatbestandes sich von diesem Zeitpunkte an nach den Vorschriften des fraglichen Gesetzes bestimmen.<sup>107)</sup> Das Josephinische Gesetzbuch I §. 3 erklärt die Wirksamkeit der Gesetze dahin: „Die Handlungen erhalten von denselben entweder ihre Gültigkeit oder Ungültigkeit, und die auf die Uebertretung verhängten Strafen werden verwirkt . . .“<sup>108)</sup> Ebenso erklärt das westgal. Gesetzbuch I §. 12, daß von dem Zeitpunkte des Beginnes der verpflichtenden Kraft des Gesetzes „die Handlungen der Staatsbürger ihre rechtliche Gültigkeit oder Ungültigkeit, ihre vortheilhaften oder nachtheiligen Folgen nach dem Maßstabe des Gesetzes“ er-

<sup>104)</sup> Min. Verordnung 14. März 1860 (R. G. B. Nr. 65).

<sup>105)</sup> Diese Verordnungen erschienen von Jänner 1860 bis Ende December 1862 unter dem Titel: „Verordnungen und Bekanntmachungen der Landesbehörden“ . . . Jahrgang 1860 ff., in jedem Jahrgang unter eigener fortlaufender Nummerirung.

<sup>106)</sup> Auch die L. R. B. haben doppelte Register, und auch ihr Inhalt ist in selbständigen von Starr bearbeiteten Registerwerken zusammengefaßt.

<sup>107)</sup> Insofern enthält §. 3 a. b. G. B. eine Tautologie, als er die Wirksamkeit des Gesetzes und die daraus entspringenden rechtlichen Folgen coordinirt. Gedankenmäßig läßt sich freilich die verbindende Kraft von den rechtlichen Folgen sehr wohl scheiden. Allein mit der verbindenden Kraft ist von selbst gegeben, daß nun auch die rechtlichen Folgen juristischer Thatbestände, die unter das Gesetz fallen, sich nach diesem bestimmen, denn eben darin besteht ja die Wirksamkeit des Gesetzes. Dagegen ist allerdings die Wirksamkeit eines Gesetzes von seiner Gültigkeit wohl zu unterscheiden, was namentlich bei einer *vacatio legis* in die Augen springt. Es verhält sich hier ähnlich, wie bei den Testamenten, bei denen auch die gültige Perfection von der Wirksamkeit zu unterscheiden ist. Es ist also ungenau, wenn Mohl S. 601 f. „Anfang der Verbindlichkeit, der Gültigkeit, der Vollziehbarkeit“ als synonym gebraucht.

<sup>108)</sup> Vgl. eubda S. 6: „Wenn bei einer Handlung die vorgeschriebene wesentliche Feierlichkeit unterlassen oder wenn die gesetzwidrige Handlung im Gesetze selbst ausdrücklich vernichtet wird, so entsteht keine Verbindlichkeit daraus, und kann durch dieselbe kein Recht erworben werden.“ cf. A. L. R. I §. 3. 40.

halten. Auch diese Fassung klang den Redactoren noch nicht allgemein genug. Schon die Revisionscommission beschloß — und damit war man „ohne die mindeste Erinnerung“ einverstanden — eine beinahe auf den Buchstaben mit der des gegenwärtigen §. 3 a. b. G. B. übereinstimmende „bündigere“ Fassung. (Prot. 21. December 1801.)

Die rechtlichen Folgen der Gesetze sind jedoch freilich je nach dem Charakter des Gesetzes selbst sehr verschieden.<sup>109)</sup> Zwingende (absolute) Gesetze (s. oben S. 124) schließen jede Privatwillkür aus; sie kommen zur Anwendung unabhängig von dem Willen der Parteien; Dispositivgesetze dagegen dulden es, daß das Verhältniß durch Parteivillkür anders geregelt werde, und wollen von vornherein erst dann zur Anwendung kommen, wenn und soweit es durch Privatwillkür nicht bereits geregelt ist (nachgiebiges Recht). Nur von den ersteren ist es also durchgreifend richtig, daß sich die rechtlichen Folgen der unter sie fallenden Handlungen vom Momente ihrer Wirksamkeit an nach Maßgabe dieser Gesetze regeln müssen, — die dispositiven lassen noch immer der Privatwillkür Spielraum.<sup>110)</sup>

Aber auch in Ansehung der zwingenden Gesetze gibt es keine durchgreifende materielle Regel.<sup>111)</sup> Wohl darf zwar nach dem jetzigen Gesetzbuche<sup>112)</sup> davon ausgegangen werden, daß eine gegen ein absolut verbietendes Gesetz verstoßende Handlung nichtig sei, auch wenn dasselbe diese Sanction nicht ausdrücklich ausgesprochen hat,<sup>113)</sup> gleichviel dann, ob sie geradezu gegen das Gesetz verstößt, oder unter äußerlicher Beachtung seiner Vorschrift dasselbe zu umgehen trachtet (in fraudem legis agere).<sup>114)</sup> Es kann aber sehr wohl sein, daß das Gesetz, weiter gehend, die Uebertretung nicht nur mit Ungiltigkeit des zuwider Unternommenen, sondern auch mit Strafe bedroht, oder daß es umgekehrt das Geschehene zwar nicht für ungiltig ansieht, aber mit anderweitigen Nachtheilen

<sup>109)</sup> Unger Syst. I §. 9.

<sup>110)</sup> Vgl. Rippel I S. 49, Beseler S. 58.

<sup>111)</sup> Zeidler Comm. I S. 39: „In der That ist auch eine allgemeine Vorschrift hierüber theils nicht wohl möglich, theils überflüssig.“ Ohne Zweifel liegt in dieser Ueberzeugung der Redactoren der Hauptgrund für die Ablehnung der Fassung des w. g. G. B. I S. 12. Diese Ueberzeugung selbst scheint aber darauf beruht zu haben, daß man (schon wegen L. 7 D. de leg. 1, 3: Legis virtus est imperare, vetare, permittere, punire) gewohnt war, entweder verschiedene Eintheilungen der Gesetze zusammenzuwerfen, wie z. B. Portalis von den Wirkungen der Gesetze (S. 204) sagt: „Es erlaubt oder verbietet, befiehlt, bestimmt, belehrt, straft und belohnt,“ und der Wiener Heineccius II S. 19 f. Zwangs- und Permissivgesetze einander gegenüberstellt — oder Permissivgesetze überhaupt nicht für wahre Gesetze hielt, weil solche eine Verbindlichkeit auferlegen müßten. Diese Auffassung vertritt der nämliche Wiener Heineccius I S. 30. Vgl. über die einschlägigen Eintheilungen (Berechtignende — „die Hauptmasse des Rechtes“ — begriffsentwickelnde und verneinende Rechtsfälle) Thöl Einleitung S. 33 ff., Windscheid §. 27. Unger a. a. O. Gegen ihn Berger Krit. Beitr. S. 64 ff. und dazu Harum Mag. XV S. 242 f.

<sup>112)</sup> Anders noch nach dem Zof. G. B. I §. 6.

<sup>113)</sup> Glük I S. 96 ff., Winwarter in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgel. 1826 I S. 321 ff.

<sup>114)</sup> Solche Versuche „einen Thatbestand von der Anwendung eines auf ihn anwendbaren Rechtsfalles unstatthafterweise“ (also nicht durch Nachsuchen von Begnadigung, Dispensation u. dgl.) auszuschließen, können gemacht werden entweder durch falsche Auslegung des Gesetzes („Buchstabenjurisprudenz“), durch Verheimlichung oder durch Entstellung (Simulation) des Thatbestandes. Es ist aber nicht Umgehung eines Rechtsfalles, wenn seine Anwendbarkeit durch Vermeidung jenes Thatbestandes ausgeschlossen wird, auf welchen allein er berechnet ist. Wer z. B. einen Vertrag, um die Stempelkosten einer schriftlichen Urkunde zu vermeiden, mündlich abschließt, wo Schriftlichkeit nicht wesentliche Form ist, handelt keineswegs in fraudem legis. Thöl S. 60, Unger I S. 56 ff. Aus älterer Zeit Wiener Heineccius I S. 31, II S. 20 f.

belegt,<sup>115)</sup> oder endlich sich gar mit dem Ausspruch des Verbotes begnügt und demselben nur insofern Nachdruck gibt, als es dem zuwider Unternommenen eben nur den gerichtlichen Schutz versagt.<sup>116)</sup>

VI. Anwendbarkeit der Gesetze auf Rechtsunwissende. Die Anwendung eines gehörig kundgemachten Gesetzes ist von dem Zeitpunkt des Beginnes seiner Wirksamkeit ab im Allgemeinen unabhängig von der Kenntniß Jener, deren Rechtsverhältnisse es regelt. Dieser Gebanke ist eines sehr verschiedenen Ausdruckses fähig, und hat ihn auch in den Gesetzen, wie in der Doctrin gefunden. Man kann nämlich sagen:

1) Sobald ein Gesetz gehörig kundgemacht ist, erscheint es als Pflicht eines Jeden, den es angeht, die erkennbar gemachte Rechtsnorm nach ihrem ganzen Inhalt richtig zu erkennen (bezw. sich die erforderliche Rechtsbelehrung zu verschaffen), und sich nach dem so erkannten Rechtsatz zu richten. Verabsäumung der Erfüllung dieser Pflicht gilt als unentschuldbares Verhalten, der Irrthum über das anzuwendende Recht darum als unentschuldbarer Irrthum.

2) Man kann, umgekehrt, auch sagen: Weil das Gesetz seine Vorschriften als schlechthin verpflichtende aufstellt, so kann sich nach erfolgter Publication Niemand mit dessen Unkenntniß entschuldigen. Hier ist die Pflicht, sich mit dem Gesetze bekannt zu machen, nicht als das Prius gedacht, sondern als Etwas, was selbstverständlich aus der verbindenden Kraft des Gesetzesinhaltes folgt, vorausgesetzt.

3) Man kann aber auch von einer selbständigen Verpflichtung, von dem Gesetze Kenntniß zu nehmen, ganz absehen und dann entweder sagen: a) Ein gehörig kundgemachtes Gesetz gilt als gemeinkundig, — oder denselben Satz auch dahin ausdrücken: b) Ob dem Handelnden das Gesetz bekannt war oder nicht, ist für die rechtliche Beurtheilung seiner Handlung gleichgiltig. In dieser letzteren Fassung tritt der Rechtsatz, um welchen es sich hier handelt, in seiner reinsten Gestalt hervor. Es besteht keine selbständige Verpflichtung desjenigen, den das Gesetz angeht, von demselben Kenntniß zu nehmen, sondern höchstens<sup>117)</sup> eine Verpflichtung, gegen daselbe nicht zu verstoßen,<sup>118)</sup> und dieser wird schon dadurch genügt, daß man, selbst ohne Kenntniß von dem Inhalte desselben in Gemäßheit seiner Vorschriften handelt; noch viel weniger kann von einer Verpflichtung Jedermanns, alle Gesetze des Staates, auch diejenigen, die auf den Betreffenden keine Anwendung leiden, zu kennen, die Rede sein.<sup>119)</sup> Die Fassungen sub 1 und 2 (die letztere vertritt z. B. Dernburg S. 35) drücken also

<sup>115)</sup> So auch häufig bei gebietenden Gesetzen; aber auch bei diesen kommt directer Zwang zur Erfüllung des Gebotenen vor. Vgl. Sonnensels Grunds. I S. 147: „Es ist . . . die Strafe zur Wirksamkeit des Gesetzes wesentlich . . .“

<sup>116)</sup> Auf diese Gegensätze geht die satzform bekannte Eintheilung der Gesetze in *leges perfectae*, *plusquamperfectae*, *minusquamperfectae* und *imperfectae*. Vgl. Unger I S. 54 ff., Brinz Pand. S. 93 ff. Näheres bei den betreffenden Lehren; die meist sehr ausführlichen Erörterungen, welche unsere Commentare dieser Materie bei §. 3 b. G. B. zu widmen pflegen, scheinen in diesem Zusammenhang kaum sehr fruchtbar zu sein.

<sup>117)</sup> Bei bestehenden und verbietenden Gesetzen; bei permissivgesetzten kann auch von einer solchen Verpflichtung (soweit sie eben permissiv sind) nicht die Rede sein. Das Jos. G. B. I §§. 3, 4 betont ausdrücklich diese (und nur diese) Verpflichtung.

<sup>118)</sup> Die ältere Doctrin liebte es freilich sehr, ausführlich zu untersuchen, inwiefern der Unterthan und der Fremde im Gewissen verpflichtet sei, die Gesetze zu befolgen. Donner S. 12, Wiener Heineccius I S. 26 ff. Vgl. w. g. G. B. I §. 13, den die Redactoren als überflüssig strichen, da er eine Pflicht enthalte, die jedem Unterthan bekannt und in den vorausgehenden Paragraphen enthalten sei. (Prot. 21. Dec. 1801.)

<sup>119)</sup> Eine solche Verpflichtung kann, da sie offenbar nicht erfüllt werden könnte, das Gesetz nicht aufstellen wollen. Pratobevera Mat. VI S. 152, vgl. Beseler S. 60. Dennoch sagt Schuster Comm. S. 32: „Das Gesetz fordert sogar, daß Jedermann ein vollkommener Rechtskundiger sei.“

den in Frage stehenden Rechtsatz ungenau aus. Dagegen ist die Fassung 3 a zwar correct, aber sie bedient sich einer Fiction als Form des Ausdrucks<sup>120)</sup> und ist darum besser zu vermeiden.<sup>121)</sup> Wir drücken sonach den im bürgerlichen Gesetzbuche (§. 2)<sup>122)</sup> in der Fassung 2 fixirten Rechtsatz über die Behandlung des Rechtsirrhums dahin aus: Wer in einem Rechtsirrhum<sup>123)</sup> befangen handelt, „dessen Handlung bringt regelmäßig ganz dieselben Folgen und Wirkungen hervor, wie wenn der Handelnde nicht geirrt hätte“<sup>124)</sup> — *ius ignorantia semper nocet*. Der §. 2 enthält zwar diese Regel nicht in dieser Allgemeinheit, sondern hat zunächst nur den Fall im Auge, daß Jemand die nachtheiligen Folgen seiner Handlungsweise durch Verneinung auf Unkenntniß des Gesetzes von sich abwenden will.<sup>125)</sup> Unbestrittenermaßen geht aber der Gedanke des Gesetzes weiter, und zwar dahin, daß das Gesetz seine Wirkungen zu äußern habe, gleichviel, ob diejenigen, die es nicht kannten, von diesen Wirkungen unangenehm<sup>126)</sup>

<sup>120)</sup> Gengler Deutsches Pr. R. (3. Aufl.) S. 18. Da die Fassung 3 a eine sehr gewöhnliche ist, so zeigt dieser Fall recht deutlich, daß die Fiction ihrem Wesen nach nicht eine Eigenthümlichkeit des Inhaltes eines Rechtsatzes, sondern nur seiner Form, seines Ausdrucks ist. Vgl. Demelius Die Rechtsfiction (1858), S. 79, Windscheid Pand. §. 67.

<sup>121)</sup> Es besteht hier kein Bedürfniß, den Thatbestand, wie er vorliegt, auf einen anderen Thatbestand zurückzuführen und ihn dem letzteren gleichzusetzen. Demelius S. 82.

<sup>122)</sup> Das w. g. O. B. I §. 11 (vgl. preuß. L. R. Einl. §§. 12, 34 und dazu Koch Comm. I S. 31 Note 19) erklärte (und ganz ähnlich sagt Bangerow Pand. I §. 83 S. 121 der 7. Aufl.): „Jedes Mitglied des Staates ist verbunden, sich die Gesetze bekant zu machen“ und motivirt diese Vorschrift damit, daß nach gehöriger Publication des Gesetzes Niemand sich mit dessen Unkenntniß entschuldigen könne. Die Fassung wurde (Prot. 21. Dec. 1801) abgelehnt, weil Motivirungen aus dem Gesetze wegzulassen seien. Eine andere „kürzere und vollständigere“ Fassung (beantragt von der Revisionshofcommission und dem niederösterreich. Appellationsgericht), die sich von der ersteren dadurch unterscheidet, daß sie „Jedermann“ (nicht nur die Mitglieder des Staates; aber vgl. dazu auch w. g. O. B. I §. 14 und Glük I S. 134 ff., der, insofern es sich nicht um gemeines Recht handelt, ebenso, wie das A. L. R. einen Unterschied zwischen Einheimischen und Fremden machen will) für verbunden erklärt, sich die ihn . . . betreffenden Gesetze bekant zu machen, und als Consequenz hieraus die Regel von der Unentschuldbarkeit des Rechtsirrhums gewinnt — wurde ohne Begründung und ohne Debatte abgelehnt und eine von dem gegenwärtigen §. 2 sehr unbedeutend (nur stylistisch) abweichende Fassung angenommen. Es ist nicht unmöglich, daß schon die Redactoren erkannten, es gebe keine eigentliche Pflicht zur Kenntnißnahme von Gesetzen, m. a. W.: es sei nicht diese Pflicht der Grund der Unabhängigkeit des Wirksamwerdens der Gesetze von der Kenntnißnahme der ihnen Untergebenen, als vielmehr umgekehrt die Pflicht, insofern man überhaupt von einer solchen sprechen kann, eine Consequenz aus der Natur des objectiven Rechtes, welches als die unsere Handlungen beherrschende Norm nicht abhängig sein kann von unserer Kenntnißnahme. Zeiller Comm. I S. 35 wenigstens hebt eine solche Verpflichtung nicht hervor, sondern urgirt nur, daß die Vorschrift des §. 2, so hart sie scheine, doch „unerläßlich“ und darum auch von allen modernen Gesetzgebungen aufgestellt sei. Vgl. Pratobevera Nat. VI S. 152: „Andererseits ist es einleuchtend, daß jede Gesetzgebung durchaus gekant, und ihre Zwecke nicht realisiren würde, wenn sie der Verneinung auf individuelle Rechtsunwissenheit in ihrem Coder allgemein eine Stelle einräumte. Einfache und möglichst wenige Gesetze, eine zweckmäßige Weise der Rundmachung und mündlicher Unterrichts sind die einzigen und dennoch mangelhaftesten Mittel, das Volk über seine Interessen zu belehren.“

<sup>123)</sup> Dem Rechtsirrhum steht die Rechtsunwissenheit naturgemäß gleich. Ob der Handelnde den fraglichen Rechtsatz gar nicht oder nicht richtig kennt — in beiden Fällen steht ihm die richtige Kenntniß. Daher sprechen auch die Gesetze bald (§. 2, 326) von Unwissenheit, bald (§. 1431) von Irrthum, und wollen doch immer damit Irrthum und Unwissenheit umfassen. Unger I S. 112, II S. 33 und Note 4. Das Jos. O. B. I §. 3 dagegen stellt Rechtsunwissenheit und Rechtsirrhum ausdrücklich neben einander.

<sup>124)</sup> Unger II S. 37.

<sup>125)</sup> Nehulich w. g. O. B. I §. 11, Preuß. L. R. Einl. §. 12, Cod. Nap. Art. 1. Es bedarf eben nur dieser Fall der gesetzlichen Regelung, da schwerlich irgend Jemand vortheilhafte, wenn auch nicht beabsichtigte Consequenzen seiner Handlungen ablehnen wird.

<sup>126)</sup> Wer eine Erbschaft ohne die Rechtswohlthat des Inventars antritt, wird den Gläubigern und Legataren mit dem eigenen Vermögen haften müssen, auch wenn er von

oder angenehm <sup>127)</sup> oder in ihren Interessen gar nicht <sup>128)</sup> berührt werden. Uebrigens kann Rechtsirrthum auch da vorliegen, wo die thatsächlichen Momente des Falles unrichtig unter die Rechtsregel subsumirt wurden, dann nämlich, „wenn man die vorliegenden juristischen Thatfachen klar und richtig erkennt, aber darin irrt, daß man auf diese nicht verwickelten unzweideutigen Thatfachen den fraglichen Rechtsfatz für anwendbar oder unanwendbar hält: hier irrt man in der Auslegung und Anwendung des betreffenden Rechtsfazes, also in iure.“ <sup>129)</sup>

Die Regel, daß der Rechtsirrthum unentschuldbar sei, hat auch das römische Recht. Während dieses aber <sup>130)</sup> den Rechtsirrthum für verzeihlich erklärt, wenn es <sup>131)</sup> an der Möglichkeit fehlte, die nöthige Rechtsbelehrung einzuziehen, oder die eingezogene (was bei controverseu Rechtsfällen sehr leicht der Fall sein kann) unrichtig ist; und während ferner gewissen Personen der Rechtsirrthum überhaupt nachgesehen wird, entweder ohne Ausnahme, wie den Minderjährigen, oder in gewissen Fällen, wie namentlich der Regel nach den Frauen, wosfern sie sich nur gegen Schaden schützen wollen, Soldaten und rusticis <sup>132)</sup> — hat sich das bürgerliche Gesetzbuch diese Ausbildung der römischen Lehre nicht angeeignet und selbst die im Josephinischen Gesetzbuche I §. 3 dem Landesfürsten vorbehaltenen Möglichkeit, „bei besondern Umständen Jemanden, der durch Nichtkenntniß oder Rechtsirrthum an seinem Rechte oder Vermögen Nachtheil litte, eine außerordentliche Rechtshilfe angedeihen zu lassen“, ist schon im westgal. Gesetzbuch und ebenso im allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch gänzlich entfallen. Nach dem heutigen österreichischen materiellen Privatrecht ist der Irrthum nicht einmal Restitutionsgrund. <sup>133)</sup> Das Gesetz nimmt weder darauf Rücksicht, daß im einzelnen Falle die Gelegenheit zur Einholung einer Rechtsbelehrung dem Irrenden gefehlt haben könne, oder daß der Rechtsfatz, um den es sich handelt, ein controverseu sei, noch wird zu Gunsten der im römischen Recht begünstigten Personenklassen eine Ausnahme von der Regel gemacht. Es scheint, daß man meinte, die Kenntniß des geltenden Rechtes werde durch das populäre Gesetzbuch denn doch im Volke so verbreitet und den Controversen so gründlich ein Ende gemacht werden, daß Fälle der ersteren Art kaum noch vorkommen würden <sup>134)</sup> — und in letzterer Richtung

der Existenz dieser Rechtswohlthat keine Kenntniß hatte, oder sich derselben nur darum nicht bedient hatte, weil der Erblasser die Errichtung des Inventars verboten hatte, und er (der Erbe) nicht wußte, daß dieses Verbot nicht verpflichte. §§. 801, 803 a. b. G. B. Unger II §. 37 N. 20. Wer eine natürliche Verbindlichkeit erfüllt, kann das Geleistete nicht concibiciren, selbst wenn er nur darum erfüllte, weil er nicht wußte, daß das Gesetz dieser Forderung das Klagerecht verjage. §. 1432 a. b. G. B. Vgl. noch Sammlung II Nr. 833.

<sup>127)</sup> Wer eine Erbschaft mit Vorbehalt der Rechtswohlthat des Inventars antritt, haftet nicht über deren Bestand hinaus, selbst wenn er keine Kenntniß von der Bedeutung dieser Rechtswohlthat haben sollte; und wer ein Verlöbniß dadurch bestärkte, daß er sich auf den Fall des Nichttrittes einer Conventionalstrafe unterwarf, wird dieselbe nicht bezahlen müssen, auch wenn ihm §. 45 a. b. G. B. unbekannt war u. dgl. Vgl. Unger II §. 38 Note 26.

<sup>128)</sup> Wenn der Testator die Testamentsform verfehlte, weil er das Gesetz nicht kannte, so wird sein letzter Wille ungiltig sein. §. 601 a. b. G. B. Unger II §. 37 Z. 1.

<sup>129)</sup> Unger II §. 34.

<sup>130)</sup> Windscheid Pand. §. 79 und die bei ihm Angeführten.

<sup>131)</sup> Was freilich nur raro accipiendum est L. 9 §. 3 D. de iur. et f. ign. 22. 6.

<sup>132)</sup> Zur Zeit der Codification verstand man unter rusticis „die untersten von mechanischer Arbeit lebenden Volksklassen“. Pratobevera a. a. D. VI §. 151. Schuster Comm. §. 33 übersetzt das Wort rusticus durch Landvolf. In Wahrheit bezeichnet rusticitas einen Geisteszustand, nämlich die Unbildung. Savigny III §. 436, Note a.

<sup>133)</sup> B. g. G. B. III, 19. Hauptst.; a. b. G. B. §. 1450, oben §. 46 N. 252. (Vgl. Sammlung VI Nr. 3106.) Dazu Vortrag v. 1808: „Die mit einer gerechten Gesetzgebung unvereinbarlichen und in Rom nur zur Mäßigung der ungerechten Vorschriften des Civilrechtes durch die pratorischen Fiktionen eingeführten Wiedereinfügungen in den vorigen Stand werden in dem vorliegenden Entwurfe verworfen“ und Pratobevera a. a. D. §. 129 f.

<sup>134)</sup> Vgl. oben §. 5 Note 23, §. 51 ff. und Noten 275 ff., §. 56 Note 294.

glaubte man in anderer Weise, durch Aufstellung gewisser allgemeiner Rechtsätze hinlänglich gesorgt zu haben,<sup>135)</sup> so daß man singulärer Rechtsätze entzathen zu können meinte.<sup>136)</sup>

Dennoch leidet der Grundsatz, daß das Gesetz seine Wirksamkeit zu üben habe ohne Rücksicht darauf, ob Jene, die es angeht, es kannten oder nicht kannten, auch nach österreichischem Rechte gewisse Ausnahmen, theils solche, die singulärer Natur, theils solche, die dies nicht sind. Unser Grundsatz wird nämlich ohne alle Singularität durch den anderen, ebenfalls allgemeinen Grundsatz durchbrochen, daß der Irrthum in gewissen Fällen (§. 871 ff.)<sup>137)</sup> ein sonst gültiges Geschäft

Unser G. B. ist also weitaus strenger, als das römische Recht, obwohl gewichtige Gründe dafür sprechen, den Rechtsirrtum in heutigen Recht noch leichter zu entschuldigen, als unter den Rechtszuständen der Römer. Savigny III S. 336 ff., Beseler S. 59, vgl. Gengler a. a. O. Die Redactoren verfaunten zwar nicht, daß das G. B. wohl nie völlig gemeinkundig werden werde (z. B. Prot. 19. Nov. 1804: „So sehr es auch zu wünschen und zu streben sei, daß alle Einwohner mit der neuen Gesetzgebung bald bekannt werden, so ließe sich doch vorsehen, daß Viele sie immer oder doch lange Zeit ganz oder zum Theil ignoriren und im Vertrauen auf das ältere Recht handeln werden.“ Pratoberera im Prot. 7. Dec. 1809: „Es sei eine Maxime der bloßen Abstraction, daß Jeder die Gesetze zu wissen schuldig sei, und sich selbst vor Schäden hüten müsse“ vgl. dazu die oben Note 122 mitgetheilte Aeußerung Pratoberera's) — dennoch zeigen zahlreiche Aeußerungen in den Protokollen, daß die Redactoren überwiegend von der Voraussetzung ausgingen, es werde der Regel nach Jedermann das Gesetz wirklich kennen. Damit hängt es zusammen, daß bei ihnen der Gedanke mehrmals sehr bestimmt durchschlägt, es sei sehr gleichgiltig, was der Inhalt eines Dispositivgesetzes sei, denn Jeder werde es kennen, und sei somit in der Lage, dessen Anwendung durch eine ausdrückliche Verfügung auszuschließen. (Vgl. z. B. Prot. v. 8. Mai 1804, ad §. 698: „Jede Vorschrift, welche über diesen Gegenstand erteilt wird, sei gerecht, wenn sie nur klar, deutlich und bestimmt in dem Gesetze ausgedrückt würde;“ in dem Prot. 23. April 1804 ad §§. 681 ff. wird wiederholt von einer großen Zahl der Redactoren bemerkt, es sei nothwendig, die Bedeutung gewisser in den letzten Willensordnungen häufig vorkommenden Ausdrücke in dem Gesetze zur Vermeidung von Streitigkeiten näher und zwar selbstverständlich so zu bestimmen, daß dadurch der Wille des Erblassers „dem natürlichsten Sinne gemäß“ erklärt werde; wolle der Verfäugende mit einem solchen Ausdruck einen andern Sinn verbinden, so werde er „seinen Willen deutlicher erklären.“ Im Prot. v. 20. Aug. 1804 ad §. 791 endlich heißt es: „Da man gegenwärtig ein neues G. B. aufstelle, so könne sich Jedermann danach richten und seine Verfügungen hierüber ausdrücklich erklären, wozu ihm das Gesetz die Freiheit läßt.“ — Diese Motive passen aber freilich offensichtlich nicht, wo es sich um die Kenntniß oder den Irrthum über ausländisches Recht handelt, das im Inlande zur Anwendung zu kommen hat. Wie dieses unter Umständen sogar dem Richter nachgewiesen werden muß, so wird dem darüber Irrenden auch vorbehalten bleiben müssen, seinen Rechtsirrtum damit zu entschuldigen, daß er nachweist, es habe ihm an Gelegenheit zur Rechtsbelehrung gefehlt. Vgl. Unger II S. 35. In Rücksicht der Controversen wird, was Förster I S. 149 Note 5 sagt, auch vom Herr. Recht wahr sein: „Die controverse Natur eines Rechtsatzes wird nach preuß. Recht, welches ja von der Prätenfion ausgeht, alles durch klare Gesetze bestimmt zu haben, den Irrthum nicht entschuldbar machen.“

<sup>135)</sup> S. oben S. 47 Note 257; dazu wird noch besonders (Vortrag v. 1808) hervorgehoben: „Die bei rechtsunkundigen Personen so leicht zu erwirkenden allgemeinen und unbestimmten Entfagungen aller Einwendungen werden für ungiltig erklärt.“ (§. 937 b. G. B.) Uebrigens spielt bei den Berathungen die Frage, ob nicht zur wirksamen Vornahme gewisser Rechtsacte (unbedingte Erbsserklärung, Intercessionen von Frauen) eine vorausgehende Rechtsbelehrung erfordert werden solle, keine unbedeutende Rolle, und wird nur darum verneint, weil man mit gleich gutem Grunde das Vorausgehen einer Rechtsbelehrung auch in anderen Fällen fordern könne, und weil factisch rechtsunkundige Personen ohnedies keinen wichtigeren Act vornähmen, ohne eine Rechtsbelehrung erhalten zu haben.

<sup>136)</sup> Dies eben will §. 2 a. b. G. B. („Niemand“) insbesondere hervorheben. Vgl. Pratoberera Nat. VI S. 159.

<sup>137)</sup> Die Mehrzahl unserer Schriftsteller (vgl. z. B. Stubenrauch ad §. 2 Z. 6 c) räumt diesen Fällen ein viel zu enges Gebiet ein, indem sie nur an dolose Erregung oder Bemühung eines Irrthums des Verprechenden durch den Annehmenden denken. Es wird bei §. 871 ff. zu zeigen sein, daß das entschieden irrig ist.

relativ nichtig zu machen vermöge; denn diesen Einfluß kann unter Umständen auch ein Rechtsirrtum haben. Dahin gehört namentlich, daß bei Geschäften von bloß lucrativer Natur (bei letztwilligen Verfügungen<sup>135)</sup> und Schenkungen) ein irriger Beweggrund, der nachweisbar die einzige Veranlassung der Willenserklärung bildete, die Verfügung ungültig macht (§§. 572, 901), während der Regel nach ein Irrthum im Motiv die Gültigkeit des Geschäftes nicht beeinflußt.<sup>139)</sup>

Dazu kommen noch zwei singuläre Bestimmungen: <sup>140)</sup>

1) Nach österreichischem Recht ist die *condictio indebiti* statthaft, selbst wenn die Bezahlung der Nichtschuld durch einen Rechtsirrtum veranlaßt war (§. 1431); denn (Prot. 15. September 1806) man kann von dem, der in einem Rechtsirrtum befangen, eine Nichtschuld bezahlt, nicht vermuthen, daß er schenken wollte.<sup>141)</sup>

2) Ein redlicher Besizer kann die Vortheile der *bonae fidei possessio* auch dann in Anspruch nehmen, wenn er „aus Unwissenheit der gesetzlichen Vorschriften“ ein redlicher Besizer ist, d. h. wenn sein guter Glaube auf einem Rechtsirrtum beruht; §. 326 a. E. sagt zwar ausdrücklich nur soviel, daß die *bona fides* durch den Rechtsirrtum nicht ausgeschlossen werde, und selbst die Protokolle (13. Juli 1807) sagen nur: wenn sich der Besizer mit Wahrscheinlichkeit auf einen in Rücksicht des Titels unterlaufenen Rechts- (oder That-) Irrthum berufe, könne er trotz vorliegender Unrechtmäßigkeit seines Besitzes nicht als unred-

<sup>135)</sup> Nur dieser erwähnt Stubenrauch a. a. D. lit. d. Er hat sich auch nicht klar gemacht, inwiefern die Ausnahmen von der Regel der Unentschuldbarkeit des Irrthums singulärer und nicht singulärer Natur sind, daher er diesem Fall dem vorigen nicht sub-, sondern coordinirt.

<sup>139)</sup> Sammlung II Nr. 585. Eine letztwillige Verfügung des Inhalts (Stubenrauch a. a. D.): „Da ich nach dem Gesetze genöthigt bin, meinem Bruder A einen Pflichttheil zu hinterlassen, so soll derselbe, obwohl ich ihm sonst wegen seines lieblosen Betragens gegen mich nichts zugewendet haben würde, 5000 fl. aus meinem Nachlasse erhalten“ — wäre also ungültig. Vgl. Sammlung VIII Nr. 3940, in welchem Falle nur darum anders entschieden wurde, weil nicht feststand, daß der Irrthum das einzige Motiv der Verfügung war; besonders aber VI Nr. 2734: Ein Oesterreicher erklärte in Baiern vor Notar und Zeugen, daß er seinen unehelichen Sohn zum Erben einsetze; der Notar hielt eine Verfügung dieses Inhalts nach dem österr. Recht für unzulässig, und darum ließ der Erblasser in sein Testament setzen: „Weil er seinen Sohn nicht zum Erben einsetzen könne“ ererne er seinen Bruder zum Erben, und bitte ihn, die Hälfte des Nachlasses dem erwähnten Sohne zu restituiren. Mit Recht wurde dieses (schriftliche) Testament für ungültig erkannt, und in der ersten (mündlichen) Anordnung ein gültiges Testament zu Gunsten des Sohnes erblickt. Es kann aber nicht zweifelhaft sein (§. 901 b. G. B.), daß die in Frage stehende Regel des §. 572 ganz ebenso auch auf lucrative Verträge Anwendung findet.

<sup>140)</sup> Die daher, eben weil sie singuläre Ausnahmen von der „kategorischen Norm des §. 2“ sind, „auf andere, nicht ausgebrückte Fälle nicht auszudehnen“ sind. *Pratobevera Mat. VI S. 154.*

<sup>141)</sup> Dieses Motiv, welches mit Nothwendigkeit dahin führt, die *condictio indebiti* durch jeden Irrthum, auch den unentschuldbaren, bezuhrunden zu lassen, legen schon einige Aeußerungen des *corpus iuris* (s. dieselben bei Bähr *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund* 2. Aufl. S. 75) sehr nahe, und sie (sicherlich nicht der von Winwartter I S. 52 angeführte Grund), wie das Muster des *cod. civ. Art. 1235, 1376* und des *N. L. N. I 16 §§. 166 ff.* waren offenbar für unsere Redactoren maßgebend. Ob auch das Röm. Recht selbst den Rechtsirrtum zur Begründung der *cond. ind.* ausreichend erachte, ist noch immer nicht außer Streit. Dafür: z. B. wieder Zimmermann *Beiträge zur Theorie der condictio ind.* 1868, S. 1 ff., 18 ff., dagegen: die herrschende Lehre, aber mit sehr verschiedener Begründung; Dernburg *Preuß. Pr. R. I S. 35 f., 207* erklärt, der römische Richter habe die Behauptung unentschuldbaren Irrthums als unbeweisbar ignoriren, also die Absicht einer Schenkung unter dem Vorwande der Zahlung als das Wahrscheinlichere erachten müssen; Bähr a. a. D. dagegen betont, es handle sich nicht darum, die Nachlässigkeit des im Rechtsirrtum Zahlenden durch Verweigerung der Rückforderung zu ahnden, sondern maßgebend sei die Rücksicht auf den Empfänger, der nach der Zahlung in die Lage gesetzt werden müsse, das Schuldverhältniß ohne Gefahr der Vergessenheit anheimzugeben,

licher Besitzer betrachtet werden.<sup>142)</sup> Da aber das österreichische Gesetzbuch nirgends eine Vorschrift enthält, die einen so gearteten redlichen Besitz von den Vortheilen der bonae fidei possessio ausschliesse, so werden diese unbedenklich auch dem im Rechtsirrtum verfallenden gutgläubigen Besitzer zuerkannt werden müssen.<sup>143)</sup>

## Umfang des Gesetzes.

## §. 4.

Die bürgerlichen Gesetze verbinden alle Staatsbürger der Länder, für welche sie kund gemacht worden sind. Die Staatsbürger bleiben auch in Handlungen und Geschäften, die sie außer dem Staatsgebiete vornehmen, an diese Gesetze gebunden, in so weit als ihre persönliche Fähigkeit, sie zu unternehmen, dadurch eingeschränkt wird, und als diese Handlungen und Geschäfte zugleich in diesen Ländern rechtliche Folgen hervorbringen sollen. Inwiefern die Fremden an diese Gesetze gebunden sind, wird in dem folgenden Hauptstücke bestimmt.

Die Erläuterung dieses Paragraphen steht bei §§. 34—37.

## §. 5.

Gesetze wirken nicht zurück; sie haben daher auf vorhergegangene Handlungen und auf vorher erworbene Rechte keinen Einfluß.

Die Frage nach den „zeitlichen Grenzen“ der Wirksamkeit der Privatrechtsnormen\*) gehört dem öffentlichen Rechte (oben S. 113) an, doch ist es zweckmäßig, dieselbe — soweit sie Privatrechtsnormen betrifft — im Privatrecht zu untersuchen.

<sup>142)</sup> Soweit möchte wohl auch das gemeine Recht mit dem österr. übereinstimmen. Guter Glaube ist auch mit frassem Rechtsirrtum verträglich, denn er bedeutet als ein rein subjectiver, innerlicher Zustand lediglich „die redliche Ueberzeugung, daß man in der Aneignung der Sache kein materielles Unrecht begehe“ (Windscheid Pand. §. 176). Daher ist „unredlich nicht, wer an sein Recht glaubt, wenn er auch vielleicht bei besserer Ueberzeugung aufgehört haben würde, an dasselbe zu glauben. Unredlich ist nur, wer auf die Stimme seines Gewissens nicht hört, und Zweifel erstickt, von denen sein Gewissen ihm sagt, daß er ihnen nachgehen sollte.“ So mit Recht Windscheid §. 178 Note 1 in Uebereinstimmung mit Wächter Die bona fides insbes. bei der Erfindung des Eigenthums (1871) gegen Bruns Das Wesen der bona fides bei der Erfindung (1872). Vgl. Unger in Haimers V. J. Schr. I S. 79 ff.

<sup>143)</sup> Dagegen genügt nach röm. und preuß. L. R. zur Erfindung der Regel nach ein guter Glaube nicht, der auf einem Rechtsirrtum beruht, obgleich es auch diesfalls an streitigen Fragen nicht fehlt. S. Windscheid §. 178 Note 2, Dernburg I S. 35, 359 Note 3, S. 297 Note 10, S. 365 Note 6. Für unser österr. Recht kann die Richtigkeit des im Text gezogenen Schlusses, über den sich schon die Redactoren vollkommen klar waren, nicht wohl zweifelhaft sein; vgl. Pratobevera Mat. VI S. 153 f. Note \*: „Nach §. 326 kann also der Irrende in iure sogar etwas erwerben. Gesetz: Jemand kaufte eine Sache von einem ihm als solchen bekannten Minderjährigen, glaubte aber irrig, daß der Letztere auch ohne vormundtschaftliche auctoritas verkaufen könne; der irrende Käufer . . . kann selbst die Sache erlösen.“ Wenn diese Entscheidung des österr. O. B., wonach der über das Recht Irrende durch Erfindung sogar einen Gewinn machen kann, nicht zu mißbilligen ist (und auch nach preuß. L. R. soll ja der Rechtsirrtum, wenn auch nur bei der außerordentlichen Erfindung, die gleiche Wirkung haben), so wird man wohl auch den §. 1431, der den im Recht Irrenden vor positivem Schaden schützt, nicht so inconsequent und ungerechtfertigt finden können, als gesehen ist — vgl. Savigny Syst. III S. 471, Stubenrauch (3. Aufl.) I S. 32 §. 6 b.

\*) Literatur: a) Gemeines Recht: Savigny System VIII. Bb. (1849) S. 368—540 (bahnbrechend); b) österr. Recht: Unger System I. Bb. (1856) S. 113—149. — Die umfangreiche, aber im Ganzen unbefriedigende Literatur dieser Frage findet sich großentheils angeführt bei Vangerow Pand. I §. 26 (7. Aufl. S. 57 f.), die österr. Lit., aus der Hüttner's Schrift (1817) rühmend hervorgehoben zu werden verdient, bei Stubenrauch (2. Aufl.) I S. 42 R. 2. Auf das Werk von Gabba teoria della retro-attività delle leggi 2 vol. Pisa 1868, 1869 sind wir leider zu spät aufmerksam geworden.

Leitende Gedanken. Wenn ein neues Gesetz erscheint, so entsteht die Frage, nach welchem Gesetze — dem alten oder dem neuen — Rechtsverhältnisse zu beurtheilen seien, deren Existenz beiden Perioden angehört.

Der Richter hat sich dabei selbstverständlich (auch dies ist schon gelehrt worden!) an die Weisungen des Gesetzgebers zu halten; aber mit diesem Hinweis darf die Wissenschaft ihre Antwort nicht verweigern, denn sie hat der Gesetzgebung vorzuarbeiten und auch der Richter bedarf ihres Rathes, weil die meisten Gesetzbücher (so auch das unsere, anders das sächsische) nur spärliche Normen über diese Frage enthalten.

Die am häufigsten gegebene Antwort nun (auch unser Gesetzbuch hat sie: S. 5, Rindm. B. Abs. V) lautet: „Gesetze wirken nicht zurück.“ Sofern damit gemeint ist; man dürfe nicht einen früheren Anfangs-Zeitpunkt der Gültigkeit eines neuen Gesetzes fingiren (als ob es bestanden hätte zu einer Zeit, wo in Wahrheit noch ein anderes Gesetz galt), ist dieser Satz wahr, aber auch selbstverständlich. Aber die Rechtsgelehrten verbinden mit dem Worte „Rückwirkung“ — dem natürlichen Sprachgebrauche entgegen — verschiedene Bedeutungen, namentlich auch die Einwirkung eines Gesetzes auf bestehende Verhältnisse für die Zukunft (!), — und dann ist jener Satz vielfach unrichtig. Deshalb und wegen seiner Vieldeutigkeit ist er unbrauchbar. Sehr gefördert dagegen wurde unsere Materie durch Savigny's Unterscheidung zwischen Normen, die den Erwerb (oder Verlust) von Rechten betreffen und solchen, die sich auf das Dasein (So- oder anders-sein) der Rechtsverhältnisse beziehen. Nur die letzteren, nicht auch die ersteren, sollten auf bereits bestehende Verhältnisse sogleich angewendet werden. Savigny hat aber diese Unterscheidung nicht ganz consequent durchgeführt, wie sie denn auch unzulänglich ist, selbst in der verbesserten Formulirung von R. Schmid<sup>1)</sup>, der zwischen den Voraussetzungen und den Wirkungen der Rechtsverhältnisse unterscheidend lehrt: das neue Gesetz ergreife die Wirkungen bestehender Verhältnisse (ihren Inhalt), nicht ihre Voraussetzungen. — Auch der Satz: daß jede juristische Thatsache nach dem Gesetze ihrer Zeit zu beurtheilen sei, ergibt nicht durchweg richtige Resultate.

Es muß überhaupt darauf verzichtet werden, ein formales Princip aufzustellen, aus dem durch einfache logische Folgerung die Entscheidung jedes einzelnen Falles zu gewinnen wäre.

Ein materielles Princip (und dies ist ein Fortschritt) gibt Lassalle.<sup>2)</sup> Es sollen diejenigen, aber auch nur diejenigen, Rechte unantastbar sein, die das Individuum durch sein Thun und Wollen verfeinigt hat; kein Gesetz dürfe auf bereits bestehende Verhältnisse einwirken, wenn es das Individuum nur durch Vermittelung seiner Willensactionen trifft; wo aber dies nicht der Fall ist, dürfe das neue Gesetz sofort eingreifen. Aber vom Standpunkt dieser Lehre kommt Lassalle oft zu verwerflichen Resultaten, und zu richtigen oft nur, indem er künstlich Verhältnisse auf Willenshandlungen zurückführt, bei denen hievon nicht ernstlich die Rede sein kann.<sup>3)</sup> —

1) Das wichtigste sachliche Princip ist nun u. E. dieses: die Gesetze wollen und sollen Normen für unser Verhalten sein. Wir müssen uns ihnen fügen, aber andererseits auch uns auf sie verlassen können. D. h. wir

<sup>1)</sup> Die Herrschaft der Gesetze nach ihren räumlichen und zeitlichen Grenzen (Zena 1863). Hierher gehören S. 101—148.

<sup>2)</sup> Das System der erworbenen Rechte, I. Thl.: die Theorie der erworbenen Rechte und der Collision der Statuten, unter bes. Berücksichtigung des röm., französl. und preuß. R. (1861).

<sup>3)</sup> Einige gute Bemerkungen hierüber bei Kirchstetter (2. Aufl.) S. 17 Note.

müssen uns sicher fühlen, wenn wir ihnen gemäß unsere Handlungen und Unterlassungen einrichten.<sup>4)</sup>

2) So ausnahmslos richtig dies nun ist, reicht es doch nicht für alle Fälle aus, weil es Rechtsverkehr auch ohne unser Zutun gibt, in welchem wir doch auch geschützt sein wollen. Deshalb brauchen wir ein zweites, ergänzendes Princip: Geseze sollen erworbene Rechte schonen,<sup>5)</sup> und im Zweifel ist anzunehmen, daß sie es wollen. Für uns brauchbar ist der Begriff der „erworbenen Rechte“ nur in seiner Einschränkung auf das Vermögen. Dessenlich = rechtliche und familienrechtliche Befugnisse fallen nicht darunter. Daß mit der veränderten Organisirung des Staates, der Gemeinde, der Familie die Stellung des Einzelnen zu dem Organismus sich ändere, muß dem Einsichtigen als selbstverständlich erscheinen; nicht aber ebenso, daß der Staat in die Herrschaft des Einzelnen über sein Vermögen störend eingreife. Dort ist der Einzelne nur Theil eines Ganzen, hier ist er der Mittelpunkt, der das Vermögen zu einem Ganzen, zu einer Einheit macht. — Zu den erworbenen Rechten gehören nicht Hoffnungen, Erwartungen; z. B. die Hoffnung, Jemandes Erbe zu werden, wenn er ohne Testament sterben möchte; — ferner: die Befugnisse, welche nur auf dem Satze beruhen: „was nicht verboten ist, das ist erlaubt.“

3) Beide Grundsätze umfaßt die Formel: „das berechtigte Vertrauen auf den Rechtszustand soll nicht getäuscht werden.“ Dieses Vertrauen ist aber sehr verschieden von der thörichten Erwartung: der Rechtszustand werde sich nicht ändern. Es gibt Rechte, deren Inhalt bei ihrer Begründung bestimmt wird; insbesondere gehören hierher die obligatorischen Rechte; es gibt andere mit stereotypem Inhalt. Auch diese können durch Vertrag begründet werden, und sind doch ihrem Inhalte nach keine „Vertragsrechte“. Jene pflegen auf absehbare, diese auf unabsehbare Dauer berechnet zu sein. Mit beiden Momenten (wovon aber das erste überwiegt) hängt es zusammen, daß neue Geseze den Inhalt jener Rechte, wenn sie dieselben schon versünden, in der Regel nicht ändern, wohl aber den Inhalt der Rechte letzterer Art.<sup>5a)</sup>

4) Aus dem formalen Gesichtspunkt der „Nichtrückwirkung“ läßt sich endlich der brauchbare Gedanke gewinnen, daß man den Thatsachen nicht nachträglich und für die Vergangenheit eine Bedeutung beilegen darf, die ihnen nach den damaligen Gesezen nicht zukam; man darf sie nicht umdeuten, nicht fälschen.

Mit diesen allgemeinen Gedanken ausgerüstet, wird man in den besonderen Fällen, deren Betrachtung wir uns nun zuwenden, die richtige Entscheidung unschwer treffen. —

<sup>4)</sup> Soweit hat Cassalle sicherlich Recht.

<sup>5)</sup> Die herrschende Meinung, daß dieser Grundsatz identisch sei mit dem der Nichtrückwirkung, ist falsch. Beide Sätze sind ihrem Grunde nach von einander unabhängig, und auch — obwohl sie in vielen praktischen Consequenzen übereinkommen — ihrem Umfange nach verschieden. Z. B. erklärt es sich aus dem ersten (nicht aus dem zweiten) Grundsatz, wenn ein Gesez bestehende Verhältnisse auch für die Zukunft nicht ändern will; und umgekehrt folgt die Gültigkeit eines unter einem älteren Gesez in der damals gesetzlichen Form abgefaßten Testamentes aus dem zweiten (nicht dem ersten) der in dieser Note erwähnten Grundsätze.

<sup>5a)</sup> Früher konnte z. B. bei einer Veräußerung ein „weltewiges Rücklösungsrecht“ bedungen, und durch Verschabung oder Intabulation „dinglich“ gemacht werden, so daß es jedem Eigenthümer eines gewissen Gutes zustand. Ein solches Recht konnte allerdings nach Einführung des b. G. B. (§. 1070) nicht mehr geltend gemacht werden, wegen der öffentlich-rechtlichen Natur des §. 1070 einerseits und der sonst unabsehbaren Dauer jener Rechte andererseits. Verfehlt ist die Motivirung in dem Urtheil III. Instanz in Nr. 1694 der Sammlung (IV). — Aus obigen Gründen rechtfertigt sich auch die Anwendung des §. 612 auf früher angeordnete successive fideicom. Substitutionen, wie in der Sammlung Nr. 78 richtig anerkannt ist. Vgl. ebd. (VIII) Nr. 3797.

Auf die allgemeinen Grundsätze und „die Natur der Sache“ sieht sich auch der österreichische Jurist meist hingewiesen, da das Gesetzbuch nur sehr wenige Bestimmungen enthält, nämlich: §. 5, §. 8 und Abs. V, VI des Kundm. Pat. Beachtenswerthe Winke für die Theorie enthalten die (formal nicht mehr geltenden) Kundm. Pat. für Ungarn und Siebenbürgen (1852, 1853), die das Eherecht betreffenden älteren und neueren Gesetze; während aus den Anordnungen, die das sogenannte Witticitäts-Patent (1852) enthält, wegen der singulären Verhältnisse, für die es erlassen wurde, kein sicherer Schluß möglich ist.

Nur §. 5 muß, wegen seiner allgemeinen, principiellen Bedeutung, vor der Darlegung der einzelnen Fälle, interpretirt werden. Seine Entstehungsgeschichte ist in den „Excursen“ nachzulesen.

An die Spitze ist das Princip der Nicht-Rückwirkung gestellt, von dessen Unzulänglichkeit wir bereits gesprochen haben. Dieses wird dann angewendet auf „vorhergegangene Handlungen“ und auf „erworbene Rechte“; der Nachsatz ist somit als eine Darlegung des Inhaltes des Vorderatzes gedacht, — incorrecter Weise; denn die Achtung erworbener Rechte folgt nicht aus jenem Principe, welches ja über die Zukunft nichts aussagt, sondern ist (was freilich auch heut zu Tage noch meist verkannt wird) ein selbständiges Axiom. — Die Nebeneinanderstellung aber der erworbenen Rechte und der „vorher gegangenen Handlungen“ rechtfertigt sich dadurch, daß Rechte auch ohne Handlungen erworben werden, und Handlungen (Rechtsgeschäfte), die unter dem alten Gesetze vorgenommen wurden, auch dann nach diesem zu beurtheilen sind, wenn daraus noch keine Rechte erworben wurden; und zwar gilt dies nach österreichischem Rechte (wie aus dem Folgenden sich ergeben wird) nicht bloß für die Form der Rechtsgeschäfte. — Das Auseinanderhalten der Handlungen und Rechte gewänne aber, wenn nicht die Anknüpfung mit dem „daher“ wäre, noch einen tieferen Sinn: es läge darin die Anerkennung zweier selbständiger materieller Grundsätze, die oben unter Z. 1 und Z. 2 aufgeführt wurden.

Die einzelnen Rechtsverhältnisse.<sup>5b)</sup>

Es ist hier selbstverständlich nur vom materiellen Privatrecht die Rede. Auf formelle Gesetze d. h. solche, welche das gerichtliche Verfahren in oder auch außer Streitsachen betreffen, findet das Princip der Nicht-Rückwirkung keine Anwendung: Sammlung Nr. 1850 (IV), 2887 (VI), in specieller Anwendung auf das Verfahren bei der Todeserklärung Nr. 3196 (VI); — nicht entgegen Nr. 1986 (IV), wo es sich primär um die Frage handelt, ob ein Geschäft Handelsgeschäft sei oder nicht.

I. Rechts- und Handlungsfähigkeit<sup>6)</sup>. Daß diese nur Voraussetzungen von Rechten, nicht selbst Rechte seien (Roth I. S. 131) kann wenigstens von der Rechtsfähigkeit (libertas, civitas, testamenti factio etc.) nicht ohne ungebührliche Einschränkung des Begriffes subjectiver Rechte gesagt werden. Aber es sind mehr öffentliche als Privat-Rechte, und jedenfalls keine iura quaesita in dem oben angegebenen Sinne.<sup>6a)</sup> Hieraus folgt: 1) Ein Gesetz, welches in Beziehung auf die nach dem Alter abgestufte Handlungsfähigkeit etwas neuert, hat sofort durchzugreifen, mag es die fragliche Fähigkeit verengern oder erweitern, mag es die Grenzen oder den Inhalt (die Voraussetzungen oder die Wirkungen) der rechtlichen Eigenschaften: infans, mündig, großjährig u. s. w. ändern.<sup>7)</sup> Z. B. das neue Gesetz rückt den Beginn der Mündigkeit höher, läßt übrigens

<sup>5b)</sup> Ueber Privilegien s. Unger S. 149.

<sup>6)</sup> Hierüber vorzüglich Unger S. 130—134.

<sup>6a)</sup> Vgl. die Entscheidung II. Instanz in der Sammlung (I) Nr. 368.

<sup>7)</sup> Schmid (§. 11) will, von seinem Standpunkt aus folgerichtig, nur Gesetze der letzteren Art sofort durchgreifen lassen.

den Umfang der Handlungsfähigkeit des „Mündigen“ unverändert; ein anderes ändert bei festgehaltener Altersgrenze den Umfang der Handlungsfähigkeit. Beide Fälle sind gleich zu beurtheilen. Dieser Rechtsatz ist anerkannt in dem Kundm. Pat. für Ungarn Art. XII §. 2 Al. 1 und dem für Siebenbürgen, Art. XII §. 2 Al. 1.<sup>8)</sup> Was nun von den Altersstufen überhaupt gilt, sollte consequenter Weise auch von der Großjährigkeit gelten. Aber nicht nur wurde und wird noch (s. selbst Savigny S. 415, 416) diese vielfach als ein erworbenes Recht angesehen und von den Betreffenden als solches empfunden, sondern es hätte allerdings große praktische Unzukömmlichkeiten, wenn die unter dem alten Gesetz großjährig Gewordenen durch das neue minderjährig, bereits aufgehobene Vormundschaften wieder hergestellt würden. Deshalb hat auch unsere Gesetzgebung mehrfach ausgesprochen, daß die einmal Großjährigen es bleiben, auch wenn sie das von dem neuen Gesetze geforderte höhere Alter noch nicht erreicht haben. So bei dem Rückkehrer der an Napoleon I. verlorenen Länder, so 1849 nach dem italienischen Krieg (s. Michel's Handbuch, Nr. 36, 37), so in dem Kundm. Pat. für Siebenbürgen, XII 2 Al. 4.<sup>9)</sup> Eine Ausnahme von dieser Ausnahme (also Rückkehr zur Regel) wurde wiederholt für die Fähigkeit zur selbständigen Eingehung einer Ehe festgesetzt (Michel, Nr. 181 und 183). Ebenso muß es dann gehalten werden, wenn die Volljährigkeit nicht durch das Ueberschreiten einer Altersgrenze, sondern durch eine andere Thatfache erreicht wurde.<sup>10)</sup>

2) Wenn das neue Gesetz die Handlungsfähigkeit der Frauen erweitert oder verengert, so findet es sofort auf alle Frauen Anwendung; sie können nicht etwa im letzteren Falle sich auf ein erworbenes Recht zu größerer Handlungsfähigkeit berufen. (Kundm.-Pat. für Ungarn und Siebenbürgen XII 2 pr.)

3) Dasselbe gilt von der Handlungsfähigkeit der Verschwendet. Dagegen gilt für die Form der Prodigalitätsklärung der Satz: „tempus regit actum.“

4) Wenn ein neues Gesetz an das weibliche Geschlecht oder eine Confection oder die Ausländerschaft oder die Angehörigkeit an einen bestimmten Staat u. dgl. Beschränkungen der Rechts-Fähigkeit knüpft oder solche aufhebt, so findet es sofort auf alle Personen solcher Art Anwendung.

Gleichwohl ist die Frage, ob ein Rechtsgeschäft von einem Fähigen oder einem Unfähigen vorgenommen worden ist, nicht nach dem jetzigen, sondern nach dem Gesetze zur Zeit der Vornahme zu beurtheilen (Kundm.-Pat. für Ungarn und Siebenbürgen XII 2 Al. 2). Ein nachträglich eintretendes Hinderniß kann da nichts schaden (vgl. §. 575 a. b. O. B.). Nur gilt der letztere Satz nicht so allgemein für Einschränkungen der Rechts-Fähigkeit, wie er allerdings schlechthin für die der Handlungs-Fähigkeit gilt. Wenn ein Gesetz z. B. gewissen Personen die testamenti factio entzieht, so will es nicht, daß solche Personen ex testamento beerbt werden. Wenn es Andere vom Grumbesitz ausschließt, so ist zu unterscheiden, ob es nur den Erwerb oder auch den Besitz pro futuro hindern will (vgl. Unger S. 134 Nr. 19, 20 und Sammlung (IV) Nr. 1686).

II. Familienrecht. a) Ehe recht. Es handelt sich bei diesem nicht um erworbene Rechte im oben angegebenen Sinne; um so gewisser dürfen die Ge-

<sup>8)</sup> Vgl. Unger S. 130 Nr. 3. Seine Beweisführung kann noch bestärkt werden durch den Hinweis auf Art. XII §. 2 Al. 2 in den beiden Kundm. Pat., welche Stelle gar keinen Zweifel über den Sinn von Art. XII §. 2 pr. übrig läßt.

<sup>9)</sup> Sehr bemerkenswerther Weise dagegen nicht für Ungarn, wie sich aus dem ganz speciellen Falle (s. folg. Note) in Art. XII §. 2 Al. 1 i. f. (arg. a contr.) und aus der Vergleichung mit dem Art. XII §. 2 des Kundm. Pat. f. Siebenbürgen ergibt.

<sup>10)</sup> Namentlich Berechtigung der Frauen (nach ungar. R.): Kundm. Pat. f. Ungarn XII 2 Al. 1. S. aber auch Sammlung V Nr. 2259.

setze, welche hier überdies meist der Ausdruck einer sittlichen Ueberzeugung sind, sofort durchgreifen. Andererseits kann aber die Nichtbefolgung nichtbestehender Gesetze Niemandem zum Vorwurf gereichen. Im Einzelnen ist zu bemerken: 1) Die Erlaubtheit und Giltigkeit der Ehe richtet sich nach dem Gesetze zur Zeit der Eheschließung.<sup>11)</sup> 2) Aus Verlöbnißnen entspringt kein Zwang zur Eheschließung sowohl  $\alpha$ ) wenn nur das Gesetz zur Zeit des Verlöbnißnes, als  $\beta$ ) wenn nur das Gesetz zur Zeit, wo auf die Ehelichung gedrungen wird, solchen Zwang verwirft. 3) Andere Vorbereitungen der Ehe, z. B. das Aufgebot, sind nur Theile der Eheschließung, keine abgeschlossenen facta praeterita von selbständiger Bedeutung. Darum unterwirft sie das Gesetz vom 25. Mai 1868 Art. IV §. 5 dem neuen Gesetze, wenn nicht auch die Ehe schon zur Zeit des alten Gesetzes geschlossen, mit anderen Worten, die Eheschließung vollendet wurde. 4) Bei der Scheidung von Tisch und Bett und bei der Trennung kommen die materiellen und formellen Gesetze der Zeit des Processes, bezüglich der Verhandlung über die einverständliche Scheidung zur Anwendung;<sup>12)</sup> bei der Nullitätsklage nur die formellen.<sup>13)</sup> 5) Die Wiedervereinigung ist nach dem neuen Gesetze zu beurtheilen;<sup>14)</sup> ebenso die Wiedervereinigung von Gatten, welche unter einem früheren Gesetze geschieden wurden.<sup>14a)</sup> 6) Der Umfang der ehemännlichen Gewalt ändert sich mit den betreffenden Gesetzen.

b) Anders als beim Eherecht handelt es sich beim Ehegüterrecht allerdings um erworbene Rechte. 1) Die Ehepacten sind nach den Regeln über die Verträge zu beurtheilen (vgl. Avitic. Pat. §. 12).<sup>14b)</sup> 2) Das gesetzliche Ehegüterrecht richtet sich nach der Zeit der Eheschließung; spätere Aenderungen haben keinen Bezug auf bereits bestehende Ehen (Sammlung (II) Nr. 694, 764; vgl. (V) Nr. 2701). Die entgegengesetzte Meinung verstößt gegen den Grundsatz der Verlässlichkeit der Gesetze, da allerdings mit Hinblick auf das geltende Recht die Errichtung von Ehepacten unterblieben sein kann. Die richtige Ansicht ist nicht nur in der Theorie<sup>15)</sup> die herrschende, sondern auch in der Gesetzgebung<sup>16)</sup> anerkannt und zwar auch in der österreichischen.<sup>17)</sup> 3) Das Erbrecht der Ehegatten ist entweder  $\alpha$ ) reines Erbrecht, und dann nach den für

<sup>11)</sup> Savigny S. 494. — Pat. v. 20. April 1815, Hofb. v. 22. November 1815 (Michei Nr. 180, 181); Kundm. Pat. f. Krakau (Michei Nr. 182) Art. I; Kundm. Pat. f. Ungarn u. Siebenbürgen XII 1 M. 1; Gesetz v. 25. Mai 1868, Art. IV §. 1. Sammlung (VIII) Nr. 3765.

<sup>12)</sup> Savigny S. 495, 524 f. — Zu den bei Unger S. 140 Note 52 cit. Gesetzen kommt jetzt das v. 25. Mai 1868, Art. IV §. 1 M. 2 u. §. 2. Selbst bei schon anhängigen Verhandlungen sollen sofort nicht nur die neuen formellen (Ges. v. 25. Mai 1868 Art. IV §. 2; M. Vdg. v. 1. Juli 1868 §. 24), sondern auch die neuen materiellen Grundsätze zur Anwendung kommen (arg. cit. Ges. Art. IV §. 1 M. 2 und §. 3). Sammlung (VIII) Nr. 3680. — Die Praxis nimmt (wohl mit Unrecht, arg. §§. 115, 134) an, daß das jetzige Recht nur eine dauernde Scheidung von Tisch und Bett kenne, und darum die früher ausgesprochene „zeitweilige“ Scheidung fortan als sog. dauernde gelten müsse: Sammlung (VIII) Nr. 3654, 3680.

<sup>13)</sup> Ges. v. 1868, IV 2; wegen der materiellen Gesetze s. oben Z. 1.

<sup>14)</sup> S. Unger S. 141 N. 53.

<sup>14a)</sup> Sammlung (VIII) Nr. 3654 (III. Inst.), wo aber der richtige Grundsatz an unrechter Stelle mit unrichtiger Motivirung angebracht ist, weil es sich dort nicht um Form und Zulässigkeit der Wiedervereinigung, sondern um die Wirkung eines früher in Rechtskraft erwachsenen Urtheils handelt (Ges. v. 25. Mai 1868, Art. IV §. 3).

<sup>14b)</sup> Hiegegen verflößt Entsch. 18. Febr. 1875 (Not. Zeit. 1875 Nr. 31 S. 160).

<sup>15)</sup> Savigny S. 495 ff.; Unger S. 141; Roth S. 131; (abweichend Schmid S. 138, 139). S. jetzt namentlich Stobbe S. 170.

<sup>16)</sup> Preuß. Einf. Pat. v. 1794, XIV; bairisches Recht; Roth S. 131 N. 14 (anders das sächs. Einf. Pat. §. 25).

<sup>17)</sup> Avit. Pat. §. 12. — Aber §. 1238 ff. a. b. G. B. betreffen in erster Linie nicht das Güterrecht, sondern die ehemännliche Gewalt.

dieses geltenden Regeln zu beurtheilen (so §. 757 ff. a. b. G. B.), oder  $\beta$ ) es beruht auf Ehepacten und fällt dann unter b1) (so §. 1249 ff., 1234), oder  $\gamma$ ) es ist in Wahrheit gesetzliches Ehegüterrecht und fällt dann unter b2). So bei uns §. 796; so in vielen deutschen Rechten die sogenannte Statutar-Portion. — Diese Unterscheidungen sind nicht nur in der Theorie,<sup>18)</sup> sondern auch in der Gesetzgebung<sup>19)</sup> anerkannt und zwar auch in der österreichischen.<sup>20)</sup>

c) Die Rechtsverhältnisse zwischen Eltern und Kindern gehören dem *ius publicum* an, darum ist die Berufung auf *iura quaesita* hier — und zwar selbst, wo es sich um Familiengüterrecht handelt — ungehörig. Eine Analogie mit dem Ehegüterrecht findet schon deshalb nicht statt, weil es kein gewillkürtes Güterrecht zwischen Eltern und Kindern gibt, der Grundsatz der Verlässlichkeit der Gesetze hier also nicht angerufen werden kann. Väterlicher Nießbrauch besteht also nur so lange, als das ihn gewährende Gesetz; Alimantations- und Dotationspflichten<sup>21)</sup> richten sich nach dem jeweiligen Gesetze. Die österreichische Gesetzgebung und Theorie faßt indeß die bereits concret gewordenen Rechte als *iura quaesita* auf (s. Unger S. 142). — Begründung und Auflösung der väterlichen Gewalt sind ein momentige Thatsachen, welche nach dem Rechte dieses Momentes zu beurtheilen sind; die väterliche Gewalt bleibt also begründet oder aufgelöst, mag auch das spätere Gesetz den Begründungs- oder Auflösungsgrund nicht kennen. — Die Pflichten des Vaters gegen seine unehelichen Kinder beruhen auf demselben Grunde, wie die gegen die ehelichen: er soll für sie sorgen, weil er sie in die Welt gesetzt hat. Wegen der Einmischung des Delictsgebankens ist aber diesfalls eine große Zerfahrenheit in Theorie und Gesetzgebung.<sup>22)</sup> Nur die Ansprüche der Geschwängerten gründen sich wirklich auf ein Delict.<sup>23)</sup> Uebrigens ist es einseitig, immer nur von dem Vater zu sprechen. Auch die Pflichten der Mutter und deren Verwandten, auch die Frage, ob das uneheliche Kind in die Familie der Mutter eintrete (wie nach gemeinem Rechte) oder nicht (wie nach österreichischem Rechte) gehören hierher. Alle diese Fragen sind nach dem jeweiligen Rechte zu beantworten; auch hier überwiegt die Veränderlichkeit des *ius publicum* den Gedanken an erworbene Rechte.<sup>24)</sup> Von letzteren, als unverleghen, kann hier nur dann die Rede sein, wenn concrete Vermögensrechte bereits auf einer anderen Basis, als der allgemeinen familienrechtlichen, begründet sind; so wenn der Vater zur Zahlung einer Rente verurtheilt worden ist oder gegenüber dem Vormunde des Kindes vergleichsweise sich verpflichtet hat;<sup>25)</sup> so wenn ein uneheliches Kind in der mütterlichen Familie geerbt hat und später ein dasselbe aus dieser Familie ausschließendes Gesetz erscheint.

d) Vormundschaft.<sup>26)</sup> Auch die hier einschlägigen Rechtsfälle gehören zum *ius publicum* und sind daher sofort auch auf schon bestehende Vormundschaften anzuwenden. Nur ist es legislativ nicht zu empfehlen, wegen ge-

<sup>18)</sup> Savigny S. 497, Unger S. 141, Roth S. 131, Stobbe S. 169.

<sup>19)</sup> S. namentlich preuß. Einf. Pat. XIV, wo sich die obige Unterscheidung (freilich aber nicht ganz die gleiche Entscheidung) findet.

<sup>20)</sup> Aoit. Pat. §. 12.

<sup>21)</sup> Schwieriger ist die Frage, ob die Eltern dotationspflichtig sind, wenn die Tochter unter einem Gesetz (z. B. dem französl.), das keine Dotationspflicht kennt, geheirathet hat? Die Frage läßt sich nicht so allgemein verneinen, als Hüttner S. 29 thut.

<sup>22)</sup> Stobbe S. 172.

<sup>23)</sup> Unger S. 138.

<sup>24)</sup> Vgl. im Allg. hierzu Savigny S. 527 ff.; Schmid S. 140 ff.; Unger S. 142. Verkehrt ist die Entscheidung und Begründung Hüttner's S. 91, die sich gleichwohl bei Winivarter (2. Aufl.) I S. 70, Stubenrauch (2. Aufl.) I S. 44 u. A. wiederholt findet.

<sup>25)</sup> Sächs. Publ. Pat. §. 21.

<sup>26)</sup> Savigny S. 504, Schmid S. 141, Stobbe S. 171 ff.

änderter Grundsätze über die Delation schon fungirende Vormünder durch andere zu ersetzen. Die einzelnen bereits aus dem Verhältnisse erwachsenen (also concreten) Vermögensansprüche des Mündels oder Vormundes sind iura quaesita obligatorischer Natur.

III. Sachenrecht. Ob eine Thatsache den Erwerb oder Verlust eines dinglichen Rechtes begründe, ist nur nach dem Gesetze der Zeit, in welche die Thatsache fällt, zu beurtheilen. Das Recht bleibt erworben, mag auch ein späteres Gesetz jene Erwerbungsart nicht mehr kennen; das Recht ist und bleibt verloren, mag auch dem Gesetze zur Zeit der Erwerbung oder aber einem späteren Gesetze jene Endigungsart fremd sein. Wenn aber irgendwo Grund- oder Hypothekensbücher neu eingeführt werden, so wird die Gesetzgebung unter Androhung eines Präjubizes befehlen, daß innerhalb einer gewissen Frist auch die Eintragung der schon erworbenen Rechte bewirkt werde.<sup>27)</sup> — Der Inhalt der Rechte und die ihnen innewohnende Klagmacht dagegen ändern sich (s. oben Grundsatz Nr. 3) mit den Gesetzen, ebenso wie die juristischen Qualitäten der Sache (in commercio, extra c., beweglich, unbeweglich u. s. w.).<sup>28)</sup> Ausnahme in ersterer Richtung: bei solchen Servituten, die durch Vertrag auf absehbare Dauer begründet werden und als Vertragsrechte aufgefaßt werden müssen. Hier sind die zur Zeit des Vertragschlusses geltenden Dispositivnormen als Ergänzungen des Vertrages zu betrachten (vgl. oben Grundsatz Nr. 3). In letzterer Richtung: was in einem Verträge, Testamente, Codicille unter „bewegliche Sachen“ u. dgl. zu verstehen sei, ist aus den Gesetzen der Errichtungszeit zu entnehmen.<sup>29)</sup>

IV. Obligationenrecht.<sup>29a)</sup> Delictis-Obligationen sind nach der Zeit der Handlung zu beurtheilen;<sup>30)</sup> ebenso die neg. gestio; die Conditionen nach der Zeit der Zahlung,<sup>30a)</sup> bez. der datio ob causam.

Obligatorische Verträge sind durchaus nach der Zeit des Vertragschlusses zu beurtheilen, nicht nur hinsichtlich der Fähigkeit der Parteien, und der etwa erfordernten Solennitäts-Form,<sup>31)</sup> sondern auch des Inhaltes, welcher dauernd bestimmt wird durch die Summe der (nicht durch den ausdrücklichen Vertragsinhalt ausgeschlossenen) dispositiven Normen, die beim Abschluß des Vertrages gegolten haben; gleiches gilt von den Interpretationsregeln;<sup>32)</sup> denn der Vertrag kann mit specieller Rücksicht auf diese, wie auf jene abgefaßt sein. Nach jenen Gesetzen ist im Allgemeinen auch die Erlaubtheit der Verträge zu

<sup>27)</sup> Z. B. Ges. 27. März 1869 (Nr. 42). Vgl. Savigny S. 423 ff., 539 ff. (praktisch richtig, theoretisch nicht); Schmid S. 130; Stobbe S. 163 ff. Man beachte: a) allerdings betreffen solche Gesetze den Erwerb, nicht das „Dasein der Rechte“; b) gleichwohl sind sie nur Modificationen der Regel, keine eigentlichen Ausnahmen von ihr. Denn allerdings wäre es ein sehr verkehrtes Gesetz, welches alle früher erworbenen Rechte als nicht erworben behandeln würde! Und wenn auch utilitatis causa (der Evidenz wegen) den Berechtigten die Bewirkung der Eintragung vorher erworbener Rechte anbefohlen wird, so hat diese doch nicht die Bedeutung eines Erwerbssactes; denn das Recht gilt nicht als ein jetzt, sondern als ein z. B. schon vor sechs Jahren erworbenes.

<sup>28)</sup> Vgl. Unger S. 134—136. — Ueber die a. hypothecaria s. Sammlung (IV) Nr. 1780, 1783, wo aber Fragen des formellen Rechtes eingreifen.

<sup>29)</sup> Dies ist jedoch nur scheinbar eine Ausnahme; denn es handelt sich nicht sowohl um die Qualität der Sache, als um die Auslegung der Willenserklärung.

<sup>29a)</sup> Vgl. hiezu namentlich die meisterhafte Darstellung Savigny's in §. 392.

<sup>30)</sup> Was Passalle (S. 428—436) hiegegen unter Hinweisung auf mißverständene römische Sätze ausführt, ist unhaltbar.

<sup>30a)</sup> Bei der *condictio indebiti* muß man unterscheiden: neue Gesetze, welche die primäre Frage betreffen, ob und wann ein *indebitum* condictirt werden kann, — und solche, welche die secundäre Frage beantworten, ob etwas *debitum* oder *indebitum* ist. Nur die letztere betrifft Sammlung (VII) Nr. 3570.

<sup>31)</sup> Auf die *complicirte* Frage, wie es sich mit für den Beweis wichtigen Formen verhalte, kann hier nicht eingegangen werden.

<sup>32)</sup> U. M. Unger S. 139.

beurtheilen; wenn aber ein neues Gesetz nicht bloß (wie §. 879) das Ausbedingen der Leistung, sondern diese selbst verbietet,<sup>32a)</sup> so ist es ganz so, als ob die Erfüllung durch eine factische Aenderung unmöglich geworden wäre (arg. §. 880.)<sup>33)</sup> — Selbst casus, culpa, dolus und mora sind rücksichtlich ihrer Folgen (Recht zum Rücktritt u. f. w.) ebenfalls nach dem Gesetze zur Zeit des Vertragsschlusses zu beurtheilen; doch spricht vieles dafür, die Höhe der Verzugszinsen sich nach dem jeweiligen Gesetze richten zu lassen.<sup>33a)</sup> Dagegen ist die Cession als ein selbständiges Geschäft nach dem Rechte ihrer Zeit zu beurtheilen. Ebenso die meisten<sup>34)</sup> Endigungsgründe von Vertrags-Obliigationen. Dagegen sind die Zahlungs-Mobalitäten (Ort, Zeit u. f. w.) als zum Inhalt des Vertrages gehörend nach der Zeit des Vertragsschlusses zu beurtheilen.

Wenn der Satz „Kauf bricht Mieth“ oder sein Gegentheil neu eingeführt wird, so hat das auf schon bestehende Mieth- und Pachtverhältnisse keinen Einfluß. Das Recht zur Zeit des Abschlusses des Pachtvertrages (nicht des Kaufes!) ist entscheidend.<sup>35)</sup> Das Mieth- oder Pachtrecht (im subj. Sinne) bleibt so stark oder so schwach, als es von Anfang an war.

Die Anfechtbarkeit und Widerruflichkeit eines Vertrages (wegen laesio enormis, Undank des Beschenkten, Nachgeburt von Kindern . . .) ist nicht nach der Zeit, in der der Anfechtungsgrund oder die Thatsache sich ereignet hat, wegen deren man widerrufen will, sondern nach der Zeit des Vertragsschlusses zu beurtheilen.

Concursgesetze gehören zwar ebenfalls zum „Schuldrecht“, sind aber processualische Gesetze, weshalb sie sofort durchgreifen. Selbst die Rangordnung der Personalgläubiger, sowie das Verhältniß der Realgläubiger zum Concurse wird durch das beim Ausbruche des Concurses geltende Gesetz bestimmt; die Rangordnung der an einem und demselben Objecte haftenden Pfandrechte unter einander wird so bestimmt, als ob kein Concurse da wäre.

V. Erbrecht. A) Intestat-Erbrecht. Im Allgemeinen ist hier maßgebend die Zeit des Todes des Erblassers, bez. der zuweilen später eintretenden Delation. (Kundm.-Pat. für Ungarn VII 2. Sammlung (II). Nr. 565, (VI) Nr. 3210<sup>35a)</sup>). Doch muß die Erbsfähigkeit bis zum Erbschafts-Antritt fortbauern. Die Form der Erbantretung richtet sich nach dem Gesetze zur Zeit der-

<sup>32a)</sup> Es ist in der Theorie sehr bestritten, ob Wuchergesetze als Verbote der ersten oder der zweiten Art aufzufassen seien. Die richtigere Ansicht, daß nur das Ausbedingen der höheren Zinsen verboten werde, daß mithin früher geschlossene Zinsenverträge unberührt bleiben, war anerkannt im Wuch. Pat. v. 1803, §. 39, war aber nicht auch die Ansicht der Majorität der Redactoren des hgl. Ges. B. (Näheres in den Excursen.) Da jedoch diese keinen gesetzlichen Ausdruck fand, ist unsere Praxis der richtigeren Ansicht gefolgt: Sammlung (I) Nr. 40, (III) Nr. 1079. — Aber auch umgekehrt wirkt ein Gesetz, durch welches das Zinsenmaximum erhöht oder die Zinsen ganz freigegeben werden, nicht auf früher geschlossene Verträge. Ges. v. 14. Juni 1868 §. 7 a. E. Sammlung (VIII) Nr. 3975.

<sup>33)</sup> Dabei ist es gleichgiltig, ob geradezu eine solche Leistung verboten wird, oder aber jene nur durch individuelle Momente (z. B. eine venditio durch Object und Leistungs-ort) gegen ein Prohibitivgesetz (z. B. Verbot der Kornausfuhr) verstößt. Dies auch gegen Unger S. 125 Nr. 39, der aber sachlich ganz richtig entscheidet.

<sup>33a)</sup> Nicht entgegen steht: Sammlung (VI) Nr. 3104, wo an eine Gesetzänderung nach gefälltem Urtheil gedacht ist.

<sup>34)</sup> Auf das Detail kann nicht eingegangen werden. Leitender Gedanke: Vergleich, Erlaß, Novation u. dgl. sind selbständige Geschäfte, also nach ihrer Zeit zu beurtheilen; andere Vertrags-Endigungen, als solutio, Kündigung u. f. w. gehören zum Vertrags-Inhalt (daher das alte Recht für sie maßgebend bleibt).

<sup>35)</sup> So vielfach dies bestritten ist, so ist die obige Entscheidung doch gewiß die einzig richtige. Sie folgt aus dem Axiom der Verlässlichkeit der Gesetze.

<sup>35a)</sup> Sammlung (VII) Nr. 3264 steht in Widerspruch mit der richtigeren Entscheidung in (VI) Nr. 3210.

selben. Die Normen über den Erwerb des Erbschaftsbesitzes greifen (analog neuen Proceßgesetzen) sofort durch. Ob eine Gabe (inter vivos) zu conferiren sei oder nicht, ist nicht nach den Gesetzen der Delationszeit, sondern nach denen zur Zeit der Anwendung jener Gabe zu beurtheilen.

B) Testamente und Codicille. 1) Die Fähigkeit des Testators richtet sich nur nach der Zeit der Errichtung. Dies gilt ganz allgemein für die zum Testiren erforderliche Handlungsfähigkeit, nicht so allgemein für die dazu erforderliche Rechtsfähigkeit.<sup>36)</sup> — 2) Die Form ist ebenfalls nur nach dem Gesetze der Errichtungszeit zu beurtheilen, mag nun das spätere Gesetz strenger oder milder sein (Kundm. Pat. von 1811, Abs. V.; Hsb. vom 16. November 1814).<sup>37)</sup> — 3) Nach österreichischem Rechte (s. die eben citirten Gesetze) sind auch Inhalt und Wirkungen letztwilliger Verfügungen, namentlich auch das Verhältniß zwischen Honorirten und Onerirten, das Pflichttheilsrecht, das Accrescenzrecht u. dgl. nach den Gesetzen der Errichtungszeit zu beurtheilen, was allerdings zum Theile gegründete Bedenken (s. namentlich Unger S. 144, Note 65) gegen sich hat. — 4) Dagegen ist die Fähigkeit des Honorirten nicht nach der Zeit der Honorirung, sondern nach der der Delation zu beurtheilen (arg. §. 545 a. b. G. B.).<sup>38)</sup>

C) Bei Erbverträgen sind die Grundsätze des Vertrags- und des Testamentsrechtes zu combiniren,<sup>39)</sup> entsprechend der eigenthümlichen Natur dieses Institutes (s. bei §§. 1249 ff.). Die hiedurch im gemeinen Rechte entstehenden Schwierigkeiten bestehen für das österreichische Recht nicht, weil nach diesem auch der Inhalt letztwilliger Anordnungen, wie der von Verträgen, nach den Gesetzen der Errichtungszeit zu beurtheilen ist.

VI. Verjährung (in dem alten weiten, die Ersitzung und Verschweigung mit umfassenden Sinne).<sup>40)</sup> Mannigfache Zweifelsfragen entspringen hier daraus, daß es sich nicht um eine einmomentige Thatsache, sondern einen oft viele Jahre dauernden, in die Perioden verschiedener Gesetze fallenden Zustand handelt, an dessen Vollendung hier eine rechtliche Wirkung geknüpft ist. Darum ist auch diese Materie in der gemeinrechtlichen Theorie ungemein bestritten,<sup>41)</sup> während sie im österreichischen Rechte unzweideutig normirt ist.

Von der (unrichtigen) Vorstellung ausgehend, daß schon die begonnene Verjährung ein erworbenes Recht begründe (arg. „daher“), bestimmt unser Gesetz (Kundm. Pat. von 1811 Abs. VI.) gleich dem französischen (a. 2281), daß die Verjährung, sowohl was die Frist, als die übrigen Voraussetzungen, als auch die Wirkungen betrifft, nach demjenigen Gesetze zu beurtheilen sei, unter dem sie begann (Sammlung Nr. 18). Diese Regel muß aber für den Fall,

<sup>36)</sup> Auf das an sich, bes. aber für das österr. R. schwierige Detail (Schwanken der Gesetzgebung: §. 10 lit. c des Auswands. Pat., §. 208 lit. b des Mil. Str. G. B. einerseits; andererseits der [abgeschaffte] §. 574 a. b. G. B., §. 27 b a. Str. G. B., §. 45 lit. d Mil. Str. G. B. — Einfließen heterogener Momente) ist hier um so weniger einzugehen, als es praktisch von äußerst geringem Interesse ist.

<sup>37)</sup> Zum Theile anders nach preuß. L. R. Einleit. §. 17. Gegen die daselbst getroffene, von den Redactoren unseres G. B. mit Bewußtsein und gutem Grunde abgelehnte Normirung s. Savigny S. 409 ff. Was Lassalle für sie vorbringt, ist ganz verfehlt.

<sup>38)</sup> S. auch Stubenrauch (2. Ausf.) I S. 43. N. M. Unger S. 143 ff. N. 63 unter Hinweisung auf das (nicht entscheidende) Avitic. Pat. §. 6.

<sup>39)</sup> Die herrschende Ansicht, welche einfach auf die Zeit des Abschlusses hinweist (Savigny S. 492, Unger S. 145), ist ungenau.

<sup>40)</sup> Von der Verjährung wird hier in einem besonderen Absätze gehandelt, weil sie auf kein einzelnes Gebiet des Vermögensrechtes, ja überhaupt nicht auf das Vermögensrecht eingeschränkt ist.

<sup>41)</sup> Hierüber weitaus am besten Savigny §. 391 und für das österr. R. Unger S. 146 ff. — Verwerflich ist die von Vielen angenommene proportionale Berechnung.

wo der Rest der alten Frist noch größer ist, als die ganze neue, eine Einschränkung erfahren, da es ja doch selbstverständlich ist, daß der Verjährende unter Verzicht auf die bis zum Erscheinen des neuen Gesetzes gelaufene Frist eine neue Verjährung beginnen kann. Dies wird im Abs. VI. des Kundm. Pat. von 1811 ausdrücklich bestätigt.<sup>42)</sup> Eine andere Einschränkung, die zwar nicht ausgebrückt, aber doch nicht zu bezweifeln ist, besteht darin: daß, wenn ein neues Gesetz einen Verjährungsfall abschafft, es auch die schon schwebenden Verjährungen solcher Art zerstört.<sup>43)</sup> Eine dritte (problematische) Einschränkung ist diese: wenn und insoweit man annimmt,<sup>44)</sup> daß eine proportionale Berechnung stattfinden müsse, wo auf eine privilegierte<sup>45)</sup> eine nichtprivilegierte Person folgt oder umgekehrt, so daß die Verjährung gegen die eine angefangen, gegen die andere fortgesetzt wurde; — so muß man die gleiche Berechnung in demselben Umfang eintreten lassen, wo dieselbe Person nach dem alten Gesetze privilegiert, nach dem neuen nichtprivilegiert ist oder umgekehrt.

## Auslegung.

## §. 6.

Einem Gesetze darf in der Anwendung kein anderer Verstand beygelegt werden, als welcher aus der eigenthümlichen Bedeutung der Worte in ihrem Zusammenhange und aus der klaren Absicht des Gesetzgebers hervorleuchtet.

## §. 7.

Läßt sich ein Rechtsfall weder aus den Worten, noch aus dem natürlichen Sinne eines Gesetzes entscheiden, so muß auf ähnliche, in den Gesetzen bestimmt entschiedene Fälle, und auf die Gründe anderer damit verwandten Gesetze Rücksicht genommen werden. Bleibt der Rechtsfall noch zweifelhaft; so muß solcher mit Hinsicht auf die sorgfältig gesammelten und reiflich erwogenen Umstände nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen entschieden werden.

## A. Einleitung.

I. Gesetzesauslegung\*) ist Kunst, nicht Kunde — nicht ein Wissen, sondern ein Können. Keine Kunst ist erlernbar in dem Sinne, als ob es nur auf den

<sup>42)</sup> Vgl. preuß. Publ. Pat. v. 1794, XVII. — Die „Steirische Commission“ hatte (Prot. 3. Nov. 1806) mit Rücksicht auf die von den im Entwurf des G. B. enthaltenen, von dem bis dahin geltenden Recht sehr stark abweichenden Verjährungs- und Erstzungsfristen beantragt, im Kundm. Pat. oder in einem besonderen Hofdecret zu bestimmen: „Wenn bei Kundmachung des neuen G. B. die nach den vor dem neuen Gesetze bestehenden Rechten erforderliche Verjährungszeit noch nicht erfüllt ist, und dem Besitzer zur Vollendung der Verjährung oder Erstzung weniger Zeit, als hierzu in dem Gesetze bestimmt ist, zur Verjährung oder Erstzung mangelt, soll es bei der (sic) im neuen Gesetze bestimmten Zeitmaß bleiben.“ Zeiller formulirte, als er diese Erinnerung verlas, sofort einen von der jetzigen Fassung nur stylistisch abweichenden Antrag für das Kundm. Pat., der dann, in seine jetzige Gestalt gebracht, in der Sitzung v. 28. Dec. 1807 angenommen wurde. — Was von neueren Schriftstellern gegen dieses „Wahlrecht“ eingewendet worden ist, beruht durchweg auf Mißverständnissen.

<sup>43)</sup> Vgl. Unger S. 148 N. 85.

<sup>44)</sup> Auf diese schwierige und äußerst bestrittene Frage kann erst bei der Erläuterung des letzten Hauptst. des G. B. eingegangen werden.

<sup>45)</sup> D. h. eine Person, gegen welche die gewöhnliche Verjährungsfrist nicht genügt, sondern eine längere erfordert wird.

\*) Literatur: Gemeinrechtliche Schriftsteller: Chr. H. Eckhard Hermonentica iuris. Ppz. 1750. Ausgabe von C. F. d. Ch. Walch (ius) 1779; die Ausg. von C. Wilh. Walch von 1802 konnten wir nicht benutzen. Es ist dies das mit großem Fleiße gearbeitete Hauptwerk der älteren Lit. (gegen 1000 SS.), das nach einer allgemeinen Einleitung (cap. I) von der Auslegung der röm., canon., deutschen und der Reichs-Gesetze handelt. Die noch ältere Lit. ist in der Vorrede Walch's zusammen-

guten Willen ankäme, wenn gleich bei jeder Kunst das Technische, das bald einen sehr großen, bald — wie hier — einen sehr geringen Antheil an ihr hat, gelernt sein will.<sup>1)</sup> Zum tüchtigen Interpreten gehört außer der Anlage und Uebung wissenschaftliche Ehrlichkeit, Unterordnung der eigenen Subjectivität unter das Gegebene, dann gebiegenes juristisches Wissen. Von dem Vielen, was er gelernt haben muß, bilden aber gerade die Auslegungsregeln einen geringen, bei der Auslegung neuer<sup>2)</sup> Gesetze einen verschwindenden Theil, namentlich da die meisten von ihnen jedem Denkenden sich von selbst aufdrängen. Auch ist das Wissen dieser Regeln und ihre richtige Befolgung zweierlei, wie die Logik<sup>3)</sup> nicht immer am schärfsten von denen geübt wird, die ihre Regeln am besten auswendig wissen. — In Gesetzen sind specielle Auslegungsregeln<sup>4)</sup> von großem Werthe,

gestellt. — Glück Erläut. d. Pandecten I. Bd. (2. Aufl. Erlangen 1797) S. 205 ff. (für uns sehr wichtig). — Thibaut Theorie d. logischen Auslegung des Röm. R. (Altona 1799, 2. Aufl. 1806). — J. G. Sammet Hermeneutik des Rechts, hrsg. v. F. G. Vorn, Leipz. 1801 (eig. eine, wunderbarlich geschriebene, Einleitung in's corpus iur. civ.). — R. S. Zacharia Versuch einer allg. Hermeneutik (Weissen 1805). — F. Schöman Handbuch des Civilrechts. I Bd. (Gießen 1806) S. 65—137. Im übrigen ist die ältere Lit. bis 1830 fleißig nachgewiesen bei Clossius Hermeneutik des Röm. R. Epz. 1831 S. 3 ff. (welches Buch selbst aber nicht hergehört, s. Note 2); die ältere und neuere bei Vangerow (7. Aufl.) I S. 47. — Aus der neueren Lit. ist hervorzuheben die classische Darstellung in Savigny's System I. Bd. (1840) S. 206—330, die blühige und scharfe in Thöl's Einleitung in d. deutsche Pr. R. (Göttingen 1851) §§. 55—66. J. S. Lang Beiträge zur Hermeneutik des Röm. Rechts (Stuttgart 1857, etwa 300 SS.). Es wird darin vornehmlich die sprachliche Auslegung der röm. R. Quellen behandelt, weshalb nur der geringere Theil des Werkes hergehört. — Von Lehrbüchern: Kierulff I S. 18 ff., Wächter II S. 133 ff., Vangerow I §§. 23—25, Windscheid I §§. 20 bis 23, Brinz 2. Aufl. §§. 28—33. — Oesterreich. Lit.: Fr. Rippel Von der Auslegung und Anwendung der Gesetze (Inz 1822) (Rec. dieser kleinen Schrift in der Zfchst. f. österr. Rechtsgel. 1826 III S. 297 ff.); D. Kostetzky Practische Regeln zur Auslegung und Anwendung der (Civil-, Criminal- und politischen) Gesetze (Wien 1823 177 SS.). Beide Schriften sind von geringem Werth. — Die übrige Lit. bei Michel zu §. 6. — Unvergleichlich werthvoller die Darstellung Unger's (I §§. 10—14) und auch die neueste selbständig durchdachte und gut geschriebene in A. Menger's System des österr. Civilproceßrechts (Wien 1876) S. 106—127. Für das a. b. G. B. insbes. f. Pfaff in der Abhandl. „über die Materialien . . .“ in Grünhut's Zfchst. II S. 254 ff. passim, namentlich aber S. 295—317. — Von den Commentaren sind hier die älteren (bis einschließlich Winwartner) beachtenswerther, als die späteren.

<sup>1)</sup> Vgl. Savigny S. 211, Kierulff S. 35. Viel höher schlägt den Werth der „Hermeneutik“ Lang S. 10 an (wie er überhaupt nicht frei von scholastischen Neigungen war); eben so die Aelteren z. B. Schöman S. 65 f., am höchsten Sammet §. 5, nach welchem die S. sogar die systematischen Vorträge entbehrlich zu machen vermag!

<sup>2)</sup> Größere Bedeutung hat natürlich die Unterweisung in Auslegung alter Gesetze, z. B. der römischen. Es muß da aber so vieles von historischen Kenntnissen hineingejogen werden, daß die Abgrenzung gegenüber der Rechtsgeschichte, namentlich der sog. Äußerer, oft kaum zu finden ist. Während einerseits Lang alles Historische fernhält, und wirklich eine Theorie der Auslegung des röm. R. („ein System der Auslegungskunst“) zu geben sucht, gibt Clossius ungefähr daselbe im Grundrisse, was Spangenberg ausgeführt vorträgt. Man sieht wie ganz verschiedenes unter „Hermeneutik“ verstanden und vorgetragen wird. Schon darum liegt ein großer Theil des Inhaltes der älteren oben angeführten gemeinrechtlichen Schriften der hier in Frage stehenden Theorie der Auslegung fern.

<sup>3)</sup> Die Theorie der Auslegung ist größtentheils nur eine Anwendung der Logik auf ein einzelnes Wissensgebiet. Vgl. Zacharia §. 11.

<sup>4)</sup> Sie betreffen bald (a) das Gesetz selbst (z. B. §. 42), bald (b) letzte Willenserklärungen (z. B. §§. 614, 672 ff.) oder (c) Verträge (z. B. §. 904 vorletzter Satz), bald (d) sowohl die Dispositionen des Gesetzes als die von Privaten (z. B. §. 902 i. f.); doch gehören b) und c) nicht her. Sowohl von solchen speciellen, als auch von den allgemeinen für private Dispositionen aufgestellten Grundsätze (z. B. §. 914 f.) wird bei den betreffenden Paragraphen gehandelt werden. Unter juristischer Hermeneutik ist bald (z. B. Eckhard) nur die Lehre von der Auslegung der Gesetze gemeint, bald (z. B. Lang S. 18 ff.) ist dabei auch an die Auslegung privater Anordnungen gedacht.

allgemeine, d. h. die Sanctionirung irgend einer Theorie über Auslegung unnütz<sup>5)</sup> oder gar schädlich.<sup>6)</sup>

II. Am schlimmsten freilich, wo der Gesetzgeber — der eigenen Einsicht und Voraussicht zu viel, dem beschränkten Unterthanenverstande des Richters zu wenig vertrauend — die Auslegung ganz verbietet oder doch unnatürlich einschränkt. Es geschah solches in Zeiten verfallender Wissenschaft,<sup>7)</sup> wie es denn nicht selten die impotente Wissenschaft selbst war, welche den Gesetzgeber so übel berieth, — für ein Element der Gesetzgebung erklärend, was Sache der Gesetzanwendung ist.<sup>8)</sup> In Zeiten, wo man von der Wissenschaft Verwirrung,<sup>9)</sup> von

<sup>5)</sup> Es versteht sich ja überall von selbst, daß der Richter die Gesetze anzuwenden, nicht aber zu verdröhen oder zu ändern hat. — Die richtige Behandlung hat das französische R. Vgl. Savigny S. 326 ff., und die interessantesten Ausführungen von Portalis S. 192 ff.

<sup>6)</sup> Es verhält sich hier, wie mit den Definitionen. Im Abstractesten irrt man am tiefsten und gibt selbst richtigen Vorstellungen selten einen unanfechtbaren, nämlich genug weiten und dabei doch genauen Ausdruck. Daher schwankt der abstracte Theil unserer Wissenschaft am meisten. Wozu also ihn fixiren, d. h. den Richter anweisen, daß er sich an die wissenschaftlichen Regeln der vergangenen, statt an die seiner Zeit halten soll? Der beste Legislator kann unpassend formulirte Auslegungsregeln geben, wie etwa ein vor trefflicher Prosaiker leicht in arge Verlegenheit käme, sollte er eine Syntax schreiben. Es wäre nun schlimm, wenn die geübliche Anwendung eines Gesetzes von der Angemessenheit der im Gesetze gebilligten allgemeinen Auslegungsregeln abhinge. Sind sie freilich so vag, wie die in unseren §§. 6 und 7 enthaltenen, dann ist die Gefahr nicht groß. Sie wäre aber sehr groß, wenn ein Gesetz weiter im Theoretischen ginge und die Richter sich strenge nach dem Satze Helm's richteten: daß „nur der nach den vom Gesetzgeber gebilligten Auslegungsregeln gefundene Sinn als der wahre Sinn eines Gesetzes und als die einzige uns verpflichtende Norm angesehen werden kann“ (Ztschft. f. österr. Rechtsgel. 1828 II S. 253); Ähnliches bei Lang S. 25—30, während Savigny S. 49 den im Justin. Gesetzbuch enthaltenen Auslegungsregeln keine den gemeinrechtlichen Juristen bindende Kraft beilegt; ebenso schon Zachariä S. VII in der allgemeinen Fassung, daß die wissenschaftlichen im corpus iuris enthaltenen Grundsätze nicht verbinden. (In der That gilt das Nämliche z. B. von der Theorie der zeitlichen Grenzen.)

<sup>7)</sup> S. insbes. Unger §. 13 a. E. Anmerk. 2, Harrafsowsky S. 77, 131, 146, 154; vgl. Dernburg Preß. Pr. R. S. 16. Ueber die Streitfrage, ob und inwiefern schon Justinian auf diesen Irrweg gerathen sei vgl. außer den dort Citirten Lang S. 42—56, der zu dem Resultat kommt, Justinian habe sich nur die Analogie und die authentische Interpretation vorbehalten.

<sup>8)</sup> Statt Aller Zachariä S. 160—167: „Je vollkommener eine Gesetzgebung, desto weniger wird sie der Auslegung bedürfen. Denn Unsicherheit des Rechts ist allemal der Grund und die Folge einer solchen Auslegung.“ (Vgl. Glück S. 207.) Genau ebenso dachte Justinian. — Die grammatische Auslegung will J. übrigens doch den Richtern gestatten wissen, und bei Auslegung von Rechtsgeschäften ist er noch liberaler. Vgl. darüber Lang S. 39 ff. Recht rigorose Grundsätze hat auch Schönman aufgestellt, freilich aber selbst nicht befolgt.

<sup>9)</sup> Vgl. Savigny S. 158 ff. (selbst dies sucht Lang [f. R. 7] abzumildern, doch gelingt es nicht) mit S. 304 ff., 314 ff., 328. — Nach einem allgemeinen Monitum der Comm. in Steiermark sollten „keine Privatauslegungen oder Commentare gestattet sein!“ — In einem discorso „della interpretazione dello leggi“ hat F. V. Barbacovi seine Meinung dahin ausgesprochen: den Richtern müsse man die Auslegung des Gesetzes, wenn es nicht zu dunkel sei (wer hat dies zu beurtheilen?) frei lassen, — aber die Commentare — da stecke die Gefahr! Un solo commento o trattato dovrebbe essere permesso, e questo composto dallo stesso autore o dagli autori del nuovo Codice (p. 47). Der einzige Commentar, der erlaubt sein sollte, wäre demnach der damals bereits erschienene von Zeiller gewesen. „Ma lasciando libero il corso ai commenti o trattati di chiunque vuol porsi a scrivere sulle nuove leggi, o sovra una parte di esse“ —, werde unfehlbar eine Unstetigkeit des Rechtes und damit des Eigenthums der Bürger einreißen. — Wunderlich genug steht diese Herzensergießung, in welcher Commentatoren und Briganten hinsichtlich ihrer Gemeingefährlichkeit (wenn auch unabsichtlich) gleichauf gestellt werden, unter den Anhängen zum I. Bde. eines Commentars! (nach von Carozzi I app. p. 31 sg.). Für Carozzi's Uebersetzung des Zeiller'schen Werkes eine gute Reclame, für sein eigenes Werk eine schlechte Empfehlung! — Mit den letzten der citirten Worte wird zugleich über alle Monographien und Aufsätze der Stab gebrochen.

den Rechtsfreunden (die man als Rechtsfeinde denkt) nur Kabulisterei erwartet,<sup>10)</sup> ist es folgerecht, von den Richtern mechanische Gesetzanwendung zu verlangen, damit sie nicht ihre Willkür an die Stelle des Rechtes setzen. Byzantinischer, wie aufgeklärter Despotismus und rationalistische Weltverbesserung zeigen hier eine bedenkliche Verwandtschaft.<sup>11)</sup> — In diesem Geiste ist auch im Josephinischen Gesetzbuch I §. 24 verboten: „unter dem Vorwande eines Unterschiedes zwischen den Worten und dem Sinne der Gesetze solche zu erweitern oder einzuschränken.“<sup>12)</sup> Gegen „Rechtsfreunde“ sollte nach §. 25 wegen „geklünstelter Auslegung, . . . wenn gecliffentliche Wortverdrehung oder Arglist wahrgenommen würde, . . . mit scharfer Strafe vorgegangen werden.“ §. 26 befahl: „Wenn dem Richter ein Zweifel vorfiel, ob ein vorkommender Fall in dem Gesetze begriffen sei oder nicht; wenn ihm das Gesetz dunkel schiene, oder falls besondere und sehr erhebliche Bedenken der Beobachtung desselben entgegen ständen,<sup>12a)</sup> soll die Belehrung allezeit von dem Landesfürsten gesucht werden.“ Nur bei ganz schlagender Analogie des fraglichen Falles mit einem ausdrücklich entschiedenen dürfe der Richter selbst gleich urtheilen, müsse aber den Fall dem Landesfürsten anzeigen.<sup>13)</sup> §. 27. „Die . . . . Begünstigungen sind ebensfalls nach dem buchstäblichen Inhalt zu nehmen“ u. s. w. Sachlich ganz übereinstimmend ist auch §. 437 der allg. G. O. von 1781. Die Folge dieser Beschränkung der richterlichen Thätigkeit war eine enorme Menge von Anfragen, welche alle zu beantworten die Hofstellen und die Compilations- bez. Gesetzgebungscommission sich bald außer Stande sahen.<sup>14)</sup> Durch §. 2 des das Josephinische Gesetzbuch in einer erheblichen Reihe von Punkten abändernden Patentes vom 22. Februar 1791 (Z. G. S. 115) wurde der Richter angewiesen: „wenn er einen vorkommenden Fall nicht in den Worten des Gesetzes entschieden fände, auf den zusammenstimmenden Begriff und Sinn desselben, auf gleichförmige darin ausgebrückte Fälle, auf die aus der Verbindung der Gesetze sich darstellenden Grundsätze und Absichten (zu) sehen, und den Fall nach derselben Maßgebung (zu) beurtheilen. Ständen der Beobachtung des Gesetzes besondere und sehr erhebliche Bedenken entgegen, so wäre die Belehrung bei Hofe anzufuchen.“ Obgleich noch die Revisionscommission (s. S. 20) nicht billigte, daß die Richter „nach den (oft nur eingebildeten)<sup>14a)</sup> Gründen des Gesetzgebers oder nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen entscheiden dürfen; sondern, wenn der Fall aus dem natürlichen Sinne und Zusammenhange des Gesetzes nicht entschieden werden könnte, die Belehrung und Entscheidung von dem Gesetzgeber eingeholet“ wissen wollte,<sup>14b)</sup> — so gab bezungachtet schon das westgalizische (I §§. 18, 19) und ebenso das jetzige Gesetzbuch (§§. 6, 7) den Richtern die natürliche Freiheit in Ausübung ihres Berufes zurück, was schon wegen der Kürze des

<sup>10)</sup> Bekanntlich hat man 1780 in Preußen die Advocatur ganz abgeschafft, — natürlich nur um bald einzusehen, welchen Fehlgriff man gethan. Vgl. noch oben S. 11 R. 47.

<sup>11)</sup> Nur völlig unhistorischer Sinn könnte darin einen Tadel gegen einzelne Personen vermuten, während es sich um ein Symptom ganzer Culturperioden handelt.

<sup>12)</sup> Der §. 24 fährt fort: „Auch soll kein Richter unter Vorschützung einer von der Strenge der Rechte unterschiedenen Willigkeit von der klaren Vorschrift der Gesetze abgehen.“ Dazu vgl. Glück S. 208 ff.

<sup>12a)</sup> Hinter diesem Theile des Satzes („falls . . .“) birgt sich allerdings ein sittlich-schöner Gedanke, der deutlicher ausgesprochen ist in Zeiller's Comm. I S. 67.

<sup>13)</sup> Diese Anzeigen hatten also einerseits den Zweck, die Belehrung von Seite der gesetzgebenden Gewalt zu veranlassen, andererseits sie selbst auf Tücken und Mißstände aufmerksam zu machen. Auch hiesfür bietet die gleichzeitige preussische, sowie die Justinianische Gesetzgebung Analogien. S. Savigny a. d. (R. 9) a. D.

<sup>14)</sup> Vgl. oben S. 18 Note 90 und S. 13 Note 67. — S. auch Menger S. 121 ff.

<sup>14a)</sup> Vgl. Thibaut S. 37 ff., und schon Donner §. 12.

<sup>14b)</sup> Von Zeiller mitgetheilt in der Sitzung v. 4. Jän. 1802.

Gefetzes geboten war. Alle Redactoren sprachen sich in der Sitzung v. 4. Jänner 1802 dahin aus: es sei „für die Rechtspflege sogar gefährlich“, den Richter auf den Buchstaben des Gesetzes zu beschränken. Die §§. 6 und 7 sollen den Richter zum Eindringen in den Geist des Gesetzes zwingen, äußerte Zeiller im Vortrage vom 19. Jänner 1808. Es ist eben in den Dingen eine stärkere Logik als in den Menschen, und wenn die der Letzteren zu stark abirrt, wird sie von jener zum Einlenken gezwungen. Nun aber geschah es, daß die erst verlangten Anfragen fortan auch ungebeten kamen. Warey sie doch ein bequemes Mittel, sich Verantwortlichkeit und eigenes Nachdenken zu ersparen. Und man hatte Mühe, eine Untugend wieder abzustellen, die man selbst hervorgerufen. Noch 1811 schärft Zeiller (Comm. I S. 69) es den Richtern ein: „nicht durch Schwierigkeiten in der Auslegung und Anwendung sich verleiten zu lassen, über Dunkelheit und Unvollständigkeit der Gesetze zu klagen, oder Zweifel auf Zweifel, und Anfragen auf Anfragen zu häufen. Möchte man doch beherzigen, daß durch zahllose Erklärungen und Gesetze, die man der gesetzgebenden Macht abzubringen versucht, die nämliche Rechtsunsicherheit wieder herbeigeführt würde, der man, nach dem allgemeinen Wunsche, durch ein Gesetzbuch abzuhelfen besorgt war.“ In diesem historischen Wort äußert sich zweierlei: der Unmuth darüber, daß man die Geister, die man rief, nicht los werden könne (vgl. S. 18, N. 90), und die schmerzliche Enttäuschung darüber, daß die Dinge sich nicht so einfach ordnen lassen wollen, als man geglaubt hatte. Man meinte, all' die unbequeme Masse der Literatur, alle Streitfragen der Theorie und Zweifel der Praxis würden verschwinden mit der Verbesserung und Vereinfachung der Gesetzgebung.<sup>15)</sup> Man hielt die Formeln, die man in redlichem Bemühen aufgestellt, wenn nicht für endgiltig, doch für unvergleichlich besser, als die früheren, — die Schwierigkeiten verkennend, die der Reichthum des stets sich verjüngenden Lebens mit sich führt, und noch ohne die Resignation, die es weiß, daß das Beste, was Menschen gelingt, ein ungenügendes Stückwerk ist.

III. Zu manchen der erwähnten Mißgriffe trugen Mißverständnisse bei, erzeugt durch einen schwankenden Sprachgebrauch, der auch in der Theorie die Verständigung sehr erschwert hat. „Auslegung, Erklärung, Exegese, Interpretation“ sind den Einen gleichbedeutend, während die Anderen Unterschiede machen. Unzweifelhaft verbanden die Römer mit dem Worte „interpretatio“ eine weitere Bedeutung, als wir, denen eine so freie Behandlung des Rechtes, wie sie noch unter jenen römischen Begriff fällt, gar nicht zusteht.<sup>16)</sup> — In verschiedener Art werden jene deutschen Ausdrücke verstanden. Nach Thibaut (§. 1) ist einer „Erklärung“ nur ein dunkler Text bedürftig, einer „Auslegung“ (Interpretation) jeder;<sup>17)</sup> — während Zachariä (S. IV, V §. 2) „erklären“ für weiter hält, als „auslegen“, bei letzterem Worte an die Thätigkeit des Exegeten, bei jenem<sup>18)</sup> an die des Commentators denkend.<sup>19)</sup> Glück gebraucht „Gesetz-Erklärung“ gleichbedeutend mit Interpretation. Der heute herrschende Sprachgebrauch setzt „Auslegung“ und „Interpretation (Exegese)“ einander gleich. Die Theorie der Exegese nennt man Hermeneutik.<sup>20)</sup> — Von den Namen ab-

<sup>15)</sup> Genau dieselbe Täuschung, der sich Justinian hingegeben hat. Savigny S. 160 f. Die französischen Redactoren dagegen unterlagen ihr nicht. Portalis a. a. D. S. 198 ff.

<sup>16)</sup> Vgl. Buchta Institutionen (8. Aufl.) I §. 78 (S. 182 f.).

<sup>17)</sup> Aehnlich Savigny S. 216 Note, der zur „Auslegung“ beiklämmert „explicatio“.

<sup>18)</sup> Andere sprechen da von „erklären“: s. z. B. die Titel der Commentare von Glück, Rippel, Winivarter u. A.

<sup>19)</sup> Ueber die obigen und einige andere Ausdrücke vgl. Lang S. 4—7.

<sup>20)</sup> Lang S. 8. Verschiedene Eintheilungen der Hermeneutik bei Zachariä §§. 7—10.

gesehen, besteht eine Verschiedenheit darin, daß ältere Juristen auch die Textkritik und die Analogie für eine exegetische Thätigkeit hielten,<sup>21)</sup> während die Neueren jene immer,<sup>22)</sup> diese meistens<sup>23)</sup> von der Exegese scheiden. Das allgemeine bürgerl. Gesetzbuch befaßt unter „Auslegung“ (f. Marginalnote zu §§. 6—8) auch die Analogie.<sup>24)</sup>

„Oesterreichisches Recht“ und „allgemeines bürgerl. Gesetzbuch“ ist zweierlei; eben darum ist auch „Auslegung des österreichischen Rechtes“ etwas anderes, als „Auslegung des österreichischen Gesetzbuches“. Das Recht legt aus, wer die Frage *quid iuris?* beantwortet; das Gesetz legt aus, wer darlegt, was ausdrücklich oder stillschweigend darin enthalten ist (wer dessen Inhalt constatirt und explicirt). Wer einen Fall nach Analogie entscheidet, subsumirt nicht; er sagt nicht, was im Gesetze explicite oder implicite enthalten ist, sondern was für Schlüsse aus dem Inhalte auf das Nicht-Enthaltene zu ziehen seien. Die Analogie ist von der Gesetz-Auslegung zu scheiden, während die Rechts-Auslegung beide umfaßt. Es ist nicht zu billigen, wenn die Meisten, namentlich auch Savigny, die Analogie unter „die Auslegung der Gesetze“ stellen,<sup>25)</sup> richtiger, wenn beide, wie bei Unger, ganz auseinandergehalten werden.<sup>26)</sup> Will man aber die analogische Schlussfolgerung, wo sie an das Gesetz sich anschließt (und die Analogie in Bezug auf Gewohnheitsrecht beschäftigt uns nicht: §. 10), auch im Namen auf das Gesetz beziehen, dann muß man einen anderen Ausdruck wählen, als Auslegung. „Erweiterung, Fortbildung des Gesetzes“ sind bedenkliche Ausdrücke, weil sie auf eine noch freiere Thätigkeit hinweisen, wie sie bei uns eben nur der Gesetzgebung freisteht. Unter „Anwendung der Gesetze“ ließe sich bequem das analogische Denken, die Behebung der Widersprüche und ähnliches befassen, aber das Wort zwingt geradezu, sich noch ganz anderer nicht hergehöriger Dinge zu erinnern, weshalb es in der Ueberschrift dieses Abschnittes vermieden wurde.<sup>27)</sup> Dem aus historischen Gründen allerdings empfehlenswerthen Fremdworte „Interpretation“ wurde vorgezogen das

<sup>21)</sup> Sie faßten nämlich die Kritik als einen Theil der grammatischen Auslegung auf (f. Glück S. 235 ff.), die Analogie als einen Theil der logischen, wobei sie aber unter Analogie bald dieses, bald jenes sich dachten (f. Unger §. 10 Note 4, 5).

<sup>22)</sup> Und zwar allzuschroff (f. unten Note 48). Daß die Textkritik hier nicht eigens, sondern nur nebenbei (unten bei §. 6 und oben bei Abs. X des Kundm. Pat.) besprochen wird, erklärt sich aus ihrer untergeordneten Bedeutung für das öfter. R.

<sup>23)</sup> Ueber das Verhältniß der Analogie zur Auslegung später.

<sup>24)</sup> Brinz (Pand. 2. Aufl. §§. 28—32) hat die Dreitheilung: a) Auslegung, b) Correctur, c) Rechtsanwendung (wohin unter anderem die Analogie und die Behandlung von Antinomien gestellt ist).

<sup>25)</sup> Auch Menger S. 108 Note 6 tabelt, daß Savigny (S. 213) „die Auslegung als Reconstruction des dem Gesetze innewohnenden Gedankens definiert, während z. B. die Analogie die Grenzen des im Gesetze enthaltenen Gedankenkreises überschreitet. Selbst aber verfällt er (S. 107) in den gleichen Fehler, indem er die Auslegung definiert als „die Thätigkeit, durch welche die geistige Aneignung des gesetzgeberischen Gedankens erfolgt.“ Uns scheint Unbignes die richtige Vermittelung in der auch bei Windscheid S. 22 behandelten Meinungs-Verschiedenheit über den Umfang des Begriffes „Auslegung“.

<sup>26)</sup> Nur läßt sich nicht billigen, daß Unger die Analogie (im §. 10) vor der Auslegung (S. 13 ff.) behandelt, da ja erst durch letztere das Vorhandensein von Lücken constatirt werden kann. Die Reihenfolge im Gesetzbuche (§§. 6, 7) ist die naturgemäße und fast allgemein in der Theorie eingehaltene. Natürlich hat sich Berger's tabellüchtige Kritik diese Gelegenheit nicht entgehen lassen (S. 96).

<sup>27)</sup> Brinz überschreitet seine §§. 31, 32 „Rechtsanwendung“; aber dies Wort ist gar zu viel sagend; zur Lehre von der Rechts-Anwendung gehört doch gewiß vor allem der Rechts-gang, also die ganze Civilproceßlehre und vieles Andere. In der That spricht Brinz dort von der cautelarischen, responsorischen und richterlichen Thätigkeit; aber natürlich nur, um die Begriffe und die betreffende Geistes-thätigkeit anzudeuten. Er schließt sich hier, wie überhaupt mehrmals in dieser Materie, an ältere Darstellungen an; vgl. Glück §§. 40 bis 42 und Zeiller I S. 50.

Wort „Auslegung“, besonders weil es vom Gesetze ebenso gebraucht wird, und sich dieser Gebrauch durch die oben von uns der Sache gegebene Wendung allerdings rechtfertigen läßt. Darnach ist „Rechtsauslegung“ der weitere, „Gesetzesauslegung“ der engere in jenem mitenthaltene Begriff. Der Rest aber, der nach Abzug des engeren von dem weiteren Begriffe übrig bleibt, läßt sich schwer anders als negativ bezeichnen.<sup>28)</sup> Wir verstehen mithin hier unter Auslegung: Findung (Ausmittelung) des Rechtes: a) durch Auslegung des Gesetzes, b) in anderer Weise. —

IV. Auch hinsichtlich der Eintheilung der Auslegung herrscht eine große sprachliche wie sachliche Zerfahrenheit, die durch jene eben geschilderte über den Umfang des Begriffes erhöht wird. Am häufigsten ist die Eintheilung in legale und doctrinelle, deren erste formell bindet, während die zweite nur die Ueberzeugungskraft ihrer Gründe für sich hat. Die legale theilt man wieder in authentische und usuelle.<sup>29)</sup> Die authentische Auslegung kann Auslegung sein; aber es ändert nichts, wenn sie es nicht ist; es liegt in beiden Fällen ein Gesetz vor, dort eines, das ein früheres Gesetz erklärt und bestätigt (eine wahre *lex declaratoria*), hier ein auch inhaltlich neues Gesetz, dem in verdeckter Weise eine Art rückwirkender Kraft beigelegt ist. Darum pflegt man seit Jahrhunderten diese Eintheilung nur mit dem Vorbehalte zu geben, daß dabei eigentlich Heterogenes coordinirt werde.<sup>30)</sup> — Die wissenschaftliche Auslegung wird eintheilt in die Auslegung im engeren Sinne (hier „Gesetzes-Auslegung“), und in die „Ergänzung“ der Gesetze<sup>31)</sup> (hier allgemeiner und richtiger: „andere Findung des Rechtes“); jene wieder in die grammatische und logische, unter welcher freilich die Mehrzahl der Schriftsteller auch die Ergänzung begreift.<sup>32)</sup> — Im allgemeinen bürgerl. Gesetzbuche ist das nämliche Schema zu Grunde gelegt: Auslegung im weiteren Sinne (§§. 6—8): a) doctrinelle Auslegung (§§. 6, 7), b) authentische Auslegung

<sup>28)</sup> Menger nennt diesen Rest „praktische Auslegung“ im Unterschiede von der „historischen Auslegung“, worunter er das versteht, was hier „Gesetzes-Auslegung“ genannt wird. Die historische Auslegung „betrachtet das Gesetz als eine geschichtliche Thatsache, welche in ihrer wahren Bedeutung festzustellen ist, ohne Rücksicht, ob das genomene Resultat auf das wirkliche Leben . . . mit Nutzen angewendet werden kann oder nicht.“ Sie frage: „was hat der Gesetzgeber . . . gesagt? was hat er . . . sagen wollen?“ (S. 108.) Die praktische Auslegung habe die Aufgabe, Lücken und Widersprüche zu beseitigen (S. 118); sie frage: „was hätte der Gesetzgeber in dem Gesetze sagen sollen?“ (S. 109.) Abgesehen von der unpassenden letzten Formel, welche mindestens eben so gut auf die sachliche Kritik (die Erwägungen de lege ferenda) paßt, kann man die von Menger vorgeschlagenen Benennungen nicht annehmen. Ist denn die Frage „was hat der Gesetzgeber gesagt?“ nicht in den meisten Fällen eine sehr praktische? Der zweite Namen ist demnach unbezeichnend, weil auch auf die anderen Fälle ebenso passend. Der erste Namen ist aber irreführend, weil man das Wort „historisch“ meistens in einem viel engeren S. zu nehmen und auf die Geschichts-Wissenschaft zu beziehen pflegt, so daß die Meisten bei dem Worte „historische Auslegung“ an eine Auslegung mit Hilfe der Rechts- und Dogmengeschichte denken werden.

<sup>29)</sup> Eßhard §§. 37, 38, Glük S. 214 ff., Lang S. 34. — Der Sprachgebrauch ist ziemlich feststehend, obwohl es u. E. richtiger wäre zu sagen: „authentisch: a) legal, b) usuell.“ — Eine bindende usuelle Interpretation gibt es bei uns nicht (§. 10); was man als Ausnahme aufzuführen versucht sein könnte, ist in Wahrheit keine (s. bei §. 8).

<sup>30)</sup> Eßhard, der sich auf Georg Meyer bezieht, §. 37 i. f., §. 38 pr.: *neque auth. neque usualis interpr. recte ad species interpretationis referri potest.* — Savigny S. 210, Lang S. 33 ff.

<sup>31)</sup> Vgl. Unger S. 59, 60.

<sup>32)</sup> Es wäre unfruchtbar und verwirrend, auf die verschiedenen Eintheilungen, die sich bei einzelnen Schriftstellern finden, hier einzugehen, und zu zeigen, wie oft mit gleichem Namen verschiedene Begriffe verbunden wurden. Was Ältere „politische Gesetzesklärung“ nannten, und Glük (S. 226 f.) zur logischen rechnet, ist gar keine Interpretation, sondern die Untersuchung, ob irgend ein altes Gesetz auf die gegenwärtigen Verhältnisse noch anwendbar oder aber antiquirt sei.

(§. 8); jene wieder  $\alpha$ ) eigentliche Auslegung (grammatische und logische) (§. 6),  $\beta$ ) Ergänzung (§. 7).

V. Entstehung der §§. 6 und 7. Diese Paragraphen sind aus den §§. 18 und 19 des westgal. Gesetzbuches I hervorgegangen, welche so lauteten:

§. 18. Einem Gesetze darf in der Auslegung und Anwendung kein anderer Sinn beigelegt werden, als der, welcher nach den Regeln der Sprache aus der eigenthümlichen Bedeutung der Worte, und ihres Zusammenhanges, oder auch aus der klaren Absicht des Gesetzgebers deutlich hervorleuchtet.

§. 19. Findet aber der Richter einen Rechtsfall durch die Worte des Gesetzes nicht geradezu entschieden, so muß er in seinem Urtheile auf den natürlichen Sinn des Gesetzes, er muß ferner auf die Gründe anderer damit verwandten Gesetze, und auf ähnliche im Gesetze bestimmte Fälle Rücksicht nehmen: bleibt ihm der Rechtsfall nach allem diesem noch zweifelhaft, so muß er ihn mit Hinsicht auf die sorgfältig gesammelten, und reiflich erwogenen Sachumstände nach den allgemeinen und natürlichen Rechtsgrundsätzen entscheiden.

Zeiller schlug in der Sitzung vom 4. Jänner 1802 vor: im §. 18 zu sagen „und ihrem Zusammenhange“, die Commission beschloß zu textiren „in ihrem Z...“. — Zeiller wollte in §. 19 die Worte „auf den natürlichen Sinn des Gesetzes“ streichen, weil dasselbe schon im §. 18 gesagt sei; die Commission lehnte dies ab, weil jene Worte „doch auf etwas ganz anderes, als der §. 18 hinweisen“, <sup>33)</sup> doch setzte man im §. 18 „um jede Zweideutigkeit zu vermeiden“, statt „Sinn“: „Verstand“. <sup>34)</sup> Bei der Revision dagegen (4. Mai 1807) drang Zeiller mit seiner Anschauung durch und jene Worte wurden gestrichen. Schon bei der ersten Lesung wurden die Worte „allgemeinen und“ in §. 19 getilgt, theils (dies war Zeiller's Standpunkt) wegen der Tautologie, theils (dies war die Begründung der Uebrigen, womit sie sich einem Monitum der Innsbrucker Facultät angeschlossen): „um den Gedanken ganz zu entfernen, als ob die Richter in irgend einem Falle auf das römische, bisher auch sogenannte allgemeine Recht Rücksicht zu nehmen hätten.“ Endlich beschloß man (1802), von einigen unbedeutenden Aenderungen abgesehen, statt „oder auch“ in §. 18 zu setzen „und“, „da der Sinn des Textes hier nicht trennend ist,“ womit die Behauptung Unger's auf S. 79 in überraschend ausdrücklicher Weise bestätigt wird. <sup>35)</sup> —

In keiner Beziehung zur Textirung stehen, aber von geschichtlichem Interesse sind folgende gelegentlich der Redaction dieser Paragraphen zur Sprache gekommenen Vorschläge. Man war hie und da besorgt über die allzugroße den Richtern gewährte Freiheit in Handhabung der Gesetze. Das Landrecht in Kärnthén erinnerte: „Wenn man ja dem unteren Richter die Entscheidung aus natürlichen Rechtsgrundsätzen einräumen wolle, so sollte doch eine solche Entscheidung von Amtswegen dem oberen Richter vorgelegt und von diesem entweder die Anweisung auf das schon vorhandene Gesetz ertheilet oder aber, wenn wirklich für diesen Fall kein Gesetz bestünde, die Sache der obersten Behörde vorgelegt werden.“ Zeiller gab die Gefahr zu, verwarf aber in überzeugender Art das gegen sie vorgeschlagene Mittel. <sup>36)</sup> Er seinerseits machte (4. Jänner 1802)

<sup>33)</sup> Leider! erklären die Protokolle nicht dies orakelhafte Wort. Dachten die Botanten an die „ratio legis“? Es ist zu bezweifeln, daß die Verf. des Westg. G. B. dieses mit dem „natürlichen Sinn des G.“ gemeint hätten. Dachten sie an eine Auslegung, wo das Wort des Gesetzgebers nach seinem Gedanken corrigirt wird? Auch diese Auslegung fällt unter §. 18; dachten sie an Analogie? von ihr ist in den folgenden Satztheilen des §. 19 die Rede.

<sup>34)</sup> Ueber die Ausdrücke „Sinn“ (später „Verstand“) und „Absicht des Gesetzgebers“ im §. 18 vgl. Thibaut S. 2 mit Savigny S. 213 Note a, Unger §. 13 Note 5.

<sup>35)</sup> Unger sagt nämlich: das „und“ in §. 6 „ist nicht disjunctiv, sondern conjunctiv zu nehmen.“

<sup>36)</sup> Der unzufriedenen Partei stehe ja die Appellation ohnehin offen. Sollte aber

den Vorschlag<sup>37)</sup> es solle in's Kundmachungspatent folgende Bestimmung aufgenommen werden:

„Wenn ein Gericht zufolge des §. 19 einen Rechtsfall nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen entscheidet und dieses Urtheil keinem weiteren Rechtszuge unterliegt, oder nicht unterzogen worden ist, so hat es einen solchen Rechtsfall in einem bündigen Auszuge sammt dem Urtheil und dem Entscheidungsgrunde am Schlusse des Jahres der Hof-Commission in Gesehsachen einzusenden. Die Ursachen dieser Anordnung wären:

1) um die Gerichte sodann zu belehren, dafern sie einen Fall zu voreilig nach den natürlichen Rechtsgründen entschieden hätten, welcher doch nach dem positiven Gesetze hätte entschieden werden können;

2) um dieselben eben durch diese Controлле zu beschränken, damit sie das Befugniß nicht mißbrauchen, und

3) um die Lücken, welche auf solche Art am sichersten aufgebeckt werden“ (f. N. 37 a. E.) „allmählig“ in der Gesehsgebung zu ergänzen.

Sollte aber die Hof-Commission in Gesehsachen vielleicht nicht permanent sein, so wäre sie doch alle Jahre auf einige Zeit zur Besorgung dieses Geschäftes zusammen zu setzen.“<sup>38)</sup>

Man war mit Zeiller's Vorschlag in der Commission allgemein einverstanden, nur schien es zweifelhaft, ob diese Bestimmung in das Kundmachungspatent oder aber in die Instruction für die Richter gehöre. Der Beschluß über diesen Punkt wurde vertagt.<sup>39)</sup> —

## B. Auslegung im engeren Sinne (Gesetz=Auslegung).

(§. 6 a. b. G. B.)

I. Jeder Auslegung muß in der Regel vorangehen (f. jedoch N. 47) die Feststellung eines ächten und correcten Textes. Man nennt auch<sup>40)</sup> diese Thätigkeit Kritik.<sup>41)</sup> Sie kann beim allgemeinen bürgerl. Gesetzbuche, wie bei jedem modernen in authentischen Ausgaben gedruckten Gesetzbuch, nur die Aufgabe haben, äußerliche Versehen bei der Redaction, dann Schreib- und Druckfehler zu berichtigen. Was die größere und geringere Correctheit der verschiedenen Ausgaben, dann die einzelnen Druckfehler betrifft, so war davon

der untere Richter von Amtswegen die Entscheidung der höheren abgeben, so käme er vielleicht in die Lage, gegen die eigene und nach fremder Ueberzeugung Recht sprechen zu müssen; auch entfielen die Appellation, oder wollte man sie gestatten, so wäre der höhere Richter nicht mehr unbefangen. Noch schlimmer wäre es, wenn die Acten weiter von Amtswegen an die oberste Justizbehörde abgegeben oder gar die Entscheidung des Gesetzgebers oder der Gesehs-Commission eingeholt würde. „Die Parteien hätten dann gar nur eine Instanz, und der gesetzgebende Körper würde zugleich der richtende sein.“ (Dieser das Factische für das Formelle setzende Ausdruck, in welchem das Verfassen und das Geben von Gesetzen nicht unterschieden ist, darf nicht auffallen bei einer nicht-öffentlichen Sitzung.)

<sup>37)</sup> Offenbar angeregt durch ein ähnliches, als solches nie zur Berathung verstelltes (allgemeines) Monitum der Commission in Steiermark. In der motivirten Einleitung sagte Zeiller: „Damit jedoch das den Richtern einzuräumende Befugniß, nur bei dem gänzlichen Mangel der positiven Gesehsgebung zur natürlichen zurückzukehren, nicht mißbraucht und damit daselbe auch allmählig vermindert werden könne“ u. f. w. N. a. B. es sollten die Lücken des Gesetzes ergänzt werden; vgl. hier Note 13.

<sup>38)</sup> Zeiller nahm also offenbar an, daß solche Belehrungen und Entscheidungen recht oft nöthig werden würden.

<sup>39)</sup> Es erhellt nicht, was vertagt wurde: ob der ganze Vorschlag oder nur die Frage nach dem Orte, wo diese Bestimmung hingehöre. Jedenfalls scheint der Vorschlag, obwohl er noch in der Beilage zum Vortrag v. 19. Jän. 1808 wiederkehrt, keine praktische Folge gehabt zu haben, sonst würde Zeiller im Comm. S. 66 in der Note darauf zu sprechen kommen; auch ist aus seinem (schon mitgetheilten) Auspruch auf S. 69 zu entnehmen, daß er 1811 jenen Vorschlag selbst kaum mehr beschriftet hätte.

<sup>40)</sup> Gar nicht hieher gehört die meritorische „Kritik“, d. h. die Beurtheilung eines Gesetzes hinsichtlich seiner Angemessenheit, Zweckmäßigkeit, Billigkeit.

<sup>41)</sup> Ueber die verschiedenen Arten der Kritik f. Savigny §§. 38, 39, Unger §. 12, Pang S. 14 ff.

schon oben S. 110 ff. die Rede. Von den äußerlichen Redactionsfehlern sind manche ernster Natur, so wenn in der amtlichen Ausgabe im §. 163 „sieben“ statt „sechs“ stand, wenn es in §. 591 hieß: „. . . Ordens; Frauen=personen und Jünglinge unter 18 Jahren, . . .“ während das „und“ getilgt und ein Beistrich dafür gesetzt werden muß,<sup>42)</sup> wenn zwischen den Worten „väterlichen — mütterlichen“ in §. 743 ein „und“ stand, während es „oder“ heißen muß.<sup>43)</sup> Geht die Richtigstellung von der Gesetzgebung aus,<sup>44)</sup> so haben wir eine authentische Kritik,<sup>45)</sup> bez. Emendation vor uns, ein (u. W. bisher übersehenes) Seitenstück zur authentischen Interpretation. Oft sieht man einem Fehler es nicht an, ob er einem Versehen des Setzers oder des Abschreibers oder des Redactors entsprungen ist. So läßt sich nur auf historischem Wege (durch Vergleichung der Handschrift) constatiren, daß die in einigen Ausgaben unrichtige Stellung der zu unseren Paragraphen (6—8) gehörenden Marginalnote bei §. 5 nur ein Druckfehler ist.<sup>46)</sup> Dagegen war schon aus inneren Gründen zu vermuthen, und steht nun historisch fest,<sup>46a)</sup> daß der im Hofdecrete vom 5. April 1822 sogenannten „Druckfehler“ ein Redactions=Versehen war. Umgekehrt ist das Versehen in §. 308 („das Recht . . . des Erbrechtes“), das wohl Jeder der Redaction zu imputiren geneigt sein wird, in Wahrheit (s. oben S. 111 N. 132 a. E.) doch nur ein Druckfehler. — Mancher Redactions=Verstoß<sup>46b)</sup> läßt sich nur auf dem Wege der logischen Interpretation aufdecken, so z. B. der im §. 591.<sup>47)</sup> Riese er sich auf dem äußerlichen (sogen. diplomatischen) Wege feststellen, so läge ja kein Redactions=Fehler mehr vor. Hieraus ergibt sich: 1) daß es zwar unrichtig war, wenn die Aelteren Kritik und Auslegung gar nicht schieden, und insbesondere unrichtig, wenn sie die Kritik allgemein als einen Theil der grammatischen Interpretation ansahen (s. N. 21), 2) daß es aber auch nicht ganz richtig ist, wenn die Neueren so apodiktisch behaupten, Kritik und Auslegung seien immer scharf zu scheiden.<sup>48)</sup> Schreib= und Druckfehler können sowohl auf diesem, als dem äußerlichen (nur der Kritik eigenen) Wege entdeckt werden.

II. Der §. 6 handelt von der Auslegung im engeren Sinne, und zwar sowohl von der grammatischen als von der logischen.<sup>49)</sup> Er schließt sich den besten damaligen wissenschaftlichen Darstellungen dieser Materie eng an. Die grammatische (oder philologische) Auslegung sucht den Sinn des Gesetzes zu erklären aus den Worten desselben und deren Bedeutung und zwar derjenigen, welche ihnen

<sup>42)</sup> Noch deutlicher die amtliche Richtigstellung: „Jünglinge unter 18 J., Frauen=personen.“

<sup>43)</sup> Diese Irrung hat eine ganze Geschichte, die bei §. 743 mitgetheilt werden wird.

<sup>44)</sup> Der Fehler im §. 163 wurde zweimal amtlich berichtigt: s. Hofd. v. 5. April 1822 (Z. G. S. Nr. 1858), der Fehler im §. 591 ebenfalls zweimal (s. Stubenrauch 2. Aufl. I S. 792 Note 6), von dem im §. 743 wird, wie erwähnt, später ausführlicher zu reden sein. — Vgl. M. Schuster in der Ztschft. f. österr. Rechtsgel. 1828 II. Bd. S. 186—189. — S. auch oben S. 112 Note 141—143.

<sup>45)</sup> Wenn Berger S. 97 bemerkt: „es war nicht erst die Kritik, welche den Text des §. 591 rectificirte“ — so ist dagegen zu bedenken, daß die berichtigende Thätigkeit, von wem immer sie ausgeht, sei es auch der Gesetzgeber, den gleichen Namen verdient.

<sup>46)</sup> Im Manuscript steht sie bei §. 6.

<sup>46a)</sup> Vgl. Pfaff in Grünhuts Ztschft. II S. 301 Note 85.

<sup>46b)</sup> Nämlich ein solcher, welcher den Satz weder sinnlos, noch sprachwidrig macht.

<sup>47)</sup> In solchen Fällen kann man auch nicht sagen, daß die Emendation der Auslegung vorangehe.

<sup>48)</sup> Nehmen wir z. B. (um einen sehr deutlichen Fall zu haben), die Irrung wäre in §. 743 bei der Redaction geschehen (während sie in Wahrheit erst bei der Drucklegung sich ereignete), wie anders könnte sie entdeckt worden sein, als im Wege einer auf juristische Gedanken eingehenden Auslegung? Will Unger (S. 76) ein solches Verfahren keine Emendation mehr nennen, so geräth er mit sich selbst (S. 74 Note 5, 6) in Widerspruch.

<sup>49)</sup> Vgl. Unger §. 13 Note 10 mit Zacharia §. 5.

der Sprachgebrauch gerade in der Verbindung, welche sie in dem Gesetze haben, beilegt (bez. zur Zeit der Abfassung beigelegt hat). So Glück S. 225, S. 228,<sup>50)</sup> der mit dem §. 6 ganz übereinstimmt. Die logische (auch philosophische) Auslegung erkennt den Sinn des Gesetzes aus der Absicht des Gesetzgebers, aus dem Grunde des Gesetzes. So Glück S. 225 und S. 245 f., so übereinstimmend der Schluß des §. 6. Die logische kann ohne die grammatische nicht bestehen, es darf aber auch diese nicht von jener getrennt werden. Auch diese Lehre Glück's (S. 225) ist durch §. 6 anerkannt, indem das Wort „und“ mit vollem Bewußtsein conjunctiv, eben zur Andeutung obigen Gedankens gebraucht wurde (s. oben Text zu N. 35). Denn die logische Auslegung „beurtheilt, ob man bei den Worten stehen bleiben, oder dieselben ausdehnen oder einschränken müsse.“ So Glück (S. 246), dem später Alle beige stimmt haben,<sup>51)</sup> und vor ihm schon Eckhard (S. 17, S. 11). Es war früher ein vielverbreiteter Irrthum, a) daß vollkommene Gesetze einer Auslegung nicht bedürfen,<sup>52)</sup> b) daß man oft mit der grammatischen Auslegung ausreiche, so daß die logische nur ausnahmsweise nachzuhelfen habe.<sup>53)</sup> Beide Irrthümer sind im allgemeinen bürgerl. Gesetzbuche vermieden.

Gegen die Namen der beiden Auslegungsarten ist eingewendet worden, daß „keine Art der Auslegung der Logik mehr bedarf, als die andere.“<sup>54)</sup> Von Anderen ist hieraus ein Argument gegen die Eintheilung selbst entlehnt worden.<sup>55)</sup> Dieser Einwand ist unstatthaltig. Zu allem Denken gehört „Logik“, dennoch scheidet man die verschiedenen Wissenszweige und belegt sie mit eigenen Namen. Gegen den Namen der „grammatischen Auslegung“ läßt sich Nichts einwenden, wohl gegen den der „logischen“ das, daß man hier nicht bloß die Wissenschaft der Logik, sondern auch andere Disciplinen in Anspruch nimmt. Gegen die ganze Eintheilung kann man sachlich höchstens einwenden, daß sie unnöthig sei, da man ohnehin nach der heute herrschenden Ansicht stets beide Auslegungsarten verbinden müsse.<sup>56)</sup> Man kann die Entbehrlichkeit dieser Eintheilung zugeben, obwohl die Hervorhebung der sprachlichen Seite und der eigenthümlichen für sie geltenden Regeln sich auch billigen läßt; unzulässig ist aber der Schluß: man muß beide Untersuchungen in jedem Falle combiniren, weil keine für sich genügt; also soll man sie auch in abstracto nicht scheiden.<sup>57)</sup>

<sup>50)</sup> Vgl. Zachariä §. 5 und §. 36.

<sup>51)</sup> J. V. Savigny S. 215 und S. 320, Buchta Instit. (8. Aufl.) I S. 25, Lang S. 58 und S. 119. Von den österr. Juristen namentlich M. Schuster S. 105 bis 111, Winiwarter I S. 77, der obige Stelle aus Glück wörtlich nachgeschrieben hat, und Unger S. 79 und 84, der jedoch (S. 84 Note 30) Savigny S. 207 citirt, wo von einem ähnlichen, aber anderen Irrthum die Rede ist.

<sup>52)</sup> Zachariä in der hier (Note 8) cit. Stelle, Tevenar in der bei Glück S. 207 cit. Stelle; Barbacovi p. 32, unter den Neuen nur Brinz (2. Aufl.) S. 117. Dagegen (s. vor. Note) Savigny S. 207 f.; — aber auch schon Thibaut (s. hier bei Note 17), Schöbman S. 75.

<sup>53)</sup> Schilling Institut. II S. 73; Zachariä passim, namentlich S. 163; auch Thibaut §. 29, bei dem es aber (wie auch Lang S. 57 f. bemerkt) mit dieser Scheidung nicht so Ernst gewesen sein kann (m. a. W. er denkt sich dabei wohl die Grenze zwischen grammat. und log. Auslegung anders als wir). Unter den Neuen schließt sich auch hier wieder Brinz S. 118 den Aelteren, aber nur scheinbar (s. S. 123) an. — S. dagegen die in Note 51 Citirten.

<sup>54)</sup> Thibaut S. 16 f., doch fügt er sich dem „allgemein angenommenen Sprachgebrauche.“

<sup>55)</sup> So namentlich schon von Schöbman S. 87: „Es gibt nur eine Interpretation, ohne alle Abarten, die logische, Philologie oder Grammatik ist ihr Hilfsmittel;“ — ähnlich neuestens Menger S. 107 Note 5 und S. 111 Note 11.

<sup>56)</sup> Vgl. Savigny S. 319 f., Brinz S. 119.

<sup>57)</sup> Weber Glück noch Eckhard haben diesen Schluß gemacht, und waren deshalb doch nicht inconsequent.

Savigny §. 33 unterscheidet in der (einheitlich gedachten) Auslegung ein grammatisches, ein logisches, ein historisches und ein systematisches Element, wovon bald das eine bald das andere im einzelnen Falle wichtiger sein werde. Damit hat er Recht, nur kann man in der Theilung noch weiter gehen,<sup>58)</sup> wie das überhaupt keine principiellen, sondern ganz untergeordnete terminologische Fragen sind. Und darum hatte er nicht Recht in seiner Polemik gegen die alte Zweitheilung;<sup>59)</sup> dies die Ursache, daß er auf diesem Punkte überhaupt wenig Nachfolge gefunden hat.<sup>60)</sup> — Das grammatische und das historische Element bedürfen für Jeden, der sich nur irgend mit dem römischen Recht beschäftigt hat, und es weiß, wie viel oft darauf ankommt, ob nach einer Partikel der Indicativ oder der Coniunctiv steht, und wie viele Gesetze ohne Zuhilfenahme der Rechtsgeschichte ganz unverständlich sind, keiner näheren Bezeichnung. Natürlich vollzieht sich an einem modernen Gesetzbuche die grammatische Auslegung in mehr unreflectirter Art, doch nicht immer (vgl. z. B. die verschiedenen Meinungen über den §. 609<sup>61)</sup>); die Rechtsgeschichte und insbesondere auch die sogenannte Dogmengeschichte werden im vorliegenden Werke unzähligmal als Mittel der Auslegung angewendet werden. Das logische Element tritt sehr rein in dem arg. a contrario, a maiori ad minus u. dgl. hervor; zuweilen handelt es sich dabei nur um Sätze der formalen Logik,<sup>62)</sup> meist aber ist die logische Argumentation von dem juristischen Urtheil (ob etwas z. B. ein maius sei) nicht zu trennen. Das systematische Element endlich kann in zweierlei Sinn gemeint sein:  $\alpha$ ) als Berücksichtigung des äußerlichen Systems des Gesetzes,<sup>63)</sup> also  $\alpha\alpha$ ) des Ortes, wo der zu erklärende Paragraph oder Satz steht;<sup>64)</sup> ferner  $\beta\beta$ ) des Zusammen-

<sup>58)</sup> Wie z. B. Lang S. 66 ff. vorschlägt, man solle entweder bei der alten Zweitheilung bleiben oder sechs Elemente scheiden.

<sup>59)</sup> S. Bangerow S. 24 (S. 51).

<sup>60)</sup> S. Unger und die von ihm (§. 13 Note 8) Citirten. Noch weiter und zu weit geht Menger S. 108 Note 5, der Savigny's Unterscheidung „irrig“ nennt. Was soeben von Savigny gesagt wurde, daß der positive Theil seiner Behauptung richtiger ist, als der negative, gilt auch von Menger, dessen Bemerkungen an sich richtig, als Tadel unrichtig sind. Es ist doch etwas an dem „parum nega“! Menger bedenk hier, wie in dieser ganzen Lehre, nicht, daß die Ausdrücke „historisch“, „logisch“ mehrdeutig sind, und daß es doch nicht „irrig“ sein kann, wenn der Eine das Wort in dieser, der Andere in jener Bedeutung nimmt. Savigny denkt an die Namen von Disciplinen, Menger an die Namen von Methoden. Dabei spricht für Savigny, daß die fraglichen Wörter öfter in jenem als in diesem Sinne gebraucht werden. So ist es — zwar nicht unrichtig, aber — dem herrschenden Sprachgebrauch nicht entsprechend, wenn Menger die Kenntniß einer Sprache (gleich Thibaut S. 34), ja sogar die der eigenen Muttersprache zu den „historischen Disciplinen“ zählt. Dazu kommt, daß nach den verschiedenen Eintheilungsgründen das fragliche Wort verschiedene opposita, also auch verschiedene Bedeutungen hat; so subsumirt M. selbst „grammatisch“ bald unter „historisch“ (S. 108 Note 5, S. 110 Note 8) bald unter „logisch“ (S. 111 Note 11).

<sup>61)</sup> S. die Abhandlung über den §. 609 in den Excursen.

<sup>62)</sup> In den meisten Fällen vollzieht sich dies Denken in uns so geläufigen Formen, daß wir dieser uns nicht bewußt werden. Zuweilen aber kommen wir in die Lage, den Gedankengang des Gesetzes oder aber unserer eigenen hinsichtlich des Gesetzes formell zu prüfen, so z. B. wenn wir uns fragen, ob die Einheit des Eintheilungsgrundes gewahrt, das Gesetz der logischen Unterordnung befolgt, die Conversion eines Urtheils statthaft sei u. dgl. — Und damit tritt das logische Moment deutlich hervor.

<sup>63)</sup> Dies hat Glück S. 248 ff. im Auge.

<sup>64)</sup> Also z. B. in welchem Hauptstücke. Daß dies Argument einerseits wichtig (Pfaff S. 283), andererseits aber nicht immer zuverlässig ist, leuchtet ein. Die Anreihung in einem Gesetze ist nicht ausschließlich von wissenschaftlichen Rücksichten dictirt; auch kommen gerade hier leicht Nachlässigkeiten der Redaction vor. Der §. 1248 steht im Hauptstück von den Ehepacten, dennoch wird Niemand gemeinschaftliche Testamente für Ehepacte halten. Ein Beispiel einer falschen Anwendung dieses Argumentes findet sich (m. E.) bei Stubenrauch I S. 196, II S. 366. — Eine arge Uebertreibung dieses Gedankens bildet den

hanges, in welchem der fragliche Satz vorkommt; <sup>65)</sup> —  $\beta$ ) als Berücksichtigung des innerlichen (immanenten) Systems des Rechtes, aber nicht etwa nach dieser oder jener philosophischen Lehre, sondern des Systems eines bestimmten (z. B. des österreichischen) positiven Rechtes. Dort ( $\alpha$ ) handelt es sich um das Schema eines Buches, hier ( $\beta$ ) um die Einheit einer Gedankenwelt, deren Harmonie und Consequenz dem einzelnen Gedanken seine richtige Stelle und oft auch erst seine richtige Begrenzung gibt. <sup>66)</sup> In diesem letzteren Sinne ist das systematische Element gedacht bei Schöman S. 137, Savigny S. 214 u. Thöl §. 60, IV. War sich der Gesetzgeber bei dem fraglichen Gesetze dieses Zusammenhanges bewußt (nur daran denkt Savigny) dann handelt es sich um Auslegung im engeren Sinne (um Constairung des gesetzgeberischen Gedankens), — war er desselben bei Abfassung der fraglichen Stelle nicht eingedenk, dann wird es sich oft um Beseitigung von Widersprüchen (also um Berichtigung des gesetzgeberischen Gedankens) handeln. Von diesem Unterschiede abgesehen, wird bei der systematischen Erklärung bald nur das Verhältniß des fraglichen Satzes zu einem oder einigen feststehenden Sätzen in Betracht kommen, <sup>67)</sup> bald hinwieder wird der Blick auf ein größeres Stück des Systems, auf dessen Structur und Symmetrie gerichtet sein. <sup>68)</sup> Unser allgemeines bürgerl. Gesetzbuch begünstigt die systematische Erklärung durch die stets sorgfältig zu beachtenden Marginalien d. h. die in den meisten amtlichen Ausgaben an den Rand der Seiten gedruckten Schlagwörter und Inhaltsangaben (oben S. 52 N. 276); ferner dadurch, daß in seinen Paragraphen sehr oft Verweisungen auf parallele, ergänzende oder einschränkende Paragraphen vorkommen. <sup>68a)</sup> — Auf dem systematischen Element beruht die interpretatio duplex, indem dieselben Worte im Zusammenhange eines neueren Rechtes einen anderen Sinn haben können, als den sie in einem früheren Rechte hatten. <sup>68b)</sup> — Auch die Aelteren waren sich der verschiedenen Hilfsmittel, mit denen die sogen. logische Interpretation operirt, bewußt, <sup>69)</sup> und nichts anderes, als diese Hilfsmittel sind Savigny's „Elemente“. Wir werden im Nachstehenden der herkömmlichen Zweitheilung folgen, nur daß wir von den geschichtlichen Hilfsmitteln zur Auslegung des allgemeinen bürgerl. Gesetzbuches, wegen ihrer sehr großen Wichtigkeit, besonders handeln werden.

Hauptinhalt der Schrift „Methode der Auslegung der Justinianischen Rechtsbücher“ . . von Schmidt; rec. in Arndts' civil. Schrift. I S. 1 ff.

<sup>65)</sup> So daß hier von den Sätzen gilt, was §. 6 von den Worten sagt.

<sup>66)</sup> Der Jurist kann also hier das Wort des Dichters von den Gedanken, die leicht bei einander wohnen, nicht gelten lassen. Vielmehr „stoßen“ manchmal auch sie „sich im Raume“ des Systems, und muß sich dieser oder jener eine Einengung gefallen lassen.

<sup>67)</sup> Beispiele bei Unger §. 13 Note 44, 45.

<sup>68)</sup> Ein Beispiel solcher Argumentation in Hofmann's Aufsatz über Pränotation in Grünhut's Ztschft. I S. 282 ff., 289 f. — Es wäre ein Irrthum, zu meinen, in solchem Falle handle es sich immer um Analogie; es kann eine solche Argumentation auch der Auslegung im eng. S. dienen (so in dem erwähnten Beispiel).

<sup>68a)</sup> Wie es schon in den allgemeinen Bemerkungen der Prager Universität beantragt war. — Beispiele: §§. 175, 250, 260, 274, 326, 533, 545, 647, 709, 750, 755, 763, 789, 809, 846, 867, 870, 896, 915, 918, 921, 983, 1029, 1036, 1088, 1124, 1128, 1143 u. f. w. — Nicht her gehören solche Paragraphen, wo die Verweisung nur der Kürze wegen geschieht, so daß das Allegat vom Inhalt nicht zu trennen ist, z. B. §§. 78, 94, 95, 160, 397, 417, 438, 453, 736, 749, 752, 759, 770, 775, 819, 821, 875, 1071 u. f. w. Zwischen diesen und jenen Verweisungen halten die Mitte die in den §§. 24, 249, 643, 708 u. f. w.

<sup>68b)</sup> Es ist bekannt, welche Wichtigkeit diese „egregia observatio, quam a summo accepimus Cuiacio“ (Nordkerck bei Glück S. 231 Note 38) für die Erklärung der fr. der Digesten hat. Eine interp. duplex kann auch im österr. Recht vorkommen (Joseph. v. Westgal. — allg. hgl. G. B.). Ein Beispiel in den Excursen zu §. 671. — Hgl. v. Sahn Comm. z. G. B. Einleit. S. LV Zeile 14 ff.

<sup>69)</sup> So hebt z. B. Glück S. 246 f. das historische, S. 248 ff. das systematische Element (im S.  $\alpha$ ) hervor.

III. Obgleich die sprachliche Erklärung nicht isolirt werden darf (vgl. §. 771: „in den Worten und dem Sinne des Gesetzes gegründet“ . . .) muß doch mit ihr begonnen werden. Dabei sind die Worte in derjenigen Bedeutung zu nehmen,<sup>70)</sup> die ihnen in diesem Zusammenhange gewöhnlich zukommt, wenn nicht ein eigenthümlicher Sprachgebrauch des Gesetzgebers erweislich ist (anal. §. 655),<sup>71)</sup> oder eine besondere Bedeutung gerade in dem einzelnen Falle durch den Sinn gefordert wird.<sup>72)</sup> Dann ist nicht zu übersehen, daß der Sprachgebrauch zur Zeit der Abfassung des allgemeinen bürgerl. Gesetzbuches nicht ganz conform war dem heutigen.<sup>73)</sup> Bei dem Streben der Redactoren nach Gemeinverständlichkeit<sup>74)</sup> haben die Regeln, daß man annehmen müsse, das Gesetz enthalte nichts Ueberflüssiges<sup>75)</sup> und nehme die Ausdrücke in ihrer technischen Bedeutung, keine große Verlässlichkeit. — Sowohl zur Constatirung eines eigenthümlichen Sprachgebrauches, einer technischen mit einem gewissen Ausdrucke im Gesetze verbundenen Bedeutung,<sup>76)</sup> als zur Beseitigung von Dunkelheiten und Zweideutigkeiten dient der sog. Parallelismus.<sup>77)</sup> Die Erklärung zweideutiger Ausdrücke kann übrigens entweder durch eine vorwiegend sprachliche, oder aber nur durch eine sachliche Interpretation festgestellt werden.<sup>78)</sup>

IV. Bei der sogen. logischen Interpretation ist oft die Rede von dem „Grunde“ des Gesetzes.<sup>79)</sup> Bald meint man damit die Veranlassung (ocasio legis) die höchstens indirect soweit von Interesse sein kann, als sie einen Schluß auf den Zweck des Gesetzes oder, wie man auch sagt, das ihm zu Grunde lie-

<sup>70)</sup> Vgl. zu dem Folgenden Glöck S. 227, 228; Zachariä §§. 39, 40, 97, 98.

<sup>71)</sup> Im Erbrechte wird an mehreren Stellen gezeigt werden, daß in unserem Gesetze mit der von Schulden gebrauchten Wendung „dem Vermögen (Nachlasse) antleben, anhaften“ oder „auf ihm haften“ consequent eine andere Bedeutung verbunden wird, als eigentlich der Wortsinne ergeben würde, — indem nämlich ein römischer Gedanke mit jenem Ausdrucke, einem Erzeugnisse deutscher Rechtsanschauung, gemeint ist. „Bevorstehen“ ist im a. b. G. B. bald (§§. 74, 1036) in der gewöhnlichen, bald (§§. 217, 934, 1425) in einer eigenthümlichen Bedeutung (= freistehen, gestattet sein) gebraucht. Andere Beispiele eines eigenthümlichen Sprachgebrauches bei Pfaff S. 301 f.

<sup>72)</sup> Beispiele bei Helm in der Ztschft. f. österr. Rechtsgef. 1828 II S. 254 f.

<sup>73)</sup> Vgl. Helm S. 255 ff., Stubenrauch in der cit. Ztschft. 1841 I. Bd. S. 127 ff., Unger Note 18, Menger S. 110 Note 9.

<sup>74)</sup> Pfaff S. 283 ff.

<sup>75)</sup> Ueber falsche Anwendungen dieser Regel s. z. B. bei §§. 609, 615.

<sup>76)</sup> So haben eine technische, dem a. b. G. B. eigenthümliche Bedeutung z. B. die Wörter „Scheidung — Trennung der Ehe“, „anständiger — nothwendiger Unterhalt“. — Wegen des eigenthümlichen Sprachgebrauches s. Note 71. Vgl. ferner die sonderbare Redewendung in §. 715 und §. 888, die bei diesen Paragrapphen erklärt werden wird.

<sup>77)</sup> Vgl. Thibaut §. 13, Pang S. 74. — Je nachdem die Stellen dem Sprachgebrauche oder aber dem Gedanken nach Parallel-Stellen sind, unterscheidet man sprachlichen und sachlichen P. (p. verbalis und realis s. Eckhard §. 15 Anmerk., Pang S. 110 ff.); natürlich können aber die Stellen auch in beiden Beziehungen P. St. sein. Den sachlichen P. vermengten manche ältere Schriftsteller mit der Gesetz-Analogie (dagegen Eckhard §. 39). Sachlicher Parallelismus z. B. in §. 537 und §. 809, §. 536 und §. 1252 zweiter Satz. Sprachlicher Parallelismus: s. die Noten 71, 76; dann Hofmann in Grünhut's Ztschft. I S. 284 f. Zur Auffindung von Parallel-Stellen dienen Concorbanzen, Sachregister, juristische Lexika (Eckhard §. 31). — Wie viel sachliche Belehrung auf dem Wege des sprachlichen Parallelismus zuweilen gewonnen werden kann, zeigt in mustergiltiger Weise z. B. die Abhandlung von Bruns über das constitutum (in der Ztschft. f. R. Gesch. I S. 28 ff.). — Für das österr. Privatrecht existirt nur das Büchlein von Wildner (s. oben S. 71).

<sup>78)</sup> Vgl. Unger S. 81 f. — Manchmal haben die Redactoren selbst eine Zweideutigkeit bemerkt und sie durch einen Zusatz beseitigt; so wurde z. B. in §. 121 zu den Worten „Uebertretung dieses Gesetzes“ erklärend eingeschaltet „(§. 120)“.

<sup>79)</sup> Zu dem Folgenden vgl. Savigny §. 34 und Unger S. 61—63, insbes. aber Thib. Einl. §. 56.

gende Motiv<sup>80)</sup> gestattet<sup>81)</sup>, — bald dies letztere Moment, die sogen. ratio legis, bald die ratio iuris d. h. den wesentlichen juristischen Inhalt eines Rechtsatzes, den aus allem Nebensächlichen und Zufälligen herausgeschälten Grundgedanken des Gesetzes, oder um ein früher beliebtes Wort zu gebrauchen, seine Seele.<sup>82)</sup> Beispiele einer ratio legis: a) aus dem römischen Rechte. Das Verbot der Schenkungen unter Gatten wird damit motivirt: „ne mutuato amore invicem spoliarentur,“ „ne concordia pretio conciliari videretur, neve melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret.“<sup>83)</sup> Das Motiv der lex Falcidia s. bei Gaius II §. 224. Motiv des Sc. Pegasianum war: der Fideicommissar soll durch die Ausschlagung von Seiten des Fiduciars nicht um sein Recht kommen.<sup>84)</sup> Motiv mannigfacher Vorschriften war der favor libertatis, favor testamenti, favor dotis; bekannt sind die Motive des S. C. Maced., des Sc. Velleianum u. dgl. Vergleicht man diese Beispiele, so sieht man, wie das Motiv bald in einer näheren, bald in einer ferneren Beziehung zu der einzelnen Vorschrift steht; — b) aus dem österreichischen Recht: Furcht vor feindlichen Einflüssen des Stiefparens in §§. 255, 700 (Mitte), 1257; Furcht vor dem Wucher (war Motiv vieler Bestimmungen unseres Gesetzes); Furcht vor Benachtheiligung der Gläubiger durch Collusion der Gatten (eines der mehreren Motive des Gesetzes vom 25. Juli 1871); das Motiv von §. 193 i. f. und §. 271, das von einer ratio iuris kaum noch zu scheiden ist, während das Motiv der Anordnung der Collation (d. h. der Grundgedanke des Institutes) nicht in gleichem Maße als Rechtsgedanke gedacht,<sup>85)</sup> und vollends der Grund von §. 716 von einer ratio iuris weit entfernt ist. — Die ökonomischen und sittlichen Motive eines Wuchergesetzes sind seine ratio legis, das Wesentliche seines Inhaltes (z. B. Niemand soll für's Creditiren größeren Entgelt verlangen als jährliche 5 Procente)<sup>86)</sup> seine ratio iuris. Nur von der letzteren kann man sagen, daß sie „den ganzen Umfang des Willens des Gesetzgebers bestimme.“<sup>87)</sup> Bald ist die ratio iuris der Rechtsatz selbst (s. N. 86), bald das gemeinschaftliche Princip mehrerer Rechtsätze, der sogen. höhere Rechtsatz, so z. B. ist (wie im Erbrecht nachgewiesen werden wird) der alte Repräsentationsgedanke das gemeinschaftliche Princip des Schlusssatzes von §. 551, des a contrario aus §. 541 folgenden Satzes und einiger in dem allgemeinen Ausdruck von §. 732 i. f. enthaltenen Anordnungen. Da aber „allgemein“ und „speciell“ relative Begriffe sind, und zwischen einer Regel und dem einzelnen Falle viele Mittelglieder gedacht werden können, so gibt es kein allgemeines Merk-

<sup>80)</sup> Zweck und Motiv ist zweierlei; doch ist der Unterschied hier, wo der nächste Zweck in der Regel auch das einzige Motiv ist, nicht so wichtig, wie bei den Acten des Privatverkehrs (vgl. Hofmann Titulus und Mobus S. 100 ff.).

<sup>81)</sup> Das bekannteste Beispiel: SC. Macedonianum! — Eine sehr häufige occasio waren früher in Oesterreich die Anfragen der Gerichte (s. oben).

<sup>82)</sup> Glücl. S. 206 Note 79.

<sup>83)</sup> S. die Stellen bei Arnolds §. 414 Anm. 2. Dieses sehr bekannte Beispiel wurde gewählt, um zu zeigen, wie schwankend die sog. ratio legis, wie unzuverlässig sie also oft für die Interpretation ist.

<sup>84)</sup> Hier nähert sich die ratio legis schon sehr der ratio iuris.

<sup>85)</sup> M. a. W. die analoge Anwendung wäre dort dem Geiste des Gesetzes gemäß, hier ihm entgegen. Nicht als ob jenes Postulat der Interessen-Harmonie zwischen Vormund und Mündel an sich ein mehr juristischer Gedanke wäre, als die Erwägung, auf der die Collation beruht (vgl. Unger Erbr. §. 45 insbes. Anm. 2), — sondern jener Unterschied gründet sich auf das verschiedene Verhalten des Gesetzes zu seinem Grundgedanken, je nachdem dieser mehr oder weniger vollständig realisirt werden soll.

<sup>86)</sup> Es gibt bekanntlich unaußzählbar viele Formen von Wucher, so daß es unmöglich ist, für jede ein eigenes Verbot zu erlassen. Wenn nun in casuistischer Art verschiedene Fälle in's Auge gefaßt wären, so müßte man den eigentlichen Rechtsatz (z. B. den obigen) durch Abstraction gewinnen.

<sup>87)</sup> Glücl. S. 206.

mal für die Unterscheidung von „Rechtsatz“ und „höherem Princip“. <sup>88)</sup> — Je mehr man in das Detail hinabsteigt, desto mehr gewahrt man das Ungenügende von Schlagwörtern, wie Motiv, Zweck, Grund des Gesetzes, ratio legis und ratio iuris <sup>89)</sup> (Ausdrücke, die man am besten mit „Motiv“ und „Princip des Gesetzes“ wiedergeben kann), indem bald das Eine vom Anderen nicht zu trennen ist, bald wieder jene Ausdrücke nicht ausreichen, um den mannigfaltigen Unterschieden gerecht zu werden. <sup>90)</sup> Und so zeigt es sich auch hier wieder, daß es viel mehr auf die Einsicht und den Tact des Interpreten im einzelnen Falle, als auf allgemeine Auslegungsregeln ankommt. So sind namentlich die beiden Regeln: cessante legis ratione cessat lex ipsa und ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio theils falsch, theils werthlos. Denkt man dabei an die ratio iuris und versteht diese im obigen Sinne, so sind die Sätze richtig; sie sagen dann aber nicht mehr, als daß über die Grenzen der Anwendbarkeit eines Gesetzes nicht sowohl seine Wortfassung, als vielmehr sein juristischer Grundgedanke d. h. der in ihm mehr oder weniger ausdrücklich enthaltene Rechtsatz entscheide. Zur Herausstellung dieses wesentlichen Inhaltes des Gesetzes aber, worauf es doch allein ankommt, werden jene Regeln nichts beitragen. Ist er einmal ermittelt, dann enthalten sie die wohlfeile Weisheit, daß alle, aber auch nur diejenigen Fälle, die innerhalb der Grenzen des Rechtsatzes liegen, nach ihm zu beurtheilen sind. Weiß ich z. B., daß §. 551 i. f. eine Consequenz des alten Satzes von der Repräsentation ist, dann weiß ich auch, warum in §. 632 pr. das Gegentheil verordnet ist und würde die daselbst normirten Fälle, auch wenn §. 632 nicht da wäre, nicht nach §. 551 beurtheilen. — Denkt man hingegen bei jenen Regeln an die ratio legis, dann werden sie nur ausnahmsweise und zufällig zutreffen, wenn die gesetzliche Anordnung so unmittelbar aus dem Motive fließt, daß dieses auch das Princip jener genannt werden könnte, mit anderen Worten wenn die ratio legis in eine ratio iuris übergeht. <sup>91)</sup> Als Regel aber für das Verhältniß der ratio legis und des Umfanges des Gesetzes muß gerade das Gegentheil der obigen Regeln behauptet werden. <sup>92)</sup> Da nämlich dasselbe Motiv verschiedene Maßnahmen hervorrufen kann, und da nicht gewiß ist, ob der Gesetzgeber einem Motiv auch unter diesen oder jenen Umständen Folge gegeben hätte, <sup>93)</sup> so darf der (abstracte) Thatbestand d. h. der Inbegriff der Voraussetzungen, an welche das Gesetz eine gewisse Folge knüpft, aus jenem Motiv (wenn es nichts als Motiv ist) weder verengert noch erweitert werden. Daß im einzelnen Falle die Gefahr, die das Gesetz verhüten will,

<sup>88)</sup> Wenn man freilich zwei Rechtsätze vergleicht, die in dem Verhältniß der Ober- und Unterordnung zu einander stehen, so kann man nie zweifelhaft sein, welcher der höhere d. h. allgemeinere ist. — Wohl aber ist es oft nur Sache des Beliebens, ob man von einem Rechtsätze und seiner Casuistik, oder von Rechtsätzen und ihrem gemeinschaftlichen Principe spricht. Vgl. z. B. den obigen „höheren“ Rechtsatz mit der ratio iuris im SC. Juventianum (darüber Arndts §. 533). Will man die verschiedenen Detailbestimmungen über das Maß der Haftung z. B. des bona fide possessor noch Rechtsätze nennen, dann wäre auch jene ratio ein „höherer“ Rechtsatz. Historisch wäre dies ganz richtig; vom Standpunkt der abgeschlossenen Entwicklung aber wird man besser von verschiedenen Anwendungen eines Rechtsatzes reden.

<sup>89)</sup> Die Römer gebrauchen ratio in allen Schattirungen der Bedeutung zwischen Princip und Tendenz (z. B. Voconiana ratio!).

<sup>90)</sup> Man denke namentlich an die äußerlichen Motive mancher Gesetze, z. B. die Absicht, dem Staate neue Einnahmen zuzuführen (die römischen Gesetze über Testaments-Eröffnung, über Caducitäten u. dgl.). Freilich sind das pathologische Erscheinungen (vgl. N. 80).

<sup>91)</sup> So kann in dem Beispiel bei Unger Note 50 es gerabezu als Rechtsatz hingestellt werden, daß der Besitzer, der sich im Rechte glaubt, erst dem Urtheile, nicht schon der Klage zu weichen brauche.

<sup>92)</sup> Nicht zugustimmen ist der Darstellung bei Unger §. 13 III 2) d; auffallend namentlich die Stelle: „die ratio iuris insbesondere aber die ratio legis . . .“

<sup>93)</sup> Will er ihm unter allen Umständen folgen, dann ist es eben ein Princip.

ohnehin nicht vorhanden wäre, daß überhaupt das Motiv nicht zutrifft, ist irrelevant; „iura non in singulas personas sed generaliter constituntur“ (l. 8 D. I, 3). Soll individualisirt werden, so sagt das Gesetz selbst, wie, innerhalb welcher Grenzen, von wem dies zu geschehen habe.<sup>94)</sup> In den meisten Fällen versteht sich Obiges ganz von selbst. Niemand wird sich gegenüber den Vorschriften der §§. 569, 865 auf die Frühreise, gegenüber §. 594 auf die notorische Ehrlichkeit des fraglichen Individuums berufen.<sup>94a)</sup> In anderen Fällen (und gerade sie sind instructiv) ist es nicht so selbstverständlich, aber darum nicht weniger richtig. Der Grund des Verbotes der Adoption eigener unehelicher Kinder ist wohl die Begünstigung des subsequens matrimonium ebenso in dem Hofkanzleidecrete vom 28. Jänner 1816, als in den Justinianischen Gesetzen, die zum Vorbilde gebient haben (Nov. 74 c. 3, Nov. 89 c. 7); dennoch wird man dort, wo die Mutter des Kindes nicht mehr am Leben ist, keine Ausnahme machen dürfen,<sup>95)</sup> selbst wenn das citirte Hofkanzleidecret nicht so kategorisch sprechen würde, als es wirklich thut („in keinem Falle“). Schon darum muß dies gelten, weil man sich über die ratio legis so leicht irren kann, und selbst wenn man sie erräth, nicht wissen kann, ob sie die einzige war.<sup>96)</sup> Könnte einmal bei einem ähnlichen Gesetze ein ernstlicher Zweifel entstehen, dann wäre er nicht so zu formuliren, ob cessante ratione legis etc., sondern so, ob jene Rücksicht auf das subsequens matrimonium eine ratio legis oder nicht vielmehr ratio iuris sei, mit anderen Worten ob der Rechtsatz dahin gehe: „uneheliche Kinder dürfen nicht adoptirt werden“ oder aber dahin: „wo eine Legitimation (durch s. matr.) möglich ist, ist eine Adoption ausgeschlossen“. —

Gegen den Satz: cessante ratione etc. wurde schon frühzeitig Widerspruch erhoben.<sup>97)</sup> Ad. D. Weber<sup>98)</sup> stellte verschiedene Unterscheidungen auf; namentlich sollte der Satz nicht gelten, wo die ratio legis im concreten Falle wegen individueller Eigenschaften eines Subjectes nicht zutrifft (er hätte richtiger gesagt: wegen individueller Umstände);<sup>99)</sup> wohl aber dort, wo das Unzutreffende in einem ganzen Inbegriffe mehrerer ähnlicher Fälle und Verhältnisse gegründet

<sup>94)</sup> Vgl. z. B. die §§. 142, 174, 252, 255, 260 u. f. w.

<sup>94a)</sup> In einem Vortrage v. 14. Sept. 1801, betreffend die Beweisraft eines von einem hiezu nicht Berechtigten ausgestellten trockenen Wechsels (Pat. 25. Febr. 1791), sagte Zeiller: Wo der Richter den klaren Buchstaben der Entscheidung vor sich habe, ist er nicht mehr befugt, „dem Grund des Gesetzes nachzugehen, und daraus einen anderen Sinn, eine andere Entscheidung herzuholen. Der Ausdruck eines Gesetzes, welches eine Gefahr gewisser Art im Allgemeinen beseitigen will, gilt auch, wenn die Gefahr im concreten Falle wegfallen würde“

<sup>95)</sup> Man wird einwenden: auch da sei noch immer die legitimatio per rescriptum principis möglich. Aber: 1) diese ist Gnadensache, die Adoption (von dem Falle des §. 261 Pat. v. 9. Aug. 1854 abgesehen) nicht; 2) obige Behauptung wäre wahr, wenn es auch gar keine andere Legitimation gäbe, als die p. subseq. matr.

<sup>96)</sup> Vgl. Thibaut S. 37 ff. Auch in dieser Hinsicht ist unser Beispiel belehrend. Es spricht allerdings vieles für die obige Annahme, insbes. auch das mehrmalige Hinweisen auf die castitas in der cit. Nov. Wenn aber Justinian überdies sagt „naturalium adoptiones plurimum absurditatis habentes“ (Nov. 89 c. 7), so scheint ihm dabei die Antithese vorgeschwebt zu haben: naturales Kinder in Wahrheit, aber nicht dem Rechte nach, adoptati Kinder dem Rechte, aber nicht der Wahrheit nach. Endlich könnte auch der Gedanke, daß man jedem Institute die ihm zukommenden Functionen wahren und Heterogenes nicht vermengen solle, mitgewirkt haben (er klingt in dem Hftb. an).

<sup>97)</sup> Averanius (in der ersten Hälfte des 18. Jahrh.) nannte ihn einen locus lubricus et periculosus (s. Glük S. 255 Note 80).

<sup>98)</sup> In seiner Lehre von den natürlichen Verbindlichkeiten (1784) S. 64. Referirend Schöman S. 71 f., referirend und zustimmend Glük S. 254 ff.

<sup>99)</sup> Als Beispiel benutzte man gewöhnlich das SC. Macedonianum (Glük S. 255), an welchem auch Savigny S. 219 Note a den Gedanken erläutert, daß manches Gesetz auch auf „ganz unschulbige Fälle“ angewendet werden müsse, um „die wirklich gemeinten sicher zu treffen.“

sei. Ferner seien viele Gesetze nur wegen der Möglichkeit übler Folgen einer Handlung gegeben; es komme also nicht darauf an, ob diese Folgen in concreto eingetreten seien. — Diesen und ähnlichen Unterscheidungen liegt ein richtiges Gefühl dessen zu Grunde, wofür oben ein wissenschaftlicher Ausdruck versucht wurde.

V. Es ist heut zu Tage fast allgemein anerkannt,<sup>100)</sup> daß der Interpret über den Wortsinne des Gesetzes hinaus den wahren Willen des Gesetzgebers zur Geltung zu bringen habe.<sup>101)</sup> Hat freilich eine zufällig bekannte Absicht der Gesetzgebenden<sup>102)</sup> in den Worten des Gesetzes gar keinen (nicht einmal einen ungenauen) Ausdruck gefunden, und ist sie auch nicht implicite in ihnen enthalten, so ist sie kein Theil des Gesetzes, also irrelevant.<sup>103)</sup> — Wenn die logische Auslegung das Ergebnis der grammatischen bestätigt, so nennt man sie *i. declarativa*, welcher Namen aber auch von dem Falle gebraucht wird, wo der Wortsinne zwei (oder mehr) Deutungen zuläßt, zwischen denen die logische Interpretation wählt.<sup>104)</sup> Entscheidet diese für die engere Bedeutung, so nennt man sie *i. stricta*, im anderen Falle *i. lata*. Beide halten sich innerhalb des Wortsinnes, sind deshalb verschieden von der einschränkenden und der ausdehnenden Auslegung (*i. restrictiva* und *i. extensiva*), welche die Nichtübereinstimmung zwischen Wort und Wille darthun, und über das Wort hinweg den nicht so weit oder aber weiter gehenden Willen zur Geltung bringen.<sup>105)</sup> Ist die Uncorrectheit des Ausdrucks nicht eine quantitative, handelt es sich nicht um ein Mehr oder Weniger, sondern um ein Anders, so spricht man von abändernder Auslegung im engeren Sinne<sup>106)</sup> (*i. abrogans*).<sup>107)</sup> Namentlich wird durch Berücksichtigung des systematischen Elementes sich sehr oft eine einschränkende Interpretation ergeben.<sup>108)</sup> Die Regel, daß Ausnahmen streng auszulegen seien, ist insoferne unrichtig, als auch bei singulären Rechten und Privilegien sowohl eine *i. lata* als eine *i. extensiva* statthaft sein kann, insoferne aber ganz richtig, als man sowohl bei der grammatischen als bei der logischen Auslegung im

<sup>100)</sup> S. Unger §. 13 Note 35 und Note 38.

<sup>101)</sup> Man bezeichnet dies auch so: der logischen Interpretation gebühre der Vorzug vor der grammatischen.

<sup>102)</sup> Selbst wenn sie (z. B. als Abgeordnete) einen rechtlichen Antheil an der Legislation haben, um so mehr also, wenn sie bloße Gesetz-Versaffer sind.

<sup>103)</sup> „Nam etsi prior est potentior est quam vox mens dicentis, tamen nemo sine voce dixisse existimatur“ (l. 7 i. f. D. 33, 10). Vgl. Puchta's Encyclopädie §. 17. Man kann dies gegenüber mißbräuchlicher Benützung von Protokollen nicht genug betonen.

<sup>104)</sup> Vgl. Glük §. 252 ff., Schöman §. 77, Thibaut §. 7, Unger Note 32 und Note 56.

<sup>105)</sup> Vgl. Unger §. 90 mit §. 86. — Es ist nicht zu billigen, daß dieser ziemlich feststehende Sprachgebrauch von Einigen verwirrt wird. Gegen diese Verwirrung spricht sich Unger Note 57 aus u. zw. mit Recht, nicht aber, wie Menger §. 116 Note 21 sagt, „gegen die Kunstausdrücke ausdehnende und einschränkende N. mit Unrecht.“ Die Verwirrung besteht aber darin, daß Einige (z. B. Rippel und Helm) dort von „ausdehnender“ und „einschränkender“ N. reden, wo der herrschende Sprachgebrauch „weite“ und „stricte“ N. sagt, während Andere (z. B. Menger a. a. O.) diese Ausdrücke (oder doch: auch sie) in Fällen gebrauchen, für welche sonst nur die Bezeichnungen „ausdehnend“ und „einschränkend“ gebräuchlich sind. Unbegreiflicher Weise behauptet Menger, daß diese letzteren Ausdrücke „meistens auf den Fall (bezogen werden), wo eine Rechtsnorm nach ihrem Wortsinne eine engere und eine weitere Bedeutung haben kann.“ Die von ihm hiefür Citirten sagen genau das Gegentheil.

<sup>106)</sup> Im weit. S. umfaßt dieser Ausdruck auch die *i. restr.* und die *i. extensiva*.

<sup>107)</sup> Dieser Fall ist in der oft (z. B. bei Glük §. 254) vorkommenden Dreitheilung (*i. decl.*, *restr.*, *extens.*) übersehen. Thibaut §. 7. — Die Glossatoren machten in ihrer scholastischen Art noch viel mehr Unterabtheilungen. S. Thibaut §. 8.

<sup>108)</sup> Wenn nämlich der Satz sonst mit anderen feststehenden in Widerspruch gerieth. Vgl. Unger §. 87 lit. c.

Zweifel ein Gebiet der Regel, nicht der Ausnahme zuzuweisen hat.<sup>109)</sup> Siehe Joseph. Gesetzbuch I §. 27. — Richtig sind folgende Regeln: Ein zu Gunsten gewisser Personen gegebener Rechtsatz ist einschränkend auszulegen, sobald er in seiner Allgemeinheit genommen in manchen Fällen zum Nachtheil jener Person gereichen würde.<sup>110)</sup> — *Ceteris paribus*<sup>111)</sup> verdient diejenige Auslegung den Vorzug, die ein angemesseneres, verständigeres Resultat ergibt (anal. §. 655 und §. 914).<sup>112)</sup> — Endlich die alte ehrwürdige Regel „in dubio mitius“, die einer logischen Begründung nicht fähig, aber auch nicht bedürftig ist.<sup>113)</sup> — Dagegen ist die Regel, daß eine Auslegung zu vermeiden sei, wornach eine Gestelle etwas Triviales, Selbstverständliches sagt, ganz unzuverlässig, also unbrauchbar.<sup>114)</sup>

VI. Zur logischen Auslegung gehört auch die Darlegung der Consequenzen des ausgedrückten Gesetzhaltens, also die Entfaltung des implicite darin Enthaltene.<sup>115)</sup> Die dabei zur Anwendung kommenden logischen Gesetze sind für Jedem selbstverständlich, so namentlich der tautologische Satz, daß jenseits der Grenzen einer Regel ihre Negation liegt (arg. a contrario), daß in dem Mehr das Weniger enthalten, mit dem Weniger das Mehr ausgeschlossen ist (arg. a maiori ad minus,<sup>116)</sup> arg. a minori ad maius). Wohl aber macht dasjenige juristische Urtheil, welches die materielle Voraussetzung einer solchen formalen Operation ist, zuweilen Schwierigkeiten. Was ist maius: die Veräußerung oder die Verpfändung? Gewiß in der Regel jene, aber doch nicht für jede Betrachtung. Es wäre ein trügerischer Schluß, wollte man sagen: „weil unter diesen Umständen eine Veräußerung erlaubt wäre, ist es um so mehr eine Verpfändung.“ *Lex Julia alienationes inhibebat, quae invita muliere fiebant, hypothecas autem . . . etiam volente* (pr. Inst. II, 8). Zur Feststellung jener materiellen Voraussetzungen hilft keine formale Logik, dazu sind sachliche, juristische oder — wie in unserem Beispiele — psychologische Erwägungen nothwendig. Es ist hier z. B. die Erfahrungsthatsache maßgebend gewesen, daß die Freiheit zu Geschäften, die einer Hoffnung Raum lassen, gefährlicher ist, als die zu Ge-

<sup>109)</sup> Unzweifelhaft richtig ist die in jener Regel enthaltene Ablehnung der Analogie. Vgl. Unger §. 13 III 2 b) und 3 b), aber auch 2 c) d) und 3 c). Mangero w §. 24, 2 b) bb). Mit größer Festhaftigkeit hat sich gegen jene halb wahre und viel mißbrauchte Regel ausgesprochen S. A. Helfert in der Ztschr. f. öst. Rechtsg. 1847 I S. 98.—111.

<sup>110)</sup> Unger Note 46, Windscheid §. 21 Note 5.

<sup>111)</sup> M. a. B. der Interpret soll sich nicht zum Corrector der Gesetze machen.

<sup>112)</sup> Unger §. 91 d, Windscheid §. 21 bei Note 6. Einen absoluten und allgemein erkennbaren Maßstab der Verständigkeit gibt es nicht, und so muß auch gar manches der Einsicht des Richters anvertraut werden. Sehr oft freilich wird unter den Zeitgenossen es kaum zweifelhaft sein, welches der möglichen Resultate das angemessenste wäre; s. z. B. Hofmann in Grünhut's Ztschr. I S. 286.

<sup>113)</sup> Ueber sie Savigny S. 230 Note i. S. auch Böhm. Stadtrechte A. XXXVII. §. 5. Eine wichtige Anwendung ist für das österr. R. von ihr zu machen bei der Frage nach den Folgen der unbefugten Auswanderung.

<sup>114)</sup> Namentlich bei dem ebenso verkehrten, als h. z. T. allgemeinen Streben nach schulbuchartiger Vollständigkeit der Gesetze. Beispiele von falschen unter Berufung auf jene Regel versuchten Interpretationen s. bei §. 609 (in den Erbsen) und bei §. 615. — Auch verschwindet der Schein der Selbstverständlichkeit oft, wenn man das frühere Recht berücksichtigt; z. B. eben bei §. 609. Vgl. Hofmann Beiträge S. 113 ff.

<sup>115)</sup> Unger §. 92 B. — Er schlägt dafür den Ausdruck „entwickelnde Auslegung“ vor (Note 73 a. G.).

<sup>116)</sup> Verschieden von diesem Schlusse a maiori ad minus ist die gleichnämige Folgerung. Beispiele jener Schlussart: Wenn der A den B erben dürfte, so darf er ihn auch auf einen Theil des Pflichttheiles beschränken. Wer eine Schuld wirksam erlassen kann, kann sie auch stunden. — Beispiele der erwähnten Folgerung (auch „ad subalternatam propositionem“): Wer nicht veräußern darf, darf nicht verschenken. Wer leztwillig verfügen kann, kann ein Codicill machen.

schäften, über deren Folgen keine Selbsttäuschung möglich ist. Es ist genau dieselbe psychologische Erwägung, welche für die Gesetzgebung bei dem Verbote der *lex commissoria* und beim *Sc. Velleianum* entscheidend war, und die darum dem Interpreten zur Entdeckung der Grenzen dieser Gesetze behilflich sein muß. Nicht aus der gleichen, aber doch aus einer ähnlichen Erwägung erklärt es sich, warum die meisten Gesetzgebungen den Schenkungsversprechen abgeneigter sind, als schenkungsweisen Traditionen. — Vollends nun das *arg. a contrario*! Die formale Seite desselben ist eine Denkoperation, zu der das geringste Maß von Intellect ausreicht; aber keine noch so fein ausgebildete formale Logik beantwortet die Frage, ob der Gesetzgeber nur vom Falle *x* spricht, weil die Anordnung nur für diesen Fall gelten soll, oder aber, weil es ihm nur darum zu thun war, auszusagen, was gerade im Falle *x* gelten solle; mit anderen Worten: ob er sagen wollte „im Falle *x* gilt *y*“ oder aber „*y* gilt im Falle *x*“ oder endlich beides.<sup>117)</sup> Ebenso vermag kein formales Denkgesetz zu sagen, ob eine Aufzählung (z. B. die in §. 53 a. b. G. B.) erschöpfend (*taxativ*) oder nur Beispiels halber gegeben (erklärend, demonstrativ, enunciativ) sein will. Sondern es entscheiden hier sachliche oder auch daneben sprachliche Erwägungen. Ein Beispiel, wo grammatische und logische Interpretation sich harmonisch zum zuverlässigsten *arg. a contrario* verbinden, bietet §. 806.<sup>118)</sup> Damit soll nicht geleugnet werden, daß zuweilen ein *arg. a contr.* schon durch die Wortfassung aufgenöthigt wird, so daß es keiner sachlichen Erörterung der Voraussetzungen für dasselbe bedarf; s. z. B. §. 601 a. b. G. B. Dann aber sagt das *arg. a contr.* nur, was ohnehin Jeder mußte, dann ist das „*implicite*“ eigentlich ein „*explicite*“. Und so zeigt sich auch hier der geringe Werth der Hermeneutik. Was wahren Werth hat, sind die sachlichen Behelfe der Interpretation, vor allen:

VII. die Geschichte;<sup>119)</sup> denn das Gewordene zu verstehen, muß man

<sup>117)</sup> Je nachdem seine Aufmerksamkeit gerichtet war auf die Frage, „was gilt im Falle *x*?“ oder auf die andere: „wann und wo gilt *y*?“ oder endlich gleichmäßig auf beide. Ersteres war der Fall bei den meisten Rescripten der römischen Kaiser und bei vielen unserer vor bestimmte Anfragen ergangenen Hofcrete. Ein Beispiel für die zweite Denkrichtung gibt das Ges. v. 25. Juli 1871 (R. G. B. Nr. 76), für die dritte §§. 768 bis 770 a. b. G. B.

<sup>118)</sup> „Der Erbe kann seine gerichtliche Erbserklärung nicht mehr widerrufen, noch auch die unbedingte abändern und sich die Rechtswohlthat des Inventariums vorbehalten.“ Folglich kann er die bedingte immerhin noch in eine unbedingte verwandeln; denn 1) springt der Unterschied beider Fälle in die Augen, es ist also nicht zufällig, daß nur der eine Fall genannt ist (logische Z.), 2) würde es sonst offenbar ganz kurz heißen: „nicht mehr widerrufen oder abändern“ (grammatische Z.).

<sup>119)</sup> A. M. Thibaut (log. Auslegung S. 29 ff.). Er behauptet: Der praktische Jurist dürfe Gesetze überhaupt nur dann logisch interpretiren, wenn die *principia cognoscendi*, die Data zur Erforschung des Sinnes derselben aus dem Rechte selbst hergenommen werden können. Nur das sei positives Gesetz, was publicirt ist. Namentlich dürfe man das historische Element nicht zu hoch anschlagen; denn ein historischer Aufschluß über Bedeutung eines Gesetzes sei etwas Zufälliges. — Bekanntlich hängt dies mit der ganzen wissenschaftlichen Richtung Thibaut's zusammen; ebenso bekannt ist es aber auch, daß der berühmte und gelehrte Gegner der historischen Schule nie vollen Ernst aus diesen Grundsätzen gemacht hat. Seine Ausführungen (a. a. D.), bei denen er, nebenbei gesagt, Interpretationsmittel und Rechtsquellen in unzulässiger Weise vermengt, zeigen, wie wenig es ihm möglich war, bestimmt und klar zu sagen, wo für ihn die Grenze zwischen Gebrauch und Mißbrauch der Geschichte laufe. — Pfaff S. 256 meint: dergleichen Ansichten, wie die eben besprochene, „scheinen heut völlig verstummt.“ Vgl. aber Siebenhaar Lehrb. des sächs. Privatrechts (1872) S. 18: „Das bgl. G. B. ist . . . aus sich selbst zu interpretiren.“ S. 20: „Da das bgl. G. B. mit dem histor. Rechte gebrochen hat, so versteht es sich von selbst, daß für dessen Interpretation das gem. R. keinen unmittelbaren Werth hat.“ S. 24 wird mit Befriedigung constatirt: „daß in Sachsen rechtshistorische Werke und Compendien des sog. gemeinen Rechts geringen oder keinen Absatz finden. Mit dem Studium der ächten (!!) Rechtswissenschaft, zu dem das Gesetzbuch anregt, schwindet immer mehr der

seinem Werden nachfragen. Zum Verständniß des österreichischen Privatrechtes, namentlich auch zur Auslegung des allgemeinen bürgerl. Gesetzbuches ist gründliche Kenntniß des römischen Rechtes erforderlich; in zweiter Linie <sup>120)</sup> Kenntniß des deutschen, insbesondere süddeutschen Rechtes, das in einigen wichtigen Partien die Grundlage bildet; hie und da, aber eben nur an wenigen Punkten von geringer Bedeutung, kommt auch die slawische Rechtsgeschichte in Betracht. <sup>121)</sup> Auch sind die beiden anderen großen Codificationen zu beachten, weniger die französische, <sup>122)</sup> um so mehr die preussische. <sup>123)</sup> Sehr wichtig ist die Kenntniß der Vorarbeiten, also des Josephinischen, noch mehr aber des Westgalizischen Gesetzbuches <sup>124)</sup> und der Protokolle. Ueberdies ist die damalige gemein- und naturrechtliche Theorie stets zu Rathe zu ziehen. <sup>125)</sup> Natürlich nicht in dem Sinne, als ob der österreichische Jurist — mit Verleugnung der seither von der Wissenschaft gemachten Fortschritte — auf dem Standpunkte der damaligen Theorie verharren sollte, sondern um den ihm sonst verborgenen Gedankengang des Gesetzgebers zu verstehen. Inwieweit aber müssen wir uns einer nach den heutigen Anschauungen falschen Theorie, von der der Gesetzgeber ausging, fügen? Offenbar ist nicht sein Meinen, sondern sein Wollen verbindend. Die Theorie als solche hat keine äußere Autorität, wohl aber ihr Product, die von ihr dictirte Disposition. Wie weit reicht diese aber? Auch hier wieder stehen wir vor dem Unterschied von ratio legis und ratio iuris. Wo eine falsche Theorie nur ratio legis war, wirkt sie weiter nicht nach, als in dem einzelnen Satz; war sie dagegen ratio iuris, dann ist sie keine bloße Meinung mehr, sondern ein im Gesetze functionirtes Princip <sup>126)</sup>, dessen Autorität von unserer Billigung unabhängig ist. So einleuchtend es ist einerseits, daß wir uns einer Theorie nicht deswegen gefangen zu geben brauchen, weil der Gesetzgeber ihr anhing, andererseits, daß wir einen Rechtsatz nicht darum Anwendbarkeit versagen können, weil wir ihn als Ausfluß theoretisch unrichtiger Vorstellungen darthun können, — so ist es doch oft recht schwer, zwischen dem Zuviel und Zuwenig in der Berücksichtigung der Theorien, die zur Zeit der Abfassung des Gesetzbuches herrschend waren, die richtige Mitte einzuhalten. <sup>127)</sup>

Was nun insbesondere die Protokolle über die Verathungen, aus denen

Geschmack an dieser Art der Literatur.“ — Die Zahl derjenigen, die so schreiben, ist klein; die Zahl derer, die so denken, ist Legion, auch in unserer Heimath; doch können wir mit Genugthuung bezeugen, daß bei uns „der Geschmack an dieser Art der Literatur“ immer mehr zunimmt.

<sup>120)</sup> Damit soll natürlich nicht eine Unterschätzung des nationalen Rechtes, sondern nur die Thatsache ausgesprochen sein, daß in unserem Gesetzbuche mehr Rechtsinstitute und Rechtsätze aus dem römischen, als aus dem deutschen Rechte aufgenommen sind. Daß aber gleichwohl die Redactoren gegenüber dem röm. R. sich ein selbständiges Urtheil zu wahren suchten, darüber s. Pfaff S. 292.

<sup>121)</sup> Z. B. der odpor des altböhmischen, die Abvitalität des altpolnischen Rechtes (s. bei §. 1487, §. 1255 ff.).

<sup>122)</sup> Vgl. Pfaff S. 294 f.

<sup>123)</sup> Ebb. S. 292 ff.

<sup>124)</sup> Pfaff S. 287.

<sup>125)</sup> Vgl. Unger S. 83, Dernburg S. 18. — Von besonderer Wichtigkeit für das Verständniß des österr. G. B. sind Höpfer's Institutionen, Glück's Pandecten, dann der sog. Wiener Heinemann, ferner die Werke von Schöman und Thibaut, endlich Zeiller's natürliches Privatrecht.

<sup>126)</sup> So namentlich, wie im Erbrecht gezeigt werden wird, die alte Repräsentations-Theorie.

<sup>127)</sup> Den Schein des Zuviel lud Unger durch die unvorsichtig formulirten Aeußerungen auf S. 83 auf sich; in praxi hat er diese bedenkliche Theorie maßvoll gehandhabt, und gewiß nie solchen Meinungen gebulbig, wie sie in der Kritik von Berger S. 9 — 11, 98 ff. vorausgesetzt werden. In einzelnen Fällen hat sich Unger sogar eines Zuwenig schuldig gemacht, d. h. zu sehr modernisirt.

der Text eines Gesetzes hervorging, betrifft, so sind die Ansichten über ihre Bedeutung für die Interpretation sehr verschieden.<sup>128)</sup> Wir meinen nicht diejenigen Schriftsteller, die aus Bequemlichkeit den Protokollenwust bei Seite schieben, noch auch die, welche ihm ihre Reverenz bezeigen, weil sie Auctoren (von augere) „der Papierscheeren-Literatur“ sind, sondern solche, die es sich weder in dem einen noch in dem anderen Sinne bequem gemacht haben, also nicht darum tadeln, um sich selbst zu rechtfertigen.<sup>129)</sup>

Gewiß sind die Protokolle ein sehr werthvolles Interpretationsmittel.<sup>130)</sup> Wir erfahren aus ihnen oft ganz zuverlässig, was gemeint war; nur daß das Gemeinte nicht darum allein auch schon Gesetz ist. Die Protokolle sind zuweilen ganz entscheidend für eine von mehreren, an sich gleich möglichen Auslegungen.<sup>131)</sup> Sie befehlen uns, ob die Weglassung eines in einem früheren Gesetze oder Entwurfe (also in Anwendung auf das a. b. G. B. gesprochen: im Joseph. oder Westgal. G. B.) enthaltenen Satzes dessen Regierung bedeutet, oder bloß der Kürze halber geschah.<sup>132)</sup> Sie weisen manchmal die volle Uebereinstimmung von Wort und Gedanke nach, wo wir sonst zu einer vermeintlich correctorischen Auslegung geneigt wären.<sup>133)</sup> Höher aber noch, als diese Verwendung zur Entscheidung vieler Controversen, ist die große Erleichterung des vollen Verständnisses des Gesetzes anzuschlagen, die uns die Protokolle dadurch gewähren, daß wir das Gesetz vor unseren Augen entstehen sehen,<sup>134)</sup> und mit der ganzen Art des juristischen Denkens, aus dem das Gesetz hervorgegangen, vertraut werden.<sup>135)</sup> Dabei kommt insbesondere unseren Protokollen ein höherer Werth zu, als denen über parlamentarische Verhandlungen,<sup>135a)</sup> bei denen oft eine übereinstimmende Abstimmung aus den verschiedensten unausgesprochenen Motiven stattfindet und die Mitglieder oft zu consentiren wähnen, während sie eigentlich ganz verschiedenen Anschauungen huldigen.<sup>136)</sup>

<sup>128)</sup> Die Literatur dieser Controverse s. bei Goldschmidt Handelsrecht (2. Aufl.) I S. 311 Note 16 und Pfaff S. 254 f. Note 1. — Speciell über die bei dem vorliegenden Werke in Betracht kommenden Protokolle s. die in Note \* cit. Abhandl. von Pfaff, und ganz insbes. S. 295 ff.

<sup>129)</sup> Am nächsten unserer Uebersetzung stehen die trefflichen Ausführungen v. Hahn's in der 2. Aufl. seines Comm. z. Handels-Gb. I §. 19 (S. XLVIII—LIX), (woburd seine Bemerkungen in der 1. Aufl. nicht nur näher begründet, sondern zum Theile auch berichtigt werden); obgleich auch er sich hie und da des in der folgenden Note gerügten Fehlers schuldig macht.

<sup>130)</sup> Unterschätzt werden sie von Thöl, dessen classische Bemerkungen in der „Einleitung z. deutschen Pr. R.“ S. 150 zwar in jedem Worte wahr, aber darum einseitig sind, weil nur der Schwächen, nicht auch der Vorzüge dieses Interpr.-Mittels gedacht wird. An Thöl schließt (ober doch: schloß) sich an Unger S. 82 Note 28. Noch mehr unterschätzt werden sie, wie es scheint (denn wir müssen uns hier auf die Angabe von Goldschmidt S. 312 f. Note 21 und Note 24 verlassen, der ebd. v. Hahn's Ansicht in irreführender Weise [s. z. B. v. Hahn S. LIV Al. 2] wieder gibt) von Schaffrat, Schlesinger, dann in einem Urtheil des Ob. Appel. G. zu Dresden; — ganz entscheiden auch von Siebenhaar (Sächs. Priv. R. S. 8; über seine abenteuerliche Meinung hinsichtlich der Protokolle zur W. D. und zum G. B. s. Goldschmidt Note 23).

<sup>131)</sup> Belege dafür aus den Protokollen zum a. b. G. B. bei Pfaff S. 302 ff.

<sup>132)</sup> Vgl. Pfaff S. 306. Diese Auskunft ist freilich nur dann maßgebend, wenn sie mit dem Inhalte des Gesetzes in Einklang steht, also z. B. dann nicht, wenn der negirte Satz an einer anderen Stelle des G. B. indirect anerkannt wird; zu weit aber geht hier u. E. v. Hahn S. LIII.

<sup>133)</sup> S. Pfaff S. 303.

<sup>134)</sup> Mit Recht legt v. Hahn (S. LIV und in dem ganzen Werke) großen Werth auf die Entstehungsgeschichte der einzelnen Bestimmungen.

<sup>135)</sup> Vgl. Pfaff S. 297.

<sup>135a)</sup> Ueber diese letzteren s. R. v. Mohl Staatsrecht, Völkerrecht und Politit Bd. I S. 96—143; „über die Benutzung sändischer Verhandlungen zur Auslegung von Gesetzen.“

<sup>136)</sup> Vgl. Pfaff S. 296 f. — Was Thöl Einl. §. 60 IV Al. 2, 4, 5 bemerkt, gilt viel mehr von den Protokollen vielföpfiger Commissionen und beratender Körper, als von den uns beschäftigenden.

Andererseits aber ist nicht zu vergessen, daß Protokolle und Motivenberichte keine gesetzliche oder auch nur gesetzähnliche Autorität haben. Damit wäre ja der Begriff des Gesetzes, als des in bestimmter Weise zu Stande gekommenen und in solenner Art verkündeten Willens der gesetzgebenden Macht aufgegeben. Nicht nur müssen die Protokolle, wo sie in offenem oder verstecktem Widerspruche mit dem Gesetze stehen, zurücktreten,<sup>137)</sup> sondern es kann ihnen überhaupt niemals und nirgends die Bedeutung einer authentischen Interpretation zugestanden werden,<sup>138)</sup> da auch diese an alle verfassungsmäßigen Bedingungen rücksichtlich der Entstehung wie der Publication gebunden ist (s. bei §. 8). Dies gilt in erhöhtem Maße von unseren Protokollen, welche — nie veröffentlicht — die längste Zeit profanen Augen unzugänglich waren,<sup>139)</sup> während man heut zu Tage Regierungsmotive und Commissionsprotokolle von vornherein für die Oeffentlichkeit redigirt und sie sofort durch officiöse Ausgaben allgemein zugänglich macht. Von jenen gilt also ganz besonders das Wort Thibaut's<sup>140)</sup>: „Daß der Unterthan nur dasjenige als positives Gesetz zu befolgen hat, was ihm publicirt ist.“

Wenn dies nun schon gelten müßte, selbst wo der (autokratische) Gesetzgeber selbst der Verfasser des Gesetzes wäre, so wird der Abstand von Gesetz und Gesetzmaterialeien noch viel größer dadurch, daß die Gesetzverfasser oft — wie gleich in unserem Falle — gar keinen Antheil an der gesetzgebenden Macht haben (hatten) und eine Mehrheit von Menschen sind. Was soll da bindend sein? was einstimmig gebilligt wurde? oder die Anschauung der Majorität? aber diese kann, wie erwähnt, im Resultate übereingestimmt, in den Motiven nachweislich dissentirt haben. Und wie dann, wenn — was oft genug vorkam — ein von Zeiller vorgeschlagener Paragraph ohne Debatte angenommen wurde? Wer mit Goldschmidt (S. 312 f.) annimmt, „daß der gesetzgeberische Wille nothwendig sich mit demjenigen Sinne deckt, welchen die Gesetzverfasser mit den gebrauchten Worten verbunden hatten,“ — der muß consequent weiter gehen und sagen: in solchem Falle habe die Commission den Gedankengang des Einzelnen zu dem ihren gemacht und zwar auch wenn dieser nicht in den Protokollen ersichtlich ist. So würden wir auf literarische Arbeiten desselben Mannes (z. B. Zeiller's Commentar) oder gar auf Privataufzeichnungen weiter gewiesen. Wie vollends, wenn ein Paragraph des Westgal. Gesetzbuches ohne eine irgend eingehende Debatte stehen gelassen wurde? Wie wenn dieser selbst wieder im

<sup>137)</sup> Vgl. Pfaff S. 298 ff., wo auch der herbe Satz Thöl's (S. 150), daß die Protokolle „zuweilen den Rechtsatz umstoßen, statt ihn zu rechtfertigen“ mit sicherem Beweise belegt wird.

<sup>138)</sup> Wie von den bei Goldschmidt S. 313 a. E. Citirten geschieht. Er selbst verwahrt sich (S. 315 Note 26) dagegen, ihnen zugehört zu werden, aber praktisch kommt seine Meinung der hier abgelehnten doch bedenklich nahe. Dennoch scheint ihm zuzustimmen Prinz S. 120. „Im Wesentlichen“ thut es Menger S. 113, der aber in unrichtiger Generalisirung die Ansicht der Gegner dahin angibt, sie wollten das Gesetz von seinen historischen Grundlagen trennen und lediglich aus sich selbst erklären. Das ist z. B. v. Hahn nie eingefallen. Es gibt eben sehr viele graduell unterschiedene Meinungen; wir selbst schätzen die Protokolle etwas höher als v. Hahn, aber viel geringer als Goldschmidt.

<sup>139)</sup> Die Sachlage also, welche v. Hahn S. LI Note 101 a. E. dichtungswiese annimmt, liegt hier wirklich (wenigstens im Wesentlichen) vor. Wenn Pfaff S. 298 sagt: „Ja es scheint, daß eine Denüthigung des Berathungsmateriales für die Interpretation geradezu in Aussicht genommen war,“ so ist das ja nicht dahin mißzuverstehen, als ob man je an eine Veröffentlichung oder auch nur eine Zugänglichkeit für Private gedacht hätte; sondern jene Vorkehrungen zur leichteren Orientirung in den Protokollen waren nur für den Hausgebrauch der Gesetzgebung, wenn Declaratorien u. dgl. nothwendig werden sollten (s. Pfaff ebd. Note 81).

<sup>140)</sup> Logische Auslegung S. 29.

Wesentlichen aus dem Joseph. Gesetzbuche herrührt oder weiter aus dem (nie publicirten) Codex Theresianus? Spricht doch Goldschmidt ein anderes Mal (S. 313) geradezu von dem „Sinn, welchen die ursprünglichen Gesetzverfasser mit den Worten verbunden haben“. Wo kämen wir da hin! <sup>141)</sup> —

Dazu kommt noch das systematische Moment. Die Sanctionirung und Wirksamklärung eines Gesetzbuches setzt ein System bis dahin ruhender Kräfte in Bewegung, und es würde mehr als menschliche Voraus- und Umsicht dazu gehören, sollte der Gesetzgeber in vorhinein ganz genau wissen, wie diese Kräfte (bildlich gesprochen, d. h. die Rechtsfäße) in's Leben und in einander gegenseitig eingreifen werden. Wenn schon ein Mechanismus sich erst in der Bewegung bewährt, wie erst ein Gesetz! Erst in längerer Praxis kommt das harmonische oder disharmonische Verhalten der einzelnen Theile zum klaren Bewußtsein; und dieses Verhalten erst grenzt den einzelnen Rechtsfäßen das Gebiet ihrer Geltung genau und sicher ab. <sup>142)</sup> Uebrigens sind die Verfasser eines Gesetzes lange nicht seine besten Kenner, namentlich fehlt ihnen in der Regel der sichere Ueberblick über das Ganze, den erst die Späteren gewinnen. Endlich ist nicht zu vergessen, daß das Leben immer neue Fragen an uns stellt, und wir darum einer ganz unbegründeten Hoffnung uns hingeben würden, wenn wir die Antwort auf alle während einer so langen Praxis hervorgetretenen Fragen schon in den Protokollen finden wollten. <sup>143)</sup> — Es verdient zum Schlusse hervorgehoben zu werden, daß der Hauptredactor unseres Gesetzbuches, Zeiller, von einer Ueberschätzung des Werthes der Verathlungen für die Gesetzesauslegung weit entfernt war. Seine Aeußerungen hierüber (in der Vorrede zu seinem Commentar S. X—XII) bleiben immer denkwürdig.

### C. Auslegung im weiteren Sinne (Rechts-Auslegung).

(§. 7 a. b. G. B.)

I. „Rechtsauslegung“ mit andern Worten Findung, Weisung des Rechtes. Dazu gehört vor allem schon die Auslegung des Gesetzes (§. 6); hier aber soll von demjenigen Gebiete des weiteren Begriffes gehandelt werden, das über die Grenzen des engeren Begriffes hinausliegt. Wir folgen darin dem Vorgang des Gesetzes, das, nachdem es die Gesetzesauslegung im §. 6 normirt hat, im §. 7 erst von der sogen. Gesetzesanalogie, dann von der sogen. Rechtsanalogie, endlich von der Entscheidung „nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen“ spricht, welche Reihenfolge zugleich die Rangordnung dieser Erkenntnisquellen des Rechtes feststellt, während der Eingang des Paragraphen (in der Sache richtig, nur nicht in ganz correcter Fassung) <sup>144)</sup> sie sämmtlich (nur subsidiarisch anwendbare der Gesetzesauslegung nachsetzt. — Doch sind damit die Mittel der Rechtsfindung nicht

<sup>141)</sup> Vgl. v. Sahn S. LVII f. — Schon 1826 hat ein österr. Jurist M. Stöger, gegen die Verwechslung der „Ansichten der Gesetzverfasser“ mit dem Willen des Gesetzes Einsprache erhoben (Ztschft. f. österr. Rechtsgel. 1826, Bd. 302).

<sup>142)</sup> Vgl. hiemit den mit Recht berühmten Ausspruch Thöl's §. 60 IV A. 1, vielleicht das weiseste Wort, das in dieser Controverse je gesagt wurde. (Oft citirt, z. B. von Thöl selbst im Handelsrecht [5. Aufl.] §. 21 Note 5, bei Unger Note 28, Hofmann in Grünhut's Ztschft. I S. 299, Pfaff ebd. II S. 256, frei wiedergegeben ohne Citat — gleichsam schon als gestillgetes Wort — bei Sohm ebd. I S. 277; — und in der That gehört jene Stelle in einem „liber auroorum“!)

<sup>143)</sup> Vgl. Dernburg S. 17.

<sup>144)</sup> Weil das „weder — noch“ auf ein „entweder — oder“ zu deuten scheint (vgl. Unger S. 80), nachdem man doch in §. 6 das „oder“ mit gutem Grunde und vollem Bewußtsein durch ein „und“ ersetzt hatte. Doch ist dies nur eine kleine Nachlässigkeit des Styls, nicht ein unrichtiger Gedanke, wie auch das Prot. über die Revision des §. 7 (4. Mai 1807) zeigt.

erschöpft.<sup>145)</sup> Wie die Analogie ein Seitenstück zur interpr. extensiva, so ist die Behandlung der Antinomien ein solches zur interpr. restrictiva, und die sehr selten erlaubte, zuweilen aber dennoch gebotene (qualitative) Correctur des gesetzgeberischen Gedankens ein Seitenstück zur interpr. abrogans.

II. Bei der vielerörterten Frage,<sup>146)</sup> ob auch die Wissenschaft eine Rechtsquelle, nämlich Entstehungsquelle des Rechtes, sei, sind folgende Momente zu unterscheiden: 1) die weiter unten zu behandelnde Frage nach einem vom positiven Rechte verschiedenen anwendbaren Rechte, 2) ob die praktische Thätigkeit der Juristen ein neues Recht produciren könne? eine Frage, die im allgemeinen gewiß zu bejahen,<sup>147)</sup> für das österreichische Recht aber eben so gewiß zu verneinen ist (näheres bei §§. 8 und 12); 3) ob der communis doctorum opinio eine äußere Autorität zukomme? was heut zu Tage mit gutem Grund allgemein verneint wird; 4) ob die berichtigende und entwickelnde Auslegung oder die analogische Anwendung neues Recht schaffe? ersteres ist schlechthin zu verneinen,<sup>147a)</sup> letzteres nicht ebenso; die wahre Antwort liegt u. E. zwischen dem Ja<sup>148)</sup> und Nein<sup>149)</sup> in der Mitte,<sup>150)</sup> jedoch näher dem letzteren. Wenn man bei dem „Schaffen“ ein freies Wollen in jenem Sinne, wie es (sehr verschieden von launenhafter Willkür) dem Gesetzgeber zukommt, mitdenkt, dann ist die Frage zu verneinen; denn der Richter (oder juristische Schriftsteller) hat die fraglichen Fälle nicht nach seinem Gutdünken, nicht nach seinem Rechtsgefühl, sondern aus dem Geiste des Gesetzes heraus, im Sinne des darin enthaltenen Rechtes zu entscheiden. Will er loyal sein, so kommt nur sein Erkennen, nicht sein Wollen in Bewegung. Ein so „Gesundenes“ kann nicht ganz neu sein; es war schon früher ein latenter Bestandtheil des Rechtes, bevor ihn der Jurist als solchen erkannte. Auch aus einem anderen Grunde aber ist die Bezeichnung der Analogie als einer Rechtsquelle eine bedenkliche; denn eine Gleichstellung mit dem Gesetze ist dadurch verboten, daß dem Resultate eines solchen juristischen Denkens gar keine äußere Autorität (von der einzelnen res iudicata abgesehen) zukommt, daß es fortwährend der Prüfung auf seine innere Wahrheit hin unterliegt.<sup>151)</sup> Neu ist aber das Resultat im Sinne des Wachsthums, oder um den subjectiven Antheil des Rechtsfindenden hervorzuheben: im Sinne der Erziehung. Gesetz und Analogie verhalten sich wie Er-

<sup>145)</sup> Vgl. Windscheid I (4. Aufl.) S. 59.

<sup>146)</sup> S. die bei Unger §. 6 Note 1 Citirten, insbes. Thöl Einl. S. 55, dann Unger (S. 6) selbst, Windscheid §. 16 Note 8, Goldschmidt §. 34, Brinz §. 32, Menger §. 11 Note 2 und 3.

<sup>147)</sup> Juristisches Gewohnheitsrecht, usus fori, „Juristen-Recht“; letzterer Ausdruck wird in verschiedenen Bedeutungen gebraucht. S. Unger und Windscheid a. d. a. D., Harum (s. oben S. 127 Note 6) S. 18 f.

<sup>147a)</sup> Die gegentheilige Ansicht Thöl's (S. 58) dürfte vereinzelt dastehen. Gegen sie Unger §. 13 Note 6.

<sup>148)</sup> Für „Ja“ stimmt am entschiedensten Thöl §. 55 pr.

<sup>149)</sup> Für „Nein“: Unger S. 43, Windscheid a. a. D. Ebenso muß nach v. Sahn S. L Note 100 in „jeder analogen Anwendung . . . ein Act der Rechtsfindung, nicht der Rechtschaffung gefunden werden.“ Vgl. auch Harum S. 26, 36 (Note 43).

<sup>150)</sup> Ähnlich, aber doch anders, Goldschmidt insbes. S. 304; wieder anders Brinz in der Münchener krit. Bjschft. XV S. 165: „Analogie ist der einzige Weg, auf dem der Richter neues Recht anbahnt (nicht schafft).“ Zu vermitteln sucht auch Menger §. 11 Note 3; wenn er Eingangs die analogische Rechtsanwendung „wesentlich eine rechtschaffende“ nennt, so stimmt er mit „Ja“ (wie Thöl), wenn er aber dann alle Verjüche, neben Gesetz und Gewohnheit eine dritte Rechtsquelle zu entdecken, entschieden verwirft, stimmt er mit „Nein“, — ein anscheinender Widerspruch, der vielleicht dahin aufzulösen ist, daß M. einerseits das Resultat des analogischen Denkens für neu hält, andererseits ihm jede äußere Autorität abspricht. Vgl. das im Texte Folgende.

<sup>151)</sup> Vgl. Unger S. 43, Windscheid a. a. D.

zeugung und Erziehung von Recht. Diese besteht in einem Weiterbilden, Weiterführen, producere des Rechtes, und nur in diesem Sinne ist die Thätigkeit des Richters eine productive.

III. Der Richter darf deshalb, weil das Gesetz für den ihm vorgelegten Fall keine unmittelbar anwendbare Anordnung enthält, die Entscheidung nicht verweigern oder bis zur erfolgten gesetzlichen Normirung aufschieben.<sup>152)</sup> Er muß die Lücken des Gesetzes ausfüllen;<sup>153)</sup> wie er dies zu thun habe, bestimmt eben §. 7. Er verweist den Richter zunächst auf „ähnliche in den Gesetzen bestimmte entschiedene Fälle“ d. h. auf die sogen. Gesetzes-Analogie.<sup>154)</sup> Ein Fall ist aber dann dem anderen „ähnlich“, wenn dieselbe ratio iuris<sup>155)</sup> hier wie dort zutrifft.<sup>156)</sup> (Daß singuläre Vorschriften, d. h. solche, die contra rationem iuris eingeführt sind, nicht analog angewendet werden können, versteht sich demnach von selbst.) Ist nun jene ratio iuris der nächste Rechtsatz, so ist das Verfahren dieses: man vergleicht den normirten und den fraglichen Thatbestand und findet, daß ihre Unterschiede so nebensächlich sind, daß der Gesetzgeber ihnen gewiß keinen Einfluß auf die legislative Entscheidung eingeräumt hätte.<sup>157)</sup> Das heißt aber doch nichts anderes, als daß der Rechtsatz durch Aufnahme eines unwesentlichen Momentes zu eng formulirt wurde. Hier liegt — trotz allen gegentheiligen Versicherungen der herrschenden Ansicht — der Indifferenzpunkt zwischen erweiternder Auslegung und Analogie. Denn welchen relevanten Unterschied soll das begründen, ob der Gesetzgeber einen Fall vergessen hat, oder an ihn nicht denken konnte, weil er damals gar nicht vorkam?<sup>158)</sup>

<sup>152)</sup> S. den berühmten art. 4 des Code Nap. Unser §. 7 enthält implite die gleiche Vorschrift; nur spricht er sich über das Wie der Ergänzung aus, was art. 4 nicht thut (weshalb Zeiller im Vortrage v. 1808 diesen Art. tabelt). — Man spricht da — harmloser, aber unnötiger Weise — von einer „Fiction der Vollständigkeit der Gesetze“. S. z. B. Menger S. 11 Note 2.

<sup>153)</sup> Brinz (in der Münchener krit. Vischt. XV S. 164 und in den Pand. S. 129) sagt: es gibt keine Lücken im Rechte. Aber — antworten wir — in den Gesetzen; und damit darf man sich doch nicht zufrieden geben: es sei dann „lebiglich eine Lücke auf Seiten des Rechtsuchenden.“ Wenn die Richter zu einer Zeit, wo noch kein Gesetz der damals neuen Erfindung der Photographie gedachte, die photographische Nachbildung eines Stiches als unstatthafsten Eingriff in das Urheberrecht erkannten, walteten sie ihres Amtes über? hätten sie einfach erklären sollen: „es sind die Voraussetzungen zu einer actio nicht da“ —? Auch schließt ja Brinz selbst die Analogie nicht aus (Pand. S. 127 f.). Was also ist es mit dem „Abwahren“? Ein Urtheil, das nicht dem Rechte gemäß ist, ist ein Unrecht. Unsere Gerichte sind weder römische Magistrats-, noch courts of equity. — Ohne Zweifel denkt Brinz dabei an die Möglichkeit, daß das Resultat jener Operation gewohnheitsrechtliche, also von der Nichtigkeit der Operation unabhängige Geltung (Windscheid a. a. O.) erlangen könne. Wahr; aber andererseits ist zu bedenken, daß wenn die Denkoperation richtig war, in ihr ein vorhandenes, nicht ein Zukunfts-Recht, ausgesprochen wurde. Es ist daselbe Verhältniß wie zwischen doctrineller und usuellem Auslegung.

<sup>154)</sup> Unger S. 10 Note 30.

<sup>155)</sup> Von diesem Begriffe ist bei §. 6 unter Nr. IV ausführlich gehandelt worden. — Daß die ratio legis und vollends die occasio legis hier unverwendbar sind, bedarf kaum der Erinnerung.

<sup>156)</sup> Es ist unklar gedacht, wenn die Meisten (selbst Unger S. 64) zur Analogie erfordern: a) Gleichheit der ratio iuris, b) Ähnlichkeit der Fälle. Die Ähnlichkeit liegt ja in dem gemeinschaftlichen allein relevanten Thatbestand. Die ratio iuris ist der von den Zufälligkeiten seiner historischen Erscheinung gereinigte Rechtsatz. Ein Rechtsatz ist die Beziehung einer Anordnung auf einen abstracten Thatbestand; Anordnung und Thatbestand lassen sich da so wenig trennen, als in einem logischen Urtheil Subject und Prädicat. Es ist demnach jene Unterscheidung angeblich zweier Erfordernisse, die in Wahrheit eines sind, unlogisch.

<sup>157)</sup> Vgl. Thöl S. 141 (pr. und M. 1).

<sup>158)</sup> Man denke an neue Erfindungen (vgl. Note 153). — Wir und Andere haben schon öfter in dieser Materie die Einkränkungen des legislator und des testator verglichen. Auch hier bietet sich uns ein solcher Vergleich dar: nach §. 778 a. b. G. B. macht es

Freilich gibt es hinwieder auch Fälle, wo von einer Correctur der Fassung keine Rede sein kann, wo z. B. der Gesetzgeber, selbst wenn er an den Fall gedacht hätte, ihn an der betreffenden Stelle gewiß nicht normirt haben würde. Die §§. 707, 708 handeln von bedingten Erbeinsetzungen und Legaten, sind aber auch auf bedingte Erbverzichte analog anzuwenden (darüber bei §. 551), obgleich Niemand dem Gesetzgeber hätte zumuthen können, dort von Erbverzichten zu reden. Die Analogie aber gründet sich in dem Gemeinsamen der Fälle, namentlich darin, daß auch beim Erbverzicht der Wille des Erblassers mitthätig in die Ordnung der Verhältnisse nach seinem Tode eingreift. — Es läßt sich hier überhaupt eine Reihenfolge nur graduell verschiedener Thätigkeiten von wahrer Auslegung bis zu einer (scheinbar) ganz freien Behandlung des Gesetzes nachweisen. Die nächste Stufe betritt der Jurist damit, daß er in zwei oder mehreren Rechtsfällen einen gemeinschaftlichen Gedanken aufdeckt. Es ist keine logische Nothwendigkeit, daß der Gesetzgeber einen Gedanken, der zweimal wiederkehrt, überall durchgeführt wissen wollte. Es müssen historische und anderweitige Erwägungen darüber entscheiden, ob jener Gedanke *ratio iuris* oder bloß *ratio legis* sei. In je mehr Rechtsfällen er wiederkehrt, um so wahrscheinlicher ist er *ratio iuris* d. h. der höhere Rechtsatz, das Princip der mehreren untergeordneten Rechtsätze.<sup>159)</sup> Dieses Verfahren stimmt mit dem früher beschriebenen nicht ganz überein, und doch sind die Fälle nur graduell verschieden wegen der Relativität des Begriffes „höherer Rechtsatz“ (vgl. oben N. 88). Aus dem höheren Rechtsatz, falls er nur wirklich ein solcher und nicht ein bloßer legislativer Gesichtspunkt ist, dürfen alle Folgesätze gezogen werden.<sup>160)</sup> Sowohl diejenigen Sätze, aus welchen der höhere Rechtsatz abstrahirt („aufgeleitet“ wie Thöl S. 140 sagt) wurde, als die im Gesetze nicht erwähnten aus dem Princip „abgeleiteten“ Sätze, sind so zu sagen Geschwister. Man kann hier ebenso gut, wie bei der früher besprochenen Stufe der Analogie sagen, der in den Gesetzen nicht normirte Fall werde mit Rücksicht „auf ähnliche, in den Gesetzen bestimmt entschiedene Fälle“ (§. 7) entschieden; somit ist auch diese Stufe zur „Gesetzes-Analogie“ zu rechnen, während Andere sie schon zur „Rechts-Analogie“ zählen.<sup>161)</sup> Von Rechts-Analogie sprechen wir besser dann, wo die „*similia*“, das „*ad instar*“ uns im Stiche lassen und wir zu einer freieren Thätigkeit genöthigt werden, wo wir nach den „Gründen verwandter Gesetze“ (§. 7) forschen, mit andern Worten, auf höhere und darum auch vagere, in unmittelbarer Anwendung auf concrete Fälle nicht mehr ganz zuverlässige Rechtsgedanken zurückgehen müssen. Meist wird man dabei aus dem Wesen eines ganzen Rechtsinstitutes heraus dessen nicht normirte Theile zu entwickeln haben.<sup>162)</sup> Die höchste Stufe richterlicher Freiheit, auf die er aber immer nur nothgedrungen sich stellen darf, ist die

---

keinen Unterschied, ob das aus Irrthum übergangene Kind schon zur Zeit der Testamentserrichtung vorhanden war oder erst später geboren wurde. — In je beiden Fällen drückt sich in dem Uebergehen hier des Kindes, dort des Falles keine Absicht des testator bez. legislator aus. Und dies Gemeinschaftliche ist doch offenbar auch das einzig Relevante. Wäre das Uebergehen erkennbarer Weise ein absichtliches, dann hätte weder eine erweiternde Auslegung, noch eine Analogie, sondern ein *arg. a contrario* Platz zu greifen.

<sup>159)</sup> Vgl. Thöl S. 141 (Mitte). — Beispiel: Die mehrerwähnte Nachweisung des Repräsentations-Princips im österr. Erbrechte.

<sup>160)</sup> Vgl. Brinz S. 127. — Goldschmidt §. 34 Note 4 (die Worte stehen durch Druckversehen zum Theile in Note 2): „Analogie ist Deduction mit vorgängiger Findung (Abstraction) des nicht ausgesprochenen Princip.“ — Vgl. auch die etwas abweichende Auffassung bei Menger S. 124 ff.

<sup>161)</sup> So z. B. Thöl S. 142: „Je nachdem nur zu einem oder zu mehreren Rechtsfällen das Princip gefunden und angewandt wird, ist die Analogie Gesetzes = Analogie oder Rechts = Analogie.“ — Selbstverständlich liegt aber gar nichts daran, ob man sich in irgend einem Falle dieses oder jenes Ausdrucks bedienen will.

<sup>162)</sup> Vgl. Unger S. 65 ff. insbes. das Beispiel in Note 32.

Entscheidung „aus dem Geiste des Gesetzes“<sup>162a)</sup> heraus. Zu oft ist dies Wort von Schriftstellern, Richtern und Anwälten mißbraucht worden, als daß es nicht discreditirt sein sollte. Und dennoch ist es keine leere Phrase, braucht es wenigstens nicht zu sein. Milde gegen den Schuldner liegt ebenso gewiß im Geiste des österreichischen (s. z. B. §§. 656 pr., 906, 889, 915 pr., 1416, 1420 a. b. G. B.), als Strenge gegen ihn im Geiste des altrömischen Rechtes. Zurücksetzung der Frauen lag gewiß im Geiste der germanischen Rechte, während in's römische Privatrecht dieser Gedanke (Voconiana ratio) erst später eingebracht ist, und im österreichischen Recht die Gleichberechtigung unzweifelhaftes Princip ist. Begünstigung der individuellen Freiheit und der des Eigenthums ist ebenso eine nachweisbare Tendenz unseres Gesetzbuches (s. z. B. §§. 148, 149, 484, 493, 614, 831, 832), als die Zurückdrängung des fiscalischen Heimfallsrechtes auf die äußersten Fälle (§§. 726 i. f., dann §§. 731, 759, 760)<sup>163)</sup> u. dgl. m. Eine solche Tendenz wird freilich selten für sich allein, um so öfter aber mit anderen Erwägungen zusammen bei der Entscheidung eines Rechtsfalles den Ausschlag geben. — Daß die Analogie bei Anwendung eines so kurzgefaßten Gesetzbuches, wie das unsere ist, eine große Rolle werde spielen müssen, das sahen die Redactoren ein.<sup>164)</sup>

IV. Wie die Analogie der interp. extensiva, so läßt die Beseitigung der Widersprüche („Antinomien“) der interp. restrictiva parallel.<sup>165)</sup> Oft ist der Widerspruch nur ein scheinbarer, indem sich die eine Stelle als „abgestorbenes Element des Rechtssystems darstellt,“ sog. historische Vereinigung, die aber eigentlich keine ist, weil dann „ein Widerspruch zweier geltender Rechtsätze überhaupt nicht vorhanden ist.“<sup>166)</sup> Oder: der Widerspruch besteht erkennbarer Weise nur in den Formeln, nicht in den gesetzgeberischen Gedanken; dann handelt es sich eben nur um einschränkende Auslegung. Betrifft dagegen der Widerspruch unzweifelhaft die Gedanken, dann liegt wahre Antinomie vor. Widersprechen sich die beiden Gedanken direct, dann hat der Richter den ihm consequenter und angemessener erscheinenden zu wählen.<sup>167)</sup> Ein solcher Fall kommt aber im allgemeinen bürgerl. Gesetzbuch nirgends vor. Dagegen kommt es in jedem Gesetze vor, daß sich einzelne Dispositionen theilweise widersprechen. Welche dann zu Gunsten der anderen ein Stück ihres Gebietes aufgeben müsse, wie eine durch die andere zu modificiren sei, wird der geübte Jurist mit Hilfe des systematischen

<sup>162a)</sup> Vgl. Bab. Landr. Art. 4 a.

<sup>163)</sup> Eine Tendenz, welche freilich zuweilen in den Urtheilen der Gerichte verleugnet erscheint!

<sup>164)</sup> Vgl. z. B. folgende Aeußerung: Wenn der Gesetzgeber die gewöhnlicheren Verträge geregelt hat, so lassen sich hieraus die selteneren leicht beurtheilen (Prot. 21. Jänner 1805).

<sup>165)</sup> Vgl. hierzu Menger's treffende Bemerkungen auf S. 118, 126, 127. Die Lehre von den Antinomien hat für unser Recht eine viel geringere Bedeutung, als für das gemeine, für welches zu vgl. ist Savigny S. 264 ff.

<sup>166)</sup> Menger S. 127. Ueber andere Fälle bloß scheinbarer Widersprüche s. Windscheid §. 23 Nr. 3.

<sup>167)</sup> Vgl. Arndts §. 13. — Wenn Buchta Pand. §. 19 a. E., Windscheid §. 23 a. E., Brinz §. 32 a. E. behaupten, der betreffende Punkt sei als gar nicht positiv normirt zu behandeln, und damit dem Richter das Recht zusprechen, eine dritte von beiden völlig verschiedene Entscheidung zu treffen, so ist das doch bedenklich. Denn wissen wir auch nicht, welcher der beiden widersprechenden Sätze dem wahren Willen des Gesetzgebers gemäß ist, so wissen wir doch gewiß, daß der dritte ihm nicht gemäß ist. — Im vorigen Jahrb. war man sehr geneigt, Widersprüche anzunehmen, um Raum zu bekommen für das eigene Outdenken, „gerade als ob widerstreitende Gesetze sich durch sich selbst aufrieben und dadurch dem Naturrecht ein völlig freies Feld verschafften.“ (Exhibant S. 57, der seinerseits — wegen l. 12 Cod. I 14 — keine Hilfe sah, als in der authentischen Interpretation, S. 56.)

Elementes, des arg. a maiori ad minus oder a minori ad maius u. dgl. unschwer erkennen.<sup>165)</sup>

V. Auch die interp. abrogans (im engeren Sinne) hat auf diesem Gebiete der Rechtsfindung ein Seitenstück: die qualitative Berichtigung eines gesetzgeberischen Gedankens, nicht blos des Ausdrucks. Auf den ersten Blick scheint eine solche Operation durchaus unstatthaft. Und gewiß ist es unstatthaft, an die Stelle des Willensinhaltes des Gesetzgebers einen anderen zu setzen. Nun scheinen aber Willensinhalt und Vorstellung einander zu decken. Dennoch ist es nicht immer so. Namentlich wo der Gesetzgeber praktische Anweisungen (z. B. Berechnungsarten) dem Richter an die Hand gibt, können diese unrichtig gedacht sein, so daß sie zur Durchführung des unzweifelhaften Willens des Gesetzgebers sich als untauglich erweisen. Hier wird der Richter dem Willen des Gesetzgebers, nicht seiner unrichtigen Vorstellung folgen. Lehrreich ist die Betrachtung des §. 793 und des §. 794. Beide sind, vom Standpunkt wissenschaftlicher Kritik aus betrachtet, verfehlt. Den Denkfehler im §. 793 werden wir emendiren, dem meritorisch verfehlten Gedanken des §. 794 müssen wir uns fügen. Die Correctur des §. 793 ist dem Willen des Gesetzes gemäß, die des §. 794 würde eine Aenderung des Gesetzes bedeuten. Bei §. 793 verfahren wir mit der Erklärung des Gesetzgebers ganz ähnlich, wie er selbst im §. 558 i. f. uns anweist, daß wir in einem ähnlichen Falle mit einer Erklärung eines Testators verfahren sollen. Hiemit ist aber auch schon die äußerste Grenze erreicht, bis zu der die Correctur der Gesetze durch den Anwendenden gehen darf, nur daß das „Dürfen“ zugleich ein „Müssen“, das Recht zugleich eine Pflicht ist. —

#### D. Naturrecht.

I. Der Schlußsatz des §. 7 weist den Richter an, einen Rechtsfall, der weder aus dem Gesetze noch aus der Analogie entschieden werden kann, „mit Hinsicht auf die sorgfältig gesammelten und reiflich erwogenen Umstände nach den natürlichen<sup>169)</sup> Rechtsgrundsätzen“ zu entscheiden. Nicht ohne Bedenken wurde eine so freie Thätigkeit dem Richter gestattet. Schon erwähnt haben wir den Vorschlag des Kärnthner Landrechtes, daß, wenn man überhaupt eine solche Entscheidung gestatte, sie jedes Mal von Amtswegen dem oberen Richter vorgelegt werden müßte. Eine Stimme in der „vormaligen Revisions- = Hofcommission“ wollte den Richter verbinden, „bevor er auf die natürlichen Rechtsgrundsätze übergeht, eher noch auf die vorhin angenommenen und bestandenen Grundsätze des gemeinen und des Provinzial-Rechtes Rücksicht (zu) nehmen;“<sup>169a)</sup> wogegen Zeiller (4. Bänder 1802) bemerkt: „wenn ein Provinzialrecht besteht,<sup>170)</sup> so

<sup>165)</sup> Manchmal wird es praktisch keinen Unterschied machen, ob der Gesetzgeber unrichtig gedacht oder unrichtig sich ausgedrückt hat. Manchmal aber wird das Resultat der Behandlung von Antinomien und das der einschränkenden Auslegung ganz verschieden sein. Beispiel: weil wir wissen, daß §. 609 nur ungenau abgefaßt ist, so schränken wir ihn durch §. 774 ein. Wäre hingegen der Inhalt von §. 609 so allgemein gewollt, als gesagt, so müßte der allgemeinere Satz (§. 774) vor dem besonderen (§. 609) zurücktreten. Und hiebei wäre es dann gleichgültig, ob §. 774 wirklich als durchgreifender Grundsatz gewollt wäre (wo eine eig. Antinomie vorläge); oder aber nur aus Ungenauigkeit, wenn das überhaupt eine wäre, bei der Regel der Ausnahme nicht gedacht sein würde.

<sup>169)</sup> Im Westf. G. B. §. 19 hieß es „allgemeinen und natürlichen“; ein Mitglied der Innsbrucker Facultät beantragte die Streichung des ersten Beiwortes, damit man nicht an das gemeine (röm.) R. denke.

<sup>169a)</sup> Vgl. oben S. 85 Note 26.

<sup>170)</sup> Der Entschluß, die Provinzialrechte aufzuheben, rührt (wie schon erwähnt) aus späterer Zeit her. Vgl. S. 79 Note 7, S. 80 Note 17 und unten bei §. 11.

verstehe es sich ohnehin, daß dieses den Vorzug vor den natürlichen Rechten behauptete. Das gemeine aber d. i. das römische Recht, soll ja eben durch das neue Gesetzbuch aufgehoben werden (oben S. 84 ff.), und die allgemeinen Grundsätze des gemeinen Rechtes seien auch nur natürliche Rechtsgrundsätze.“<sup>171)</sup> Indeß wollte auch er nicht leugnen, daß das in obigem Satze dem Richter eingeräumte Befugniß „ein Uebel“ sei, „besonders da die Richter oft eben keine gründlichen Rechts-Philosophen sind,“ aber — fügte er hinzu — „ein Uebel, das nicht ganz gehoben werden könne;“ man müsse nur streben, „dem besorgten Mißbrauche soviel möglich Grenzen zu setzen.“ Und in seinem Commentar (I S. 66—69) ermahnt er den Richter in eindringlicher Weise, nur im äußersten Falle, „wo der bürgerliche Codex schlechterdings nicht ausreicht,“ auf jene Rechtsquelle zurückzugehen.

Es ist unter den österreichischen Juristen bestritten, was unter den „natürlichen Rechtsgrundsätzen“ zu verstehen sei. Zeiller, der hierin ein durchaus classischer Zeuge ist, umschreibt jene Worte mit „Philosophie des Rechts, Naturrecht“<sup>171a)</sup> (S. 65), „Vernunft-Codex“ (S. 66), und es hätte dies Zeugniß nie in Zweifel gezogen werden sollen.<sup>172)</sup> Aber damit ist die Sache nicht abgethan. Denn die Frage ist nun, wie sich die Redactoren diese Thätigkeit des Richters vorgestellt haben. Die Meinung, daß der Richter in irgend einem Compendium, etwa in einem bestimmten (z. B. dem Büchlein Zeiller's), die Entscheidung zu suchen habe,<sup>173)</sup> muthet den Redactoren eine kindische Bornirtheit zu, von der sie frei waren. Bekanntlich waren diese Compendien meistens sehr dürftig; wie hätte also der Richter dort eine Antwort auf besonders schwierige casuistische Fragen suchen sollen?! Nicht eine schülerhafte, sondern die freieste überhaupt noch statthafte Thätigkeit, deren Nethlichkeit mit der legislativen ausdrücklich betont wurde,<sup>174)</sup>

<sup>171)</sup> Vgl. Rotted in seinem Staatslexikon, Art. Naturrecht (1. Aufl. IX S. 517): „Die römische Rechtsgesetzgebung ist ihrem vorherrschenden Charakter nach (und abgesehen von den aus besonderen politischen, religiösen und sittlichen Verhältnissen gestoffenen Substituten) hlos eine positive Verklündung und, wo es Noth thut, nähere Bestimmung des Vernunftrechtes.“ Zachariä S. VII: „Denn überhaupt ist das röm. R. größtentheils ein in seinen Folgerungen dargestelltes Naturrecht.“ Vgl. Dalwigk Erbrecht I S. XIII, XXI. S. auch Dernburg Preuß. Pr. R. I S. 6 Note 8; dann oben S. 85 Note 26.

<sup>171a)</sup> Die beiden Ausdrücke sind synonym gemeint. Man könnte auf den Gedanken kommen, der erstere Ausdruck gehe auf die sog. Philosophie des positiven Rechtes und der Beistrich stehe für ein „und“; aber S. 2 Note zeigt, daß Zeiller diese Disciplin „Gesetz-Philosophie“ nannte. Vgl. noch Vortrag 5. Febr. 1810: „Die Philosophie der Gesetzgebung befreit die Zulässigkeit dieser Strafe“ (nämlich der Ehrlosigkeit) und Zeiller Nat. Pr. R. §. 19.

<sup>172)</sup> Mit Zeiller übereinstimmend: Schuster S. 156, Rippel I S. 86, Kostelky S. 124, Unger §. 11. Nagel in Haimel's Wtschft. X S. 123 ff. Abweichend: Wagner Krit. Handb. des Wechselrechts (1823) §§. 20, 21, Winiwarter I S. 83 ff., Berger in der Ztschft. f. österr. R. G. v. 1843 I S. 253—260, krit. Beitr. S. 116—121, Stubenrauch (1. Aufl.) I S. 96 f., (2. Aufl.) I S. 48; Basevi (6. Aufl.) p. 19 (nicht Naturrecht, sondern Philosophie des positiven Rechtes). Für die übrigen ital. Comm. existirt die Streiffrage nicht (s. unten S. 197 Note 179).

<sup>173)</sup> So plattlin ist das u. W. auch von keinem Schriftsteller behauptet worden, auch nicht von Schuster S. 156, wenngleich seine Aeußerung noch immer „naiv“ genug ist (Berger in der Ztschft. v. 1843 I S. 255 f.).

<sup>174)</sup> Nach den später im Text (bei Note 181, 182) mitgetheilten Sätzen heißt es weiter: „Die Vernunft läßt keine Frage ihres Schreffes unbeantwortet, . . . und so kann ein Gesetz allerdings vollständig sein, wenn man“ (d. h. der Anwendende) „bis auf die Vernunft zurückgeht.“ Nur darf freilich Willkür des Richters bei der Auslegung doch nicht stattfinden.“ — Wichtig also umschreibt Unger S. 70 den Sinn von §. 7 i. f. so: „Man habe aus denselben Quellen zu schöpfen, aus welchen der Gesetzgeber selbst geschöpft habe.“

sollte durch §. 7 i. f. dem Richter gestattet werden.<sup>175)</sup><sup>176)</sup> Man glaubte eben, daß die „allgemeinen Rechtswahrheiten (Rechtsgrundsätze, Principien des Rechtes)“<sup>176a)</sup> eine von subjectivem Meinen unabhängige ewige Geltung haben (ähnlich wie die Naturgesetze), so daß bei hinreichender Begabung und Bildung und erstem redlichen Streben Jeder gleichmäßig sie erkennen mißte.<sup>177)</sup> Wenn schon damit der Unterschied zwischen den entgegenstehenden Behauptungen der in Note 172 Citirten (Naturrecht einerseits — Entscheidung aus der „Natur der Sache“, den allgemeinen Principien und dem System des Gesetzbuches andererseits) sich verringert, so löst sich der ganze Streit in Harmonie auf, sobald man bedenkt, daß nach der Vorstellung der Redactoren ein Gegensatz zwischen den allgemeinen Principien des Vernunftrechtes und denen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches nicht zugegeben werden darf.<sup>178)</sup> Und auch die dritte Gruppe von

<sup>175)</sup> Nur so hat das Betonen der Gefährlichkeit dieser richterlichen Macht einen Sinn. Nur in diesem Sinne ist zu verstehen die Besorgniß, der Richter werde „oft kein gründlicher Rechtsphilosoph“ sein; denn zu glauben, daß er in den Compendien des Naturrechtes sich schwerer als im Gesetzbuche zurecht finden werde, dazu war bei dem damaligen Studienplan kein Grund vorhanden. Nur so ist es zu verstehen, daß Zeiller möglichst selten von dem §. 7 i. f. Gebrauch gemacht wissen will; diese Entscheidungsquelle, wenn man ihr eine mehr als bloß subsidiarische Geltung einräumte, ließe „der Beurtheilung und Willkür des Richters ein zu weites Feld, wo es ihm, besonders da selbst die Rechtsphilosophen in Beantwortung mancher Rechtsfragen nicht einig sind, sehr leicht fielen, sein ungerechtes und parteiliches Urtheil mit seiner inneren (philosophischen) Ueberzeugung zu entschuldigen“ (Comm. I S. 66); so lange noch irgend eine Entscheidung aus dem Gesetze möglich ist, dürfe man den Fall nicht „in das freie Feld des unbefchränkten Raisonnements . . . hinüber zu spielen suchen“. — Vgl. Rotteck (a. a. D. S. 533): „Uebrigens sind bei fast keiner Wissenschaft (die Mathematik etwa ausgenommen) die Auctoritäten von so weniger Beweisraft als im Vernunftrecht. Keineswegs die Meinungen einzelner Gelehrten . . . sind in höchster Instanz entscheidend im Vernunftrechte; sondern bloß das Anerkenntniß des gefunden (folglich auch unbefangenen, von . . . Parteiinteressen freien) allgemeinen Menschenverstandes.“

<sup>176)</sup> Pöschky S. 124 sagt: Durch §. 7 sei „der Vernunft-Coder als ein Subsidiarrecht in unsern Civil-Coder ausgenommen, wie er es schon nach den böhmischen Stadtrechten A. 37 war.“ — Die Stelle lautet in der deutschen Bearbeitung, die 1720 in Wien erschien, so: „Legis deficiente sana ratio vim legis habere debet, sintermalen wo das beschriebene Recht mangelt, in solchem Falle soll man dem Verstand und der klaren (sic) Gerechtigkeit . . . folgen, dann unter allen Rechten ist guter Verstand, der von Gott in der Menschen Sinn eingegossen ist, das höchste und fürnehmste Recht, derselbe wird allen denen frommen Richteren und Liebhaberen der Gerechtigkeit den Weg weisen, wie sie sich in den fürfallenden Sachen, wo das geschriebene Recht nicht genuglam ausgeseket, gegen deren Partem verhalten sollen; berowegen werden die Geschwornen vermög ihres guten Gewissens, wohin sie ihr Verstand und menschlicher natürlicher Sinn hinführt, wol wissen ihre Stimme zu geben, wie es also recht und billig ist.“ — Unser §. 7 (und übereinstimmend das bairische Landrecht a. 4<sup>e</sup>) enthält denselben Gedanken aus dem Latein in's Gelehrte übersezt.

<sup>176a)</sup> Statt „natürliche Rechtsgrundsätze“ finden sich oft die obigen Umschreibungen, z. B. in der Beilage zum Vortrag v. 19. Jan. 1808; vgl. Prot. 11. Juli 1803, Prot. 6. Febr. 1804 (zu §. 609) und oben S. 46 Note 252, dann Westfal. G. B. I §. 19.

<sup>177)</sup> Wichtig Nagel a. a. D. S. 126: „Dieses Naturrecht wurde in jener Zeit als ein objectives angesehen, so daß man bei der Entscheidung nicht etwa an ein bestimmtes System des natürl. Pr. R. gebunden, sondern vielmehr berechtigt sein sollte, bei dem gegebenen Rechtsfalle frei nach jenem natürlichen Principe zu forschen, welches nach jeweiliger Einsicht jenem idealen Rechte entspreche.“

<sup>178)</sup> Zeiller Comm. Vorrede S. XV, dann S. 1, 21 f., 54, 65 f. mit Vortrag v. 1801 (oben S. 52 N. 275). Man (z. B. Winivarter) hat auf das Erbrecht und die Erstgung, die von Vielen als im Naturrecht nicht begründet erklärt wurden, hingewiesen. Ueber solche Widersprüche halfen sich aber die Naturrechtslehrer damit hinweg, daß sie die Unentbehrlichkeit jener Institute für den staatlichen Zustand anerkannten. Noch könnte man gegen Obiges auf die unter den Naturrechtslehrern bestehenden Streitfragen (s. Pfaff S. 288) und auf die Möglichkeit hinweisen, daß der Richter sich für andere Principien entscheide, als der Gesetzgeber. Thäte er es absichtlich, so verstieße er gewiß gegen die Absicht

Schriftstellern,<sup>179)</sup> welche in verschiedenen Nebewendungen auf die naturalis ratio oder iustitia u. dgl. der römischen Quellen hinweist, würde kaum von Seite der Redactoren einen entschiedenen Tadel erfahren haben.<sup>180)</sup> Denn trotz dem wunderlichen (bildlichen) Ausdruck „Vernunft-Codex“ dachten sie sich das Verhältniß des Vernunftrechtes zum bürgerlichen Rechte nicht wie das zweier Gesetzbücher (etwa a. b. G. B. und Justin. G. B.), sondern wie das eines ius scriptum und eines ius non scriptum, und zwar dieses als ewiges Recht, jenes als seine einzelne historische Erscheinung (Modification). — Diese ganze Auffassung wird dadurch bestätigt, daß die Anordnung des §. 7 von Zeiller als eine eigentlich selbstverständliche betrachtet wurde.<sup>180a)</sup> „Der Gesetzgeber ist nur das Organ der rechtlichen Vernunft,“ die „ursprünglich alle Rechte gibt.“<sup>181)</sup> Er wendet „die von der Vernunft gegebenen allgemeinen Rechtsvorschriften nur auf die mannigfaltigen Verhältnisse und die Geschäfte des bürgerlichen Lebens an (und) bestimmt sie genauer.“<sup>182)</sup> Dabei hat er einerseits sich einer zu weit führenden Casuistik zu enthalten, andererseits die allgemeinsten Rechtsätze der Rechtsphilosophie zu überlassen.<sup>183)</sup> Soweit also das Gesetzbuch keine positiven Bestimmungen, d. h. genauere Ausgestaltungen oder auch Modificationen der natürlichen Rechtsgrundsätze enthält, gelten sie in ihrer ursprünglichen Allgemeinheit. Dies wird dem Richter in §. 7, dem Bürger in §. 17 in Erinnerung gebracht.<sup>184)</sup><sup>185)</sup> —

Noch sind einige Einwendungen zu widerlegen: 1) Von der einen Seite (Unger §. 11 R. 15) wird eingewendet: diese Thätigkeit des Richters unterschiebe sich ja dann nicht wesentlich von der Rechtsanalogie, von der in dem früheren Satze des §. 7 die Rede sei. Nun zählen auch wir (f. S. 192) die

des §. 7; freilich könnte er es aus Irrthum thun; aber gerade darum wurde ja die Gefährlichkeit des Schlusses von §. 7 von den Redactoren anerkannt.

<sup>179)</sup> Es sind die ital. Commentatoren (mit Ausnahme des schon in Note 172 cit. Basevi), nämlich: Taglioni, der „il diritto naturale“ kurzweg auf die „praecepta“ der l. 10 §. 1 D. I, 1 juridiführt, Carozzi I p. 115 sq., der l. 2 §. 5 D. 39, 3, l. 7, D. 48, 20 („ratio naturalis quasi lex quaedam naturalis“) anführt, Mattei I p. 41 Note 3, der l. 13 §. 7 D. 27, 1 („sufficit firmare ex ipsa naturali iustitia“) hinzusetzt, Foramiti I p. 36 sq., dessen Umschreibung mit „equità naturale“ (unter unpassender Hinweisung auf l. 4 i. f. D. 13, 4) die bebenklichste ist.

<sup>180)</sup> Vgl. oben im Texte nach Note 171. Daß andererseits den Redactoren das römische R. (als angebliche ratio scripta) nicht identisch war mit dem Vernunft-R., versteht sich von selbst, und wird durch eben denselben Ausdruck sowie zahllose andere bewiesen. So wird gelegentlich (f. z. B. bei §. 931 Prot. 13. Mai 1805) von irgend einer Bestimmung gesagt: sie entspreche weder dem gemeinen R., noch der natürlichen Gerechtigkeit.

<sup>180a)</sup> Ebenso Kottel a. a. D.: „Ist aber das Vernunftrecht die Grundlage der positiven Rechtsgesetzgebung gewesen, . . . so muß es auch als Erklärungsquelle derselben dienen (f. dagegen Unger S. 94 Anm. 1) . . . Es wird dann auch immer zur Ergänzung oder Vervollständigung der positiven Rechte dienen . . .“

<sup>181)</sup> Vortrag v. 1801. Wie die (loyale) Naturrechtslehre den Gesetzgeber zum Organ der allgemeinen Vernunft, so machte später die historische Schule ihn „zum wahren Vertreter des Volksgeistes.“ — beides oft recht missliche Fiktionen! Vgl. Harum S. 7.

<sup>182)</sup> Zeiller Comm. S. 1 und Beilage zum Vortrag v. 1808.

<sup>183)</sup> Zeiller Comm. S. 21 f. Der erstere Gedanke wird in den Protokollen sehr oft wiederholt, seltener der letztere (z. B. bei der Verathung über §. 870 Prot. 28. Jänner 1805).

<sup>184)</sup> Vgl. Pfaff S. 308 und hier bei §. 17.

<sup>185)</sup> Der ganze vorstehende Gedankengang erhält überdies eine Bestätigung durch folgende Stelle in Zeiller's Natürl. Pr. R. §. 25: „Und da der süße Traum eines vollständigen, alle Fälle bestimmend entscheidenden Gesetzbuches endlich wohl allgemein verschwunden ist; so wird die (natürliche) Rechtslehre stets und überall zwar nur der subsidiarische, jedoch der apodictisch-gewisse, alle mögliche Rechtsfälle entscheidende Codex bleiben.“ Und in der Note dazu wird erwähnt, daß in dem österr. allg. bgl. G. B. dies „ausdrücklich verordnet“ sei, womit offenbar gesagt sein will, daß es sich auch dort von selbst verstehe, wo es nicht „ausdrücklich“ verordnet sei. —

Argumentation aus den Gründen anderer verwandter Gesetze zur Rechtsanalogie; aber daß den Redactoren die (ohnehin ganz müßige) Unterscheidung von Gesetz- und Rechts-Analogie vorgeschwebt habe, ist nirgends ersichtlich.<sup>186)</sup> Auch würde ein gradueller Unterschied noch immer bleiben.<sup>187)</sup> Aber soweit auch jener Einwand gegenüber den in Note 172 genannten Gegnern richtig ist, trifft er doch unsere Formulirung nicht, da wir nur eine factische Identität der natürlichen Rechtsgrundsätze und der in dem Gesetzbuch ausgesprochenen oder ihm doch zu Grunde liegenden Principien (nämlich aus der Vorstellung der Redactoren heraus) behaupten. 2) Wenn andererseits Berger (Beiträge S. 117) fragt: warum denn in §. 7 das Wort „Vernunftrecht“ oder „Naturrecht“ vermieden sei, so ist zu antworten, daß sich auch in den Protokollen sehr oft die verschiedensten Umschreibungen für diese Vorstellung finden, und daß überdies der §. 7 vom Standpunkt des einzelnen Falles abgefaßt ist, zu dessen Entscheidung man weder das ganze allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, noch das ganze Naturrecht braucht.<sup>188)</sup> 3) Ist großes Gewicht gelegt worden auf die Worte „mit Hinsicht auf die sorgfältig gesammelten und reiflich erwogenen Umstände.“ Nun kann doch darüber kein Zweifel bestehen, daß es auch in solchen Fällen nicht Sache des Richters sein kann, den Thatsachen inquirirend nachzuforschen,<sup>189)</sup> daß vielmehr das „da mihi factum, dabo tibi ius“ auch hier gelte. Es wird also dem Richter nur eine sorgfältige Analyse des Thatbestandes zur Pflicht gemacht, theils weil er sich dabei oft überzeugen wird, daß eine Combination von explicite oder implicite im Gesetze enthaltenen Rechtsätzen ansreicht, theils weil jene Operation allein ihn davor bewahren kann, einen Fall dorthin zu subsumiren, wohin er nach einer täuschenden Ähnlichkeit zu gehören scheint,<sup>190)</sup> wobei es irrelevant ist, ob es sich um gesetzliche oder naturrechtliche Principien handelt.<sup>191)</sup> Es ist zugegeben, daß diese Einschränkung entbehrlich wäre; wie aber für die eine oder die andere jener Ansichten irgend etwas aus ihr folgen soll, ist nicht einzusehen. Wohl aber verdient es bemerkt zu werden (es geschah bisher nicht), daß in diesen Worten eine Legitimation des Richters zu einer „individualisirenden“ Beurtheilung solcher Fälle enthalten ist. Davon später.

Uebrigens ist die Frage eine bloß historische. Ob nun die Einen<sup>192)</sup> versichern, der Fall, wo man auf den Schlussatz des §. 7 sich hingewiesen sehe, werde sich „sehr selten“ ereignen, oder die Andern,<sup>193)</sup> er werde „niemals“ vorkommen, — gewiß ist, daß sich heute Niemand mehr auf das „Naturrecht“ berufen wird.<sup>194)</sup> Allerdings aber wird der Richter oder Anwalt oft genug sich auf „allgemeine Rechtswahrheiten“ berufen, ohne ihre Nachweisung in einem Gesetze für nöthig zu halten. Was aber eine Generation überhaupt oder innerhalb eines Berufskreises so zu sagen mit der Luft einathmet, das erscheint ihr „natürlich“, so unnatürlich es späteren Generationen erscheinen mag. Und darum täuscht man sich oft über die praktische Bedeutung der Differenz zwischen den

<sup>186)</sup> Vgl. Nagel a. a. D. S. 122 f., der indeß noch weiter geht als wir.

<sup>187)</sup> Der unabhätbaren, in Berger's Beiträgen S. 119 aufgestellten, in §. 7 angeblich enthaltenen, Eintheilung der Analogie in eine casuistische, principielle und systematische (s. dagegen Nagel S. 127 ff.) liegt ein richtiges Gefühl für die Verwandtschaft und graduelle Verschiedenheit der in §. 7 bezeichneten Operationen zu Grunde.

<sup>188)</sup> S. Nagel S. 125.

<sup>189)</sup> Berger Beiträgen S. 119.

<sup>190)</sup> Ein solche Ähnlichkeit hat z. B. die I. und III. Instanz in dem in Nr. 788 Sammlung II erzählten Falle u. E. irreführt.

<sup>191)</sup> Vgl. Zeilker S. 68.

<sup>192)</sup> Winiwarter I S. 85, Nippel I zu §. 7 a. E.

<sup>193)</sup> Unger §. 11 Note 16, Nagel S. 130.

<sup>194)</sup> Auch diejenigen, die noch im Herzen Anhänger des „Naturrechts“ sind, filgen sich dem modernen Standpunkt.

Anhängern und Gegnern des Naturrechts. In unzähligen Fällen werden die Einen und die Anderen dasselbe Raisonnement anstellen, nur es mit verschiedenen Namen belegen. Die Protokolle illustriren dies. Sehr oft berufen sich die Redactoren auf das „Vernunftrecht“ oder die „natürlichen Rechtsgrundsätze“ für Behauptungen, denen auch heute die Meisten zustimmen würden, nur daß sie sich dabei — wenn ja auf irgend etwas — auf irgend eine Stelle des Corpus iuris oder irgend ein angesehenes Pandektenlehrbuch berufen möchten. Es wurde eben damals Alles, was eine innere Begründung zu haben schien, für „philosophisch“ ausgegeben, eine so naturwüchsige Erkenntniß oder Ueberzeugung es auch sein mochte. Daher das von Pfaff (S. 288) geschilderte Schwanken in den Zeichnungen für diese den positiven Satzungen gegenübergestellten Wahrheiten; daher die oben mitgetheilte Bemerkung Zeiller's: die allgemeinen Grundsätze des römischen Rechts seien meist auch nur natürliche Rechtswahrheiten. Und wenn wir ein Inventar über unsere juristischen Ueberzeugungen aufnehmen wollten, Mancher würde erstaunen, wie viele und wichtige Sätze er glaubt, für die er kein Gesetz anzuführen wüßte! Jeder Richter wird nicht selten mit Sätzen operiren, die in seinem Gesetzbuche nicht enthalten sind, aber zum wissenschaftlichen Gemeingut seiner Zeit gehören. Hierin also hat sich wenig geändert.

II. Naturrecht und historische Schule. Damit soll nun aber nicht behauptet werden, es sei indifferent, wie man über die Grundlagen des Rechtes denke; oder: es sei zwischen den heutigen und damaligen Juristen ein Unterschied nur in der Ausdrucksweise, nicht in der Denkungsart. Gewiß hat auch diese eine große Aenderung erfahren, als an Stelle der naturrechtlichen Schule die historische durch Hugo, Savigny, Eichhorn und deren Schüler zur Herrschaft gelangte. Das Verhältniß dieser beiden Richtungen zu einander ist aber darum sehr schwer auch nur mit einiger Genauigkeit zu bezeichnen, weil es sich dabei um zwei große culturgeschichtliche, zeitlich ausgebehnte Erscheinungsgruppen handelt, deren reicher und bunter Inhalt auf eine einfache Formel sich nicht zurückführen läßt. Sehr äußerlich und unzutreffend wäre es, wenn man den Gegensatz für identisch hielte mit dem der Rechtsphilosophen und Rechtshistoriker. Die naturrechtliche Schule hatte Bekenner, die eifrige Rechtshistoriker waren, wie umgekehrt die historische Schule an Philosophen keinen Mangel hatte. Allerdings aber ist es wahr, daß die letztere Schule der Rechtsgeschichte eine besonders eifrige und (durch Anwendung verbesserter Methoden) erfolgreiche Pflege zugewendet hat. Der Unterschied liegt viel tiefer: in dem Verhalten zum factisch Geltenden, in der diesem entgegengebrachten Stimmung, die selbst wieder mit der gesammten Denkungsart zusammenhängt. Den beiden großen Culturphasen gerecht zu werden, dazu würde ein eigenes umfangreiches Werk nothwendig sein; hier müssen wir uns mit wenigen Andeutungen begnügen.<sup>195)</sup> —

Obgleich die Unterscheidung des Geltenden und des Gerechten so alt ist, als das Nachdenken der Menschen über das Recht, so hat doch erst Hugo Grotius<sup>195a)</sup> durch sein Werk *De iure belli ac pacis* (1625) das Naturrecht zugleich mit dem Völkerrecht als eigene Disciplinen begründet.<sup>196)</sup> Die Gräuel des damals schon mehrere Jahre wüthenden (30jährigen) Krieges zeigten ihm

<sup>195)</sup> Eine historische Skizze über das Naturrecht gibt Dworzak in Haimerl's *Wisschft.* V. Bb. (1860) S. 227—272, aber nur im Anschluß an die Geschichte der Philosophie, ohne Rücksicht auf den culturgeschichtlichen Zusammenhang. — Ueber verschiedene Ansichten hinsichtlich des Wesens des Naturrechts s. *Blume u. Encycl.* 1. Aufl. I §. 10, 2. Aufl. §§. 24—28.

<sup>195a)</sup> Vgl. E. Neumann in der *allg. österr. Ger. Ztg.* 1858 Nr. 81 f., woselbst weitere Nachweisungen.

<sup>196)</sup> Es war nur consequent, daß Puchta zugleich mit dem Naturrecht auch das Völkerrecht leugnete (*Gewohnheitsrecht* I S. 141 ff.).

das Bedürfnis, daß auch zwischen unabhängigen Staaten und zwar selbst noch im Kriege Rechtsnormen respectirt werden möchten. Diese Normen mußten selbstverständlich als unabhängig von Gesetz und Gericht gedacht und als positiv konnte hier nur der Vertrag anerkannt werden. So erklärt der Ursprung des Naturrechts zwei seiner charakteristischen Züge: die Anerkennung eines ewigen, ungeschriebenen Rechtes über aller Satzung, und die Rückführung des Inhaltes aller Satzung auf Vertrag. — Die Gräueltaten des 30jährigen Krieges und seine ihn lange überdauernden entsetzlichen wirthschaftlichen und socialen Folgen; der trostlose Rechtszustand, wo ein der Rechtsüberzeugung des Volkes nicht entsprechendes Recht von meist unfähigen Richtern, die vom einheimischen Rechte sich abwandten, ohne dafür die geistige Beherrschung des recipirten einzutauschen, in spitzfindiger oder willkürlicher, immer äußerst schleppender Weise gehandhabt wurde; die noch im vorigen Jahrhundert massenhaften Hexenprocesse; die Sittenlosigkeit des französischen Hofes, vieler deutscher (z. B. des hessischen und sächsischen) und anderer Höfe und der privilegierten Classen (theilweise auch des Clerus), die scham- und gewissenlose Ausbeutung der übrigen Classen durch jene und auch manche Regenten, eine Menge der drückendsten und sinnlosesten Freiheitsbeschränkungen,<sup>196a)</sup> die mehr von Uebermuth als von Weisheit der Regierenden zeugten, — kurz all' das unausdenkliche Elend, das ein großer Theil der mittel-europäischen Bevölkerung im 17. und 18. Jahrhundert zu erdulden hatte — erklären es, daß an Stelle der Ehrfurcht vor den Autoritäten und deren Geboten vielfach die Verachtung der Gesitteten und der wilde Haß der mißhandelten Massen trat. Je wüster die Wirklichkeit war, um so sehnsüchtiger träumte man von einem leid- und schuldlosen Naturzustand; je schlimmer es hienieden ging, desto mehr wendeten sich die Menschen dem Himmel zu, wo über dem „*car tel est notre plaisir*“ die „ew'gen Rechte hängen unveräußerlich“, um sie schließlich in verzweifelter That „herunter zu holen“. Und nun ging in den Schrecken der französischen Revolution und der darauf folgenden Kriege eine Gesellschaftsordnung unter, die längst schon „werth (war), daß sie zu Grunde geht.“ — Der wissenschaftliche Ausdruck aber dieser Stimmungen und Strebungen war das Naturrecht, das nur in diesem weltgeschichtlichen Zusammenhange richtig gewürdigt werden kann. Das Naturrecht ist eine kulturgeschichtliche Erscheinung, und kann weder aus der Geschichte der Philosophie, noch aus der der Jurisprudenz erklärt werden. So begreift es sich, daß Männer der verschiedensten Ueberzeugungen: Fromme (ohne Unterschied der Confessionen) und Ungläubige, Idealisten und Realisten, dogmatische und kritische Philosophen zum Naturrecht sich bekannt haben. Es wäre nur halbe Wahrheit, wenn man das Naturrecht als eine Seite des Nationalismus bezeichnen wollte. Freilich aber hängt auch dieser auf das engste mit jenen Kulturzuständen und folgeweise mit dem Naturrechte zusammen. — Deutschland hat „die fürchterliche Bewegung“ nicht „fortgeleitet“. Die mißhandelten Einwohner einiger Kleinstaaten waren in Folge der politischen Zerstückelung unfähig zur Abwehr der Unbill; in Oesterreich und Preußen aber war gerade in dieser Periode eine musterhafte Verwaltung und die beiden regierenden Familien wurden von ihren Vätern geliebt und verehrt. Darum haben Nationalismus und Naturrecht hier so friedlich gegenüber den Autoritäten sich verhalten, welche ihrerseits selbst zum Theile diesen Anschauungen zugethan waren. Und hiemit lehren wir zu einem schon angedeuteten Gedanken zurück. Die Mannigfaltigkeit der politischen Verhältnisse und der metaphysischen Ueberzeugungen haben auch das Naturrecht während seines mehr als 200jährigen Bestandes<sup>197)</sup> zurück-

<sup>196a)</sup> Vgl. Unger I S. 497 Note 30.

<sup>197)</sup> Die letzten bedeutenden Naturrechtslehrer waren C. v. Kottel und sein Freund C. Welcker; der letztere aber vermittelte bereits zwischen den beiden Richtungen.

gewirkt. Die zahnstern und lahmssten Theorien nicht minder, als die Weltverbesserungs-Praxis der Guillotine und die französischen Eroberungskriege wurden im Namen des „Bermunftrechtes“ ausgeführt. Das Naturrecht war eine geistige Richtung, nicht eine gleichförmig vorgetragene Lehre.

Die napoleonischen Kriege setzten an die Stelle des kosmopolitischen Humanismus nationale Strebungen; im Zusammenhange damit trat an die Stelle der früher allgemeinen Abneigung gegen das Mittelalter bei Vielen ein liebevolles Studium der Vergangenheit des eigenen Volkes, womit ein historischer Sinn erst geweckt wurde, während die frühere Zeit Vergangenes an dem Maßstabe der Gegenwart und an den eigenen Sympathien und Antipathien zu messen gewohnt war. Begünstigt durch das Friedensbedürfnis des ermüdeten Europa, erblühten alle Wissenschaften überhaupt und die historischen insbesondere. Während man früher alle geschichtlichen Vorgänge aus subjectiven Trieben zu erklären, die Entstehung jedes mißliebigen Institutes auf berechnenden Egoismus und raffinierte mala fides zurückzuführen versuchte, und überall nur menschliche Willkür sah, — erkannte man jetzt in der Geschichte das Walten von Kräften, gegen die der Einzelne nichts vermag und forschte den Gesetzen dieses Waltens nach. Allein aller Fortschritt ist zugleich Verirrung, denn er bewegt sich in Schwingungen vorwärts, und auf die Uebertreibung nach der einen Seite folgt immer eine nach der anderen Richtung. Hatten sich der früheren Richtung die revolutionären Leidenschaften bemächtigt, so wurde hinwieder diese neue von den reactionären Gelüsten mißbraucht und gefälscht. Und so zeigte sich in allen Gebieten der menschlichen Bestrebungen das Widerspiel des früher Herrschenden. An die Stelle der oft herzlich seichten und frivolen Aufklärerei trat überschwänglicher Mysticismus, an die Stelle der von den Besten früher zur Schau getragenen Gleichgiltigkeit gegen die Nationalität ein ebenso bornirter als in seinen Ausschreitungen unsittlicher und barbarischer Cultus derselben, der den hervorstechenden Zug auch noch unserer Zeit bildet; an die Stelle eines oft gemachten Classicismus der Poesie ein im Ganzen mehr anspruchsvoller als gestaltungsfähiger Romanticismus mit meist affectirter Volksthümllichkeit;<sup>195)</sup> ein ähnliches Verhältniß in den bildenden Künsten, wenn gleich hier günstiger für die romantische Richtung. Hatte früher die Philosophie vom „Ich“ aus operirt und namentlich das Recht von der Freiheit des Einzelnen aus erklären wollen, hatte sie den Staat nur als notwendiges Uebel hingegenommen, so wurde nun, als der allerdings erhabene Gedanke des geistigen Kosmos durchgriff, der Einzelne als rechtlos gegenüber dem Staate hingestellt. Dort hatte das Individuum Alles, hier Nichts zu bedeuten. Auf den subjectivistischen Rationalismus mit seinem Naturrecht kam die Identitäts-Philosophie mit ihrer „organischen“ Staatslehre. Auf die Weltverbesserungs-Manie folgte das Hegel'sche „alles Wirkliche ist vernünftig.“ Und so wiederholt sich hier dieselbe Beobachtung, wie beim Naturrecht. Wie dieses war die historische Schule nicht sowohl eine traditionelle Lehre, als eine Richtung des Denkens und Empfindens, also eine gewisse Uebereinstimmung bei den größten Verschiedenheiten im Uebrigen. Darum ist einerseits eine zugleich einfache und genaue Charakteristik nicht möglich. Welche Kluft zwischen Savigny und Stahl (den freilich Manche, z. B. Ahrens, der historischen Schule gar nicht zugehört wissen wollen)! Und wieder: welcher Abstand zwischen Diesem und Haller! Und zwar nicht bloß was die möglichst unähnlichen Individualitäten dieser Männer, sondern auch was den Inhalt ihrer Lehre betrifft. — Auch hier

<sup>195)</sup> „Im Ganzen“, also mit ehrenvollen Ausnahmen (Hland, Mörike, Schöffel . . .). — Auch sollen mit Obigem die großen Verdienste der beiden Schlegel um Wissenschaft und Uebersetzungskunst nicht gesehnet werden.

ferner die Erscheinung, daß Männer aller religiösen und philosophischen Ueberzeugungen in einer gemeinsamen Richtung übereinkommen, wenigleich nicht zu verkennen ist, daß hier ein gläubiger Zug vorherrscht, wie unter den Anhängern des Naturrechts ein freigeistiger. — Andererseits ist die historische Schule gar nicht an sich betrachtet, sondern nur im weltgeschichtlichen Zusammenhange zu verstehen. Die Befreiungskriege, die religiöse Bewegung, die heilige Allianz und die politische Reaction — Eichhorn, Savigny, Buchta, Niebuhr — die Grimm und Genossen, — die Orientalisten und Etymologen — Schelling, Hegel und Gans, — die romantischen Dichter <sup>198a)</sup> und Musiker, die nazarenische Malerschule und die Gothiker, — alle diese und viele andere scheinbar ganz verschiedenartige Erscheinungen können nur in ihrem vielfältigen Zusammenhange richtig gewürdigt werden.

III. Würdigung der beiden Richtungen. Diese kann ausgehen entweder vom culturgeschichtlichen oder vom politischen Standpunkt oder von dem unserer Wissenschaft. In ersterer Hinsicht sind eben beide Richtungen als historische Nothwendigkeiten zu begreifen, die neben viel Unheil sehr viel des Guten und Dauernden mit sich gebracht haben. Wer das nicht versteht, gleicht — nach einem bekannten Worte Savigny's — den Kindern, die bei der Erzählung von Kriegsgeschichten fragen, welches die Guten, welches die Bösen waren. Die politische Würdigung lassen wir hier bei Seite; theils ist sie schon angedeutet, theils hängt sie zu sehr mit den Leidenschaften des Tages zusammen. Was aber das Privatrecht betrifft, so liegen hier die überwiegenden Verdienste auf Seiten der historischen Schule. Andererseits ist nicht zu verkennen, daß der Verfall unserer Wissenschaft im vorigen Jahrhundert nicht einzig auf Rechnung des Naturrechts zu setzen ist, und daß dieses für die Erfassung des systematischen Zusammenhanges der Rechtsätze förderlich war. Aber so groß ist der Fortschritt, den die historische Schule in diesem Wissenszweige bewirkt hat, daß heut zu Tage Alle, die in ihm etwas Nennenswerthes geleistet haben, gerne bekennen werden, daß sie jener Schule ihr Bestes verdanken. Aber dieses Dankgefühl und die Verehrung für unsere Lehrer darf uns nicht abhalten, den Verirrungen dieser Richtung eine um so entschiedener Kritik entgegenzusetzen, je allgemeiner noch ihre Herrschaft ist. Die Vorstellung von dem „Werden“ und „Wachsen“ des Rechts wurde bis zur offenbaren Unwahrheit übertrieben, indem der sehr große Antheil, den gesetzgeberische Willkür <sup>199)</sup> an jedem Rechtszustande hat, verschwiegen, und der Antheil hervorragender Individuen (z. B. Solon, Lyturg) an der Rechtsbildung unterschätzt wurde, wie man überhaupt alle geschichtlichen Vorgänge auf Massentwirkungen zurückzuführen liebte. <sup>200)</sup> Im Zusammenhange damit steht die Uebertreibung eines zweiten, an sich ebenfalls richtigen Gedankens, wir meinen den der Volksthümlichkeit des Rechts, obgleich die römische wie die germanische Rechtsgeschichte vor dieser Einseitigkeit hätte bewahren können. <sup>201)</sup> Denn allenthalben sehen wir in der Rechts- wie in der Cultur-Geschichte überhaupt neben den volkswürdigen und bodenständigen fremde Einrichtungen aufgenommen; die Reception ist eine normale Erscheinung in der Geschichte; die älteren Culturvölker sind die Lehrer der jüngeren. Ganz consequent war und ist es, daß die Romanisten dieser Schule den großen Einfluß griechischen Rechts

<sup>198a)</sup> Vgl. Ihering Kampf um's Recht S. 11 f.

<sup>199)</sup> Z. B. lex Julia et Papia Poppaea, das SC. Claudianum v. 802 (49)!

<sup>200)</sup> Diese Auffassung ist ebenso einseitig, als Dehrenschräger's schillernde Phrase: „Die Zeit macht keine Geister, — der Geist macht seine Zeit.“ — Auch geht die Entschiedenheit objectiver Normen nicht immer so frieblich vor sich, als man nach jener Theorie meinen möchte. Vgl. Ihering Kampf um's Recht 1. Aufl. S. 12 ff. (4. Aufl. S. 6 ff.).

<sup>201)</sup> Vgl. Harum S. 7 ff.

auf das ältere römische Recht, und den griechischer Philosophie auf die spätere römische Rechtswissenschaft zu leugnen sich bemühen, wenn Augenschließen und Leugnen überhaupt eine Mühe wäre. Sehr inconsequent dagegen war ihr Verhalten zur Reception des römischen Rechtes in Deutschland. Hatten sie doch den Anhängern des Naturrechts das Wesenlose und Unhaltbare der von Zeit und Ort, von Volkssitte und Culturzustand absehenden Theorien vorgehalten. Und nun auf einmal sollte die Uebertragung eines Rechtes auf ein ganz anderes Volk, tiefverschiedene Zustände und weit entlegene Zeiten nicht auffallend, ja durchaus löblich sein!<sup>201a)</sup> Gerade in dieser Anwendung machte sich am widerwärtigsten<sup>202)</sup> die unwahre Phrase von den Juristen als Depositaren des volksthümlichen Rechtsbewusstseins,<sup>203)</sup> welche erfunden wurde, um die Lehre von der volkswüchsigem Entstehung der Rechtsnormen gegenüber der Evidenz der Thatfachen zu retten. — Mit der Abneigung gegen die „That“ und die Vorliebe für das stille „Werden“ hängt der politische Quietismus und Conservatismus,<sup>203a)</sup> die Ueberschätzung des Gewohnheitsrechtes<sup>204)</sup> und die Abneigung gegen die Gesetzgebung zusammen, zu der dem Zeitalter der Veruf fehle.<sup>205)</sup> Freilich ließ sich (leider!) keine europäische Regierung durch Savigny's (von ihm selbst nicht immer befolgte) Warnung abhalten, Gesetze in fabrikmäßiger Raschheit und Masse anfertigen zu lassen; daß aber die Kunst der Gesetzgebung durch die historische Schule gefördert worden wäre, darf nicht behauptet werden. Ja so wenig Verständnis hat man h. z. T. für die eigenthümlichen Voraussetzungen und Schwierigkeiten legislativer Arbeiten, daß man oft für die Ausarbeitung eines wichtigen Gesetz-Entwurfes weniger Zeit von Nöthen wähnt, als für eine Untersuchung über ein geringfügiges historisches

<sup>201a)</sup> Am schroffsten auch hier Puchta Gewohnheitsrecht I S. 194 ff., insbes. S. 202: Daß die „deutschen Juristen das deutsche Recht gegen das römische Recht in den Hintergrund stellten . . . kann ihnen nur zum Lobe gereichen. . . . Es war kein Grund vorhanden, welcher einen redlichen, ja patriotischen Mann davon zurückzuhalten vermocht hätte. Nicht etwa die Eigenschaft des römischen Rechtes als eines fremden, denn dies war es nicht für jene Zeit. . . . Nicht ferner seine Unangemessenheit für Deutschland, denn auch diese ist nicht vorhanden“ . . . u. s. w. Deshalb hätten die Germanisten sehr Unrecht gehabt, mit der Reception unzufrieden zu sein, „statt pflichtmäßig die Dinge zu nehmen, wie sie sind“ (S. 205). Wenn man damit die hier S. 53 Note 278 abgedruckte Aeußerung Zeiller's vergleicht (mit der Kümelin Neben u. Aufsätze 1875, S. 85 in überraschender Art übereinstimmt), so sieht man, daß der Historiker und der Naturrechtslehrer geradezu die Rollen getauscht haben! —

<sup>202)</sup> Auch Harum in der in Note 208 cit. Schrift (S. 25, 26, 36) nennt dies eine „unleidliche Fiction“ und in dieser speciellen Anwendung einen „Hohn“.

<sup>203)</sup> Savigny System I §. 14, Puchta Gewohnheitsrecht II S. 18 ff., Thibaut Einleitung §. 51, Handelsrecht (5. Aufl.) §. 11, Unger S. 42.

<sup>203a)</sup> Vgl. Thering in seinen Jahrb. V S. 368 f. Merkel in Grünhuts Ztschft. III S. 628 ff.

<sup>204)</sup> Dagegen die oben S. 127 f. Note 6 Citirten.

<sup>205)</sup> Savigny's (mit Recht berühmte) Schrift „Von Veruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft“ (1815, 2. Aufl. 1828, 3. Aufl. 1840). Sie, dann Savigny's Vorrede zu seiner Ztschft., und die zu seinem System, ferner Puchta's Gewohnheitsrecht enthalten zusammen das Programm der historischen Schule, soweit sie mit Privatrecht sich befaßt. — Dagegen die ebenfalls classische Abhandlung Thibaut's: „Ueber die Nothwendigkeit eines allg. bürgerl. Rechtes für Deutschland“ (1814; erweitert in den Civil. Abhandlungen Nr. XIX); dann von Neueren: Thering in seinen Jahrb. V S. 362 ff.: „Eine Zeit, die, wenn sie das Bedürfnis nach einer Reorganisation ihrer Rechtszustände oder auch nur nach einer Codification des Rechtes fühlt, die Hände in den Schooß legt, weil sie sich nicht für wissenschaftlich reif hält, eine solche Zeit leidet nicht an zu wenig, sondern an zu viel Wissenschaftlichkeit.“ — Kümelin S. 85: „Noch unbegreiflicher ist es, wenn gerade diejenigen, welche das im Volk thatächlich lebende Gefühl einer inneren Nothwendigkeit zur Quelle . . . alles Rechtes machten, nur allein der Gegenwart den Veruf und die Befugniß absprechen, ein . . . ihren Bedürfnissen entsprechendes Recht zu suchen.“ (Letzterer Vorwurf ist nicht frei von Mißverständniß.)

Detail. Der Hauptirrtum aber der historischen Schule ist ihr durchaus negatives Verhalten gegenüber dem Naturrecht, das Verkennen, daß in dem Wust von Irrthümern und Abgeschmacktheiten doch ein ewig wahrer Kern steckt. Mit dem: „was gilt, ist Recht“ ist es nicht abgethan. „Denn die Gesetze fallen ja nicht vom Himmel herab, sondern die Menschen müssen sie machen . . . Da wir uns auch niemals bedenken, manche Gesetze als schlechte und ungerechte<sup>206)</sup> zu bezeichnen, so müssen wir offenbar in uns selbst einen Maßstab haben, um das Recht von dem, was nicht Recht ist, zu unterscheiden.“<sup>207)</sup> Ein scharfsichtender Jurist<sup>208)</sup> hat den Vorschlag gemacht, nur das Geltende „Recht“ zu nennen, ob es nun gut oder übel sei, dies Wort aber nicht auszudehnen auf das, was erst nach Geltung strebt. Er irrte hierin. Das Wort Recht (rectum, das Richtige) schließt ein ethisches Werthurtheil in sich und wird — streng genommen — entweicht, wenn es unsittlichen Gesetzen beigelegt wird.<sup>209)</sup> Wenn jener Jurist sagte: damit solle das Recht keineswegs der Kritik der Vernunft entzogen werden, so darf man sich hierbei nicht beruhigen. Denn es ist etwas anderes, ob wir sagen: dies Gesetz ist unzuweckmäßig, unpraktisch, gefährlich u. dgl., oder ob wir sagen: es ist ungerecht.

Und damit sind wir bei der Hauptsache angelangt. Die Männer der historischen Schule wurden und werden nicht müde, die Entstehung des Rechtes mit der Entstehung der Sprache zu vergleichen. Und doch liegen diese Vorgänge in verschiedenen Gebieten des Seelenlebens: dort eine Idee, hier eine auf der Vergleichung von Wahrnehmungen, insbesondere der Analyse von Sinnesindrücken beruhende Fähigkeit und Fertigkeit. Wäre es nicht treffender, die Vorstellungen von Recht und Unrecht mit denen von Schön und Häßlich zu vergleichen, das ethische Werthurtheil mit dem ästhetischen? — Somit ist eine Vernunftrechtslehre allerdings denkbar — als Seitenstück zur Aesthetik. Freilich sind nur die Ideen von Recht und Schönheit ewig, ihr Inhalt ist wandelbar, wie aller Bewußtseinsinhalt überhaupt. Auch die Ideen haben ihr Leben. Leben aber ist Bewegung und Wandlung. Und so muß der Grundgedanke der alten Schule durch den der neuen berichtigt werden.<sup>210)</sup> Freilich kann die Giltigkeit der Gesetze nicht von des Einzelnen Urtheil über ihren Inhalt abhängen. Was gilt und was Mode ist, davon gibt es objective Kunde, dafür äußerliche Zeugnisse. Ob aber das Geltende gerecht, die Mode schön sei oder nicht, kann Jedem nur das eigene Bewußtsein sagen.<sup>211)</sup> Wer in thörichte Vermessenheit sein subjectives Meinen gegen die objective Ordnung stellt, hat sich

<sup>206)</sup> Sagt doch selbst Böcking Pandekten 2. Aufl. I S. 317: „ein solches (rückwirkendes) Gesetz wäre absolutes Unrecht.“ Vgl. Bähr Rechtsstaat S. 50.

<sup>207)</sup> Nümelin Neben und Aufsätze S. 62.

<sup>208)</sup> P. Harum in seinem Vortrag „Von der Entstehung des Rechts“ (Zunsbruck 1863) S. 10, 11.

<sup>209)</sup> Gerade umgekehrt möchten wir noch eher, wenn wir am Sprachgebrauche rütteln wollten, das Geltende (a potiori) „Gesetz“ oder „Satzung“ (vgl. gesetzt positus, positiv) nennen, dagegen „Recht und Unrecht“ für den Ausdruck des Urtheils über eine Handlung oder den Inhalt des Gesetzes vorbehalten. Aber dies würde zu Mißverständnissen über die verbindende Kraft der Gesetze Anlaß geben. Es muß demnach bei dem herrschenden Sprachgebrauch sein Bewenden haben.

<sup>210)</sup> Wir freuen uns, hier im Großen und Ganzen mit Goldschmidt Handb. des Handelsrechts (2. Aufl.) S. 302 übereinzustimmen. Die dennoch vorhandene Differenz betrifft metaphysische Fragen, kann also hier nicht besprochen werden.

<sup>211)</sup> In diesem Sinne stimmen wir Harum bei, wenn er (S. 5) sagt: „Die Vernunftgemäßheit kann nicht das Kriterium des Rechtes sein.“ Vgl. ebd. S. 9, 11, dann Goldschmidt S. 303: „Alles positive R. schöpft seine verbindende Kraft nicht aus seiner wirklichen Uebereinstimmung mit dem wahren immanenten Recht, sondern aus der Thatsache seiner Geltung; . . . es gibt kein dem positiven Recht widerstreitendes anwendbares Recht.“

die Folgen selbst zuzuschreiben. Wenn aber der Inhalt der Satzung mit dem Rechtsgefühl der Besten eines Volkes in grellem Widerspruche steht, und sie die Macht haben, das geltende Unrecht zu beseitigen, trifft dies Beginnen kein Tadel, wenn die Mittel nicht an sich verwerflich sind. Das zeigt den Fehler in dem Gedankengang der Gegner des Naturrechts, daß ihnen das Veltende als solches, mag es selbst auf der brutalen Thatsache der Eroberung beruhen, heilig ist, und die Auflehnung gegen dasselbe gleich schuldigwüdig, mag nun die entseffelte Leidenschaft des Pöbels gegen eine weise Regierung oder die sittliche Entrüstung der Edelsten gegen gewissenlose Machthaber sich auflehnen. Nach jener Ansicht, wenn sie mit sich selbst nicht in Widerspruch gerathen will, ist das Recht des Slavenhändlers in einem Lande, dessen Gesetze solche Schändlichkeit gestatten, ebenso heilig, als irgend ein *ius quaesitum*. — Wir fassen zusammen: 1) Die Giltigkeit eines Gesetzes hängt nicht von dem Meinen des Einzelnen (z. B. des Richters)<sup>211a)</sup> und auch nicht von dem vieler Einzelner ab; sie ist eine Frage theils der Form, theils der Macht.<sup>212)</sup> Eine Machtfrage ist es aber auch, ob eine Rechtsordnung durch eine neue beseitigt sei. 2) Ob dagegen ein Gesetz der Idee der Gerechtigkeit entspreche, ist eine Frage der subjectiven Ueberzeugung. Nicht jede (etwa geringe) Nicht-Uebereinstimmung eines Gesetzes mit der Rechtsüberzeugung der Mehrzahl der Denkenden rechtfertigt dessen Beseitigung (denn die Beständigkeit ist auch hier werthvoll); vollends wird das sittliche Urtheil über eine gewaltsame Aenderung nicht bloß den Inhalt der alten und den der neuen Satzung, sondern auch Zweck und Mittel vergleichen. — Die Frage nach dem Verhältniß der Rechte im subjectiven Sinne zu dem Rechte im objectiven Sinne<sup>213)</sup> war bekanntlich eine recht schwache Seite des Naturrechts. Dennoch ist auch in der Anschauung, daß man hinsichtlich der Frage nach dem Umfang der subjectiven Befugnisse von der Freiheit des Einzelnen auszugehen habe, die an den positiven Satzungen eben ihre Beschränkung finde, eine Wahrheit enthalten, wie der Satz: „was nicht verboten ist, das ist erlaubt“ unwidersprechlich darthut.<sup>214)</sup>

IV. Daß wir bei der Charakteristik dieser beiden Richtungen länger verweilten, rechtfertigt sich dadurch, daß die eine die heute herrschende ist, die andere es zur Zeit der Abfassung des Gesetzbuches war. Letzteres wird Niemand, der der Geschichte einigermaßen kundig ist, bezweifeln. Von dem Einflusse des Naturrechts zeugen schon für den ersten Blick §§. wie 16, 17, 317, 381;<sup>215)</sup> aber dieser Einfluß war auch in vielen Fällen entscheidend, wo dies weniger zu Tage tritt, wie Pfaff (a. a. O. S. 287—290) nachgewiesen hat, und im Verlaufe dieses Werkes noch sehr oft nachgewiesen werden wird. Mehr verdient es hervorgehoben zu werden, daß im Anfange dieses Jahrhunderts die Autorität des Naturrechts bereits in der Abnahme begriffen war. Nicht deshalb, weil Savigny damals schon in Ansehen stand, denn in Oesterreich wurden seine

<sup>211a)</sup> Bluntschli Allgem. Staatsrecht (4. Aufl.) I S. 564: auch ein „ungerechtes Gesetz“ ist von den Richtern anzuwenden.

<sup>212)</sup> Bedarf in unserer Zeit der „Annexionen“ kaum der Versicherung! — Uebrigens beruht das positive Recht bez. dessen Aenderung immer, von inneren und äußeren Kämpfen abgesehen, auf Macht. Dies Moment wird einseitig hervorgehoben in der cit. Schrift von Harum (s. z. B. S. 9 f., 21), der „die Entstehung des Rechts auf eine Mechanik des Willens zurückführt; während Puchta (und) Savigny sie durch eine Organik des Willens erklären wollen“ (S. 19).

<sup>213)</sup> Vgl. darüber Hofmann Entstehungsgründe der Obligationen S. 7.

<sup>214)</sup> Von den *actus merae facultatis* und den Puchta'schen Rechten an der eigenen Person wird weiter unten gehandelt.

<sup>215)</sup> Vgl. Nagel S. 124. — Daß dieser Einfluß in verschiedenen Perioden der Codification ein verschiedenes war, wurde in der geschichtlichen Einleitung hervorgehoben.

Schriften wenig beachtet. Aber die ganze Zeitrichtung drängte in andere Bahnen. Es waren Zeichen der Zeit, daß z. B. Schöman, der in Oesterreich geschätzt wurde, als entschiedener Gegner des Naturrechts auftrat;<sup>216)</sup> besonders aber war es Feuerbach,<sup>217)</sup> dessen heftiger Widerspruch gegen die Annahmen der Philosophie auf dem Gebiete des positiven Rechts auch in unserem Vaterlande nicht unbeachtet blieb.<sup>218)</sup> Und Zeiller selbst eiferte gegen den Mißbrauch, den manche Richter mit dem Naturrechte trieben.<sup>219)</sup> Um so mehr könnte es auffallen, daß das Naturrecht erst so spät und nach heftigem Widerstande der historischen Richtung<sup>220)</sup> Platz gemacht hat. Hätte man doch meinen können, nirgends werde die historische Schule freundigere Aufnahme finden, als in dem vormärzlichen Oesterreich. Dennoch ist jene Erscheinung begreiflich genug. Hatte man doch durch die Codification mit dem geschichtlichen Rechte formell brechen wollen, und ruhte nun in dem Genügen an dem Schwerkerrungenen aus. So war es theils die Ueberzeugung, aus der das Gesetzbuch hervorgegangen, theils die geistige Abschließung gegen das übrige Deutschland, was der neuen Richtung den Zutritt nach Oesterreich verschloß. Dazu kam endlich bei Vielen auch die Bequemlichkeit, die im Genusse des Erlernten nicht gestört sein wollte, zumal die historische Schule an ihre Jünger sehr große Ansprüche stellte und stellt.

### E. Billigkeit.\*)

In älterer Zeit wurde nicht selten die Billigkeit als selbständige Norm neben und über die anderen Rechtsquellen gestellt.<sup>220a)</sup> Hierzu verleitete theils die freie Fortbildung des Rechts durch die römischen Magistrate und Rechtslehrer,<sup>221)</sup> theils der Mangel an Beherrschung des recipirten Rechts, theils die

<sup>216)</sup> Handbuch I S. 106 ff.

<sup>217)</sup> Vgl. die kurze, aber instructive biographische Skizze von Glaser in der österr. Ger. Ztg. 1858 Nr. 45—50 (auch separat abgedruckt).

<sup>218)</sup> S. z. B. Zeiller I S. 67.

<sup>219)</sup> A. a. O. und in den Jahrl. Beiträgen I S. 6 ff.

<sup>220)</sup> Nämlich den Bestrebungen Unger's auf dem Gebiete des österr. Pr. R., und überhaupt der von dem damaligen Minister, Grafen Leo Thun, dem Rechtsunterricht gegebenen neuen Richtung.

\*) Literatur: Jordan Ueber die Billigkeit bei Entscheidung der Rechtsfälle (Göttingen 1804, 1813, 2 Bde.). C. A. Albrecht Die Stellung der römischen Aequitas in der Theorie des Civilrechts (Dresden u. Leipzig 1834, 90 S.), vorwiegend eine fleißige wohlwollende Zusammenstellung fremder Ansichten, sonst eine Schrift von geringem Gedankeninhalt. Hartter „Ueber das aequum und bonum und ihre Gegenätze im röm. R.“ (Archiv f. civil. Pr. Bd. XXIX [1846] S. 253—290, Bd. XXX [1847] S. 377—421), in der Durchforschung des Sprachgebrauches der Quellen und der philosophischen Ansichten der Alten ein Vorgänger Voigt's, von diesem aber weit überholt. Für das rechtsphilosophische Problem ist der Aufsatz ohne alle Bedeutung; die Erkenntniß des Wesens der Billigkeit wurde durch ihn nicht gefördert. M. Voigt Die Lehre vom ius naturale, aequum et bonum und ius gentium der Römer. Hierher gehört ein Theil des I. Bandes (Ppz. 1856, 630 S.) des mit erstaunlicher Gelehrsamkeit, namentlich Quellenkenntniß, geschriebenen Werkes. — Puchta Pand. §. 21, Thöl Einleit. §. 40, Unger I S. 71 ff., Windscheid I §. 28, und „Recht und Rechtswissenschaft. Eine Rede“ (Greifswald 1854) S. 9 ff., Warnkönig Juristische Encycl. (Erlangen 1853) S. 46—50 (unklar). Eyner Recht und Billigkeit in d. Jurist. Blättern 1874 Nr. 8, 9; er spricht sich (mit gutem Grund) gegen das Ueberwuchern der Billigkeit d. h. gegen zu weit gehendes Individualisiren (S. N. 231) aus, wobei aber auch die in N. 223 a. N. angedeutete Vorstellung von Billigkeit mit unterläuft. — Die ältere Literatur f. bei Albrecht S. 43 Note 91 und S. 42—62 passim. — Unter den philos. Schriftstellern ist hervorzuheben Herbart in den v. Hartenstein herausg. sammtl. Werken Bd. VIII S. 45—60.

<sup>220a)</sup> S. Hartter XXIX S. 254, XXX S. 411 ff. (§§. 29, 30).

<sup>221)</sup> Man denke an Aussprüche, wie: „Hoc aequitas suggerit, etsi iure deficiamus“ (I. 2 §. 5 D. 39, 3) — „Licet hoc iure contingat, tamen aequitas dicitur“ etc.

Unangemessenheit vieler Vorschriften desselben für unsere Verhältnisse und Anschauungen. Seine Meinung war um so gefährlicher, als man mit dem Worte „Billigkeit“ verschiedene Vorstellungen verband, namentlich dabei oft an das Vernunftrecht dachte, wo dann der Richter sein Rechtsgefühl über das des Gesetzgebers stellte,<sup>222)</sup> während viele Andere an ein Ablassen vom Rechte aus Mitleid u. dgl. dachten,<sup>223)</sup> wo dann der Richter, der solche Billigkeit übte, aus fremden Taschen großmüthig war.<sup>224)</sup> Darum gebot das Josephinische Gesetzbuch I §. 24: „Auch soll kein Richter unter Vorschüzung einer von der Strenge der Rechte unterschiedenen Billigkeit von der klaren Vorschrift der Gesetze abgehen.“ Im Westgalizischen Gesetzbuch und im allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch begnügte man sich damit, die Billigkeit unter den Rechtsquellen und Interpretationsmitteln nicht zu erwähnen.<sup>225)</sup>

Dennoch müssen wir hier von dem Wesen der Billigkeit und ihrem Verhältnisse zum Rechte Rechenschaft geben, zumal dieses schwierige Problem bisher zu wenig durchdacht worden ist.<sup>226)</sup>

Mag auch das Wort „Billigkeit“ seiner Urbedeutung nach soviel heißen als „Gerechtigkeit“,<sup>227)</sup> so haben doch seit lange sich verschiedene Vorstellungen an diese Wörter geknüpft, wie denn das Wortpaar „recht und billig“ zugleich auf die Verwandtschaft und auf die Verwandtschaft von Recht und Billigkeit hindeutet.<sup>228)</sup> In der That ist die Billigkeit eine selbständige Idee, was sich schon darin zeigt, daß sie auf Gebiete sich erstreckt, wohin ihr das Recht nicht zu folgen vermag.<sup>228a)</sup> Beispiele hiefür liefert die Vertheilung gewisser öffentlicher Lasten (Vormundschaft, ex-officio-Verteidigung u. s. w.), die Beförderung im Staatsdienst, oder gar die Verleihungen von Auszeichnungen, ganz insbesondere

(l. 32 pr. D. 15, 1) — „ubi aequitas evidens poscit, subveniendum est“ (l. 183 D. de R. J.).

<sup>222)</sup> Vgl. die oben S. 5 Note 23 gegen E. abgedruckte Stelle aus Zeiller's Vortrag von 1801. Portalis S. 198: „Die Billigkeit ist das Zurückkehren zum natürlichen Recht bei dem Schweigen, dem Widerspruch oder der Dunkelheit der positiven Gesetze.“

<sup>223)</sup> Vgl. Zeiller Comm. I S. 69 f., Bauer Lehrb. d. Naturrechts (2. Ausg. 1816) S. 66: „Billigkeit ist die Beschränkung unseres Rechtsgebrauchs durch Tugendpflichten.“ Vgl. die bei Hartter XXIX S. 283 ff. (§. 12) und bei Albrecht S. 22 f. Note 41 Citirten. Dann Donat. zu Terent. Adolph. I, 1 v. 26: „aequitas est, quae de iure multa remittit.“ — Dagegen ist nach Kant (Metaphys. Anfangsgründe der Rechtslehre S. XXXIX f. die Billigkeit „keineswegs ein Grund zur Aufforderung bloß an die ethischen Pflichten Anderer (ihr Wohlwollen und [ihre] Gültigkeit), sondern der, welcher aus diesem Grunde etwas fordert, sucht sich auf sein Recht, nur daß ihm die für den Richter erforderlichen Bedingungen mangeln, nach welchen dieser bestimmen könnte, . . . auf welche Art dem Anspruch desselben genügt werden könne.“ Ihm ist Billigkeit „ein Recht ohne Zwang“ und ein „Gerichtshof der Billigkeit ein Widerspruch in sich selbst.“

<sup>224)</sup> Dagegen Hugo Gesch. d. Röm. R. S. 114 Note \*: „Man muß sich unter aequitas nur nicht ein Ablassen vom strengen Rechte aus Großmuth oder Barmherzigkeit denken; denn keine Obrigkeit ist dazu da, auf anderer Leute Unkosten großmüthig und barmherzig zu sein“ . . . (cit. bei Schöman S. 130 und Zeiller I S. 72 Note).

<sup>225)</sup> Daß dieses Schweigen dieselbe Bedeutung hat, wie die Vorschrift des Jos. G. B., bestätigt Zeiller I S. 69.

<sup>226)</sup> Dies gilt von den Juristen, wie von den Philosophen. Unter den Letzteren kommt Herbart das Verdienst zu, die Billigkeit als eine selbständige Idee erfaßt zu haben, wenn auch einseitig: als Vergeltung (vgl. Hartter XXIX S. 272 ff. (§. 8)). Unter den Juristen hat sich Voigt großes Verdienst um die Geschichte der römischen aequitas erworben; seinen philosophischen Aufstellungen dagegen (S. 11—33) können wir nur zum geringeren Theile zustimmen.

<sup>227)</sup> „Bill“ = Recht, ins; „Unbill“ = Unrecht, iniuria. Vgl. Grimm Wb. II, 26 vb. Bill, II 27—29 vb. billisch, billig. — „Billigkeit“ a) im subj. S.: eine Gesinnung (also parallel zu „Gerechtigkeit“), b) im obj. S.: eine Norm (parallel zu „Recht“). Näheres über Etymologie und Bedeutung in den Excursen.

<sup>228)</sup> Vgl. Grimm Wörterbuch II S. 28.

<sup>228a)</sup> Geleugnet wird dies von Voigt S. 13.

aber das Verhältniß von Leistung und Gegenleistung in Handel und Wandel. Aber auch wo innerhalb des Rechtes die Billigkeit in Frage kommt, bezeichnet sie ein einzelnes Moment an dem Rechte, sonst wäre ein „billiges Recht“ eine Tautologie, ein „unbilliges Recht“ eine *contradictio in adiecto*. Um es mit Einem Worte zu sagen: Die Billigkeit ist die Idee des Maaßes in der ethischen Welt.<sup>228b)</sup> Daß die Kinder der väterlichen Gewalt unterliegen, ist Recht; wie weit aber diese Gewalt sich erstrecken soll, eine Frage der Billigkeit. Ob eine Handlung Strafe verdiene, ist eine Frage des Rechtes, wie groß die Strafe sein soll, eine Frage der Billigkeit. So gewiß nun auch ein abstracter Maßstab aufgestellt werden kann, so gewiß wendet sich das Werthurtheil der Billigkeit ebenso an die abstracte Norm, als an die concrete Anwendung derselben.<sup>229)</sup> So z. B. kann man die Straffsätze, die auf verschiedene Verbrechen gesetzt sind, unbillig d. h. unverhältnißmäßig finden, oder aber das innerhalb des Straffsatzes sich haltende Strafmaaß im einzelnen Urtheil für unbillig, d. h. dem Maße der Schuld nicht entsprechend erklären. Dort wo die Billigkeit auf dem Gebiete des Rechtes zur Sprache kommt, verhält sich dieses zu jener etwa so, wie die Richtung einer Kraft zu ihrem Maaß.

Des Näheren können wir nun diese Maßvorstellung in den meisten Fällen auf den Gedanken der relativen Gleichheit zurückführen, der sich wohl schon bei den obigen jenseits des Rechtsgebietes liegenden Beispielen dem Leser aufgebrängt haben wird. Billigkeit ist *aequitas*. Sie setzt also eine Vergleichung voraus. Hier nun tritt eine scheinbare Spaltung der Idee ein, je nachdem die *comparanda* innerhalb des einen Falles liegen (Schuld — Strafe, Waare — Preis u. dgl.) oder aber verschiedene Fälle mit einander verglichen werden. In Wahrheit aber kann auch in den Fällen der ersten Art die Betrachtung sich nicht auf den einen Fall beschränken, was namentlich hinsichtlich des Preises gewiß Jedem sofort einleuchtet. Somit kehrt die Vergleichung mehrerer Fälle überall wieder,<sup>230)</sup> nur daß in jenen Fällen daneben noch eine andere Vergleichung stattfindet.

Mit gutem Grunde nehmen heut zu Tage die meisten Rechtsgelehrten an, daß Recht und Rechtsprechung im Allgemeinen um so billiger sind, je mehr sie individualisiren,<sup>231)</sup> je feiner sie unterscheiden. Dies scheint nun das Gegentheil

<sup>228b)</sup> Man sagt z. B. Jemand sei mehr als billig gelobt oder getadelt, weniger als billig anerkannt worden u. dgl.

<sup>229)</sup> Dies gegen die Meinung, als ob die Billigkeit nur bei der Rechtsanwendung, also bei concreten Verhältnissen in Frage käme.

<sup>230)</sup> Dies wird von Vielen bei der Deutung des Wortes *aequitas* verkannt, indem sie nur an das *aequare ius facto* denken, so namentlich Albrecht S. 13 ff., Windscheid I §. 28 Note 1 a. A.

<sup>231)</sup> Klar und treffend ist dieser Gedanke dargelegt von Burcharbi Wiedereinsetzung in den vorigen Stand §. 1, wiederholt eingeschärft von Albrecht (*passim*, insbes. S. 1, 61 f., 81—88); vgl. auch Krug Compensation S. 17 Note 34, Puchta, Thvl, Unger a. d. a. O. — Natürlich ist dies *cum grano salis* zu nehmen, da es auch ein verkehrtes Individualisiren geben kann. Deshalb dürfen wir aber jenen Gedanken nicht preisgeben, sondern nur beschränken. Wenn Windscheid §. 28 Note 1 sagt: oft werde gerade das unbillig sein, daß gewisse individuelle Unterschiede berücksichtigt werden, so hat er gewiß Recht. Man denke nur an bevorzugte Stände. Zu unserer Definition der Billigkeit stimmt dies ganz gut. Nachdem gewisse factische Unterschiede sich ausgeglichen haben, wird die Ungleichbehandlung innerlich gleicher Verhältnisse als unbillig empfunden. — Manche Fälle lassen auch eine verschiedene Deutung zu. Als z. B. im röm. R. die *emancipati* zur Erbfolge zugelassen wurden, lag die *aequitas* in dem Absehen von der *emancipatio*, in der Gleichstellung der *emancipati* und *sui*, also im Nicht-Berücksichtigen eines Unterschiedes. Man kann aber auch sagen: Es schien *iniquum*, daß die *emancipati*, da sie doch *fili* blieben, den Fremden gleichgestellt waren. Jenen Unterscheidende übermog doch zu sehr das Gemeinsame (daß diese wie jene keine *Agnaten* waren). Indem man deshalb die *emancipati* unter die Erben stellte, trug man doch auch dem sie von den *sui* unterscheidenden

des Gleichstellens. Dennoch bestätigt es nur unsere Ansicht. Denn gegen das Princip der relativen Gleichheit verstößt man nicht nur durch die Ungleichbehandlung gleicher, sondern auch durch die Gleichbehandlung ungleicher Fälle.<sup>231a)</sup> Das logische Gesetz von Inhalt und Umfang der Begriffe hat sein Seitenstück im Rechte. Ein Rechtsatz besteht aus dem abstracten Thatbestand und der an ihn geknüpften (gedachten und gewollten) Wirkung. Je dürftiger nun der Thatbestand, um so weiter ist das Anwendungsgebiet des Rechtsatzes, um so verschiedener werden unter einander die Fälle sein, welche unter die gleiche Regel gezwängt werden. Je detaillirter der abstracte Thatbestand, desto enger der Kreis der darunter subsumirten Verhältnisse, desto ähnlicher diese einander. Wenn also eine Gesetzgebung nur in großen und groben Zügen die Lebensverhältnisse normirt, und dabei auch dem Richter nicht die Möglichkeit zu individualisiren offen läßt, so wird ihr Inhalt sehr oft als ein unbilliges Recht empfunden werden.

Als das Gesagte mag der §. 758 a. b. G. B. illustriren. Seine Disposition ist in zweifacher Beziehung unbillig: a) weil er den überlebenden Gatten überhaupt zu schlecht stellt, b) weil er zu wenig individualisirt: wenn erbberichtigte Verwandte, die nicht Descendenten des Erblassers sind, mit dem Gatten concurriren, ist sein Anspruch gleich groß, mögen es nun die nächsten Verwandten (Eltern) oder die fernsten (aus der sechsten Linie) sein. Daß nun diese ganz verschiedenen Fälle, wo sehr nahe oder sehr entfernte Verwandte des Erblassers da sind, im §. 758 gleichgestellt werden, ist unbillig d. h. widerspricht dem Princip der relativen Gleichheit. In beiden Richtungen aber haben wir verglichen: unter a) den Gatten mit den Verwandten (d. h. wie nahe sie dem Erblasser standen), unter b) die verschiedenen Verwandten unter einander.

Am billigsten nun wäre freilich jene Rechtsprechung, wo jeder einzelne Fall seine eigene Norm erhielt. Dies aber kann nur auf niederen Culturstufen stattfinden, wo das Recht noch im naiven Bewußtsein des Volkes ruht, und in der Rechtsprechung durch die Volksgenossen noch die Weisung und die Anwendung des Rechtes ununterschieden beisammen liegen. Reflexion und Satzung machen diesem Zustand ein Ende, wenngleich bei manchen Völkern für eine den einzelnen Fall seiner Regel entziehende Billigkeit auffallend lange ein gewisser Spielraum übrig bleibt.<sup>232)</sup>

Ein Gesetz kann der Billigkeit auch dadurch Rechnung tragen, daß es mit Rücksicht auf die (insbes. quantitative) Verschiedenheit gewisser Momente in den concreten Thatbeständen eine unbestimmte Größe in die Disposition aufnimmt, ihre Bestimmung je nach der concreten Sachlage dem richterlichen Ermessen (arbitrium) überlassend. Als Musterfälle können etwa die §§. 267, 520, 1220, 1221, 1257 genannt werden; ferner ist an die in den §§. 74, 121, 131, 189 angebrochte „angemessene Strafe“ zu erinnern; in anderen Paragraphen, wie

Moment billige Rechnung — in der Collation. — Was Voigt S. 13—18 gegen die angebliche Ueberschätzung des obigen Merkmals der Billigkeit sagt, trafe nur denjenigen, der die Billigkeit dem Rechte entgegen setzen wollte. Vgl. auch Wahlberg Das Princip der Individualisirung in der Strafrechtspflege (1869).

<sup>231a)</sup> Valeat aequitas, quae paribus in causis paria iura desiderat.“ Cicero Top. 4, 23. „Je nachdem man den Ton auf die pares causas oder auf die paria iura legt, tritt die eine oder die andere Seite des Gedankens in den Vordergrund.

<sup>232)</sup> Ein großer Theil des prätorischen Rechtes, namentlich die restitutio in integrum — die Praxis des Centumviralgerichtshofs — die englischen courts of equity. Immer setzt dies ein großes Vertrauen des Volkes zu den Behörden voraus, denen solches frei gegeben ist. Allmählig klären sich auch aus der Billigkeitspraxis feste Normen ab, die damit Theile des Rechtes werden; z. B. die Regeln über die querela inoff. test. in der Praxis des Centumviral-G., manche Grundsätze des Autorrechtes in der Praxis der courts of equity u. s. w.

z. B. 251, 341, 390, sind nur Nebenpunkte der Disposition dem richterlichen Ermessen überlassen. Ebenso kann in Verträgen und letztwilligen Verfügungen irgend ein Punkt der billigen Bestimmung durch einen Dritten ausdrücklich überlassen sein, wie denn auch, wo solches nicht der Fall ist, das Gesetz zur näheren Bestimmung des vagen Inhaltes eines Rechtsgeschäftes nicht selten auf das billige Ermessen des Richters hinweist (s. z. B. §§. 659, 904, 1152). Dieses arbitrium,<sup>232a)</sup> durch welches ein Moment in einem Gesetz, Testament oder Vertrag seine quantitative Bestimmung erhalten soll, verhält sich zur aequitas als Entscheidungsnorm, wie die factischen Gewohnheiten, auf die unser Gesetzbuch zuweilen hinweist (§§. 389, 549), zum Gewohnheitsrecht sich verhalten (s. bei §. 10). Aber auch in allen solchen Fällen begegnen wir der Maßvorstellung und dem Verlangen nach Individualisirung. Beides wird in dem Worte „angemessen“ angedeutet. Wie das Gesetz im §. 10 auf jene factischen Gewohnheiten hindeutet, so erwähnt das Josephinische Gesetzbuch im §. 24 a. E. ausdrücklich das arbitrium: „In denjenigen Fällen aber“ (fuhr es nach dem oben citirten Satze fort), „wo der Richter durch die Gesetze selbst angewiesen wird, auf Person, Zeit und Ort und andere Umstände zu sehen, liegt ihm ob, alle diese . . . Umstände nach der natürlichen Billigkeit zu beurtheilen.“ Im allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche ließ man auch diesen Satz als überflüssig weg, machte aber bei der Entscheidung nach dem Naturrecht dem Richter ein individualisirendes Verfahren ausdrücklich zur Pflicht (§. 7 i. f., vb: „mit Hinsicht auf die sorgfältig gesammelten und reiflich erwogenen Umstände“).<sup>233)</sup> —

Indem wir von einem „billigen Rechte“ sprechen und in solchem Falle die Billigkeit als eine Eigenschaft, ein Moment an dem Rechte erkennen, constatiren wir, daß die Idee der Billigkeit zwar von der des Rechtes verschieden ist, setzen sie einander aber nicht so entgegen, als ob das Gebiet der Billigkeit da anfinge, wo das des Rechtes aufhört. Dennoch findet solche Gegensetzung nicht selten statt und es kann dies bei genauerer Betrachtung nicht auffallen. Auch von der Billigkeit gilt, was wir oben vom Rechte und vom Schönen gesagt haben: daß die Idee zwar ewig ist, ihr concreter Inhalt aber dem Wandel der Geschichte unterliegt. Andere Zeiten, andere ethische Maßstäbe. Hält nun eine Rechtsfassung die Kritik der Billigkeit nach der Meinung einer Zeit, die einen anderen Maßstab hat oder feiner unterscheidet, nicht mehr aus, so wird leicht die von der veränderten Anschauung geforderte billigere Norm überhaupt als Ausspruch der Billigkeit (aequitas) dem positiven Rechte entgegengestellt werden, ohne Unterscheidung der Antheile, welche die beiden Ideen an ihr haben. Besonders häufig thut dies der römische Sprachgebrauch.<sup>234)</sup> Werden nun Billigkeit und Recht in diesem Sinne einander entgegengesetzt, so handelt es sich eben nur um den Gegensatz zwischen dem Inhalte eines geltenden und dem eines nach Geltung ringenden Rechtsatzes.<sup>235)</sup> Das Rechtsleben der Römer und in engeren Grenzen auch das der Engländer zeigt nun die merkwürdige Erscheinung eigener

<sup>232a)</sup> Vgl. Albrecht S. 21 Note; Zeiller I S. 71 ff.

<sup>233)</sup> Vgl. zu §. 7 i. f. Albrecht S. 62.

<sup>234)</sup> Adelung behauptet aber gerade von dem deutschen Worte „Bill“: es sei von jeher am meisten von dem empfundenen Rechte, dem Rechte der Natur gebraucht worden, im Gegensatz dessen, was dem gegebenen Rechte oder den Gesetzen gemäß ist.

<sup>235)</sup> Daß Voigt S. 15—20 den Unterschied von Recht und Billigkeit nur darin setzt, daß jenes als Wille der Staatsgewalt einen objectiven, diese als „Ausfluß der rechtlichen Ueberzeugung des Menschen“ (S. 18), als „rechtliche Anschauung und Ueberzeugung des Volkes“ (S. 18) einen subjectiven Charakter habe, — erklärt sich aus seiner Beschäftigung mit der römischen aequitas. Wie nahe seine Ansicht jener älteren steht, die bei der „natürlichen Billigkeit“ an das Naturrecht dachte (vgl. selbst noch Hartter XXIX S. 270), leuchtet von selbst ein.

Organe, durch welche die sich verjüngende Ueberzeugung einen autoritativen Ausdruck erhielt (bez. erhält) in Formen, welche zwischen theoretischem Meinen und formalem Staatswillen die Mitte halten. Deshalb kommt der römischen *aequitas* und der englischen *equity* eine auch äußere Autorität zu, die unserer Billigkeit abgeht. Jene sind Entwicklungsstufen des Rechtes.<sup>236)</sup>

Schließlich ist noch daran zu erinnern, daß die Billigkeit zuweilen nicht nur dem positiven Rechte, sondern dem Rechte überhaupt entgegengesetzt wird. Es spricht Jemand etwas als Forderung der Billigkeit aus, während er ein Gesetz tabeln würde, das dieser Forderung Rechnung trüge. Dies ist dann der Fall, wenn Jemand es für sittlich geboten erachtet, gewissen individuellen Umständen Rücksicht zu tragen, während er einsteht, daß das Recht auf solche Unterschiede nicht eingehen dürfe.<sup>237)</sup> Also ein Individualistren durch Berücksichtigung von Umständen, die man gleichzeitig als rechtlich irrelevant anerkennt. Diese Billigkeit besteht dann allerdings in einem Nachlassen vom Rechte und fällt in das Gebiet freier Sittlichkeit. Der Richter, der auf Kosten eines Dritten in diesem Sinne billig ist, thut Unrecht.<sup>238)</sup> Und eine Anomalie bleibt es auch, wenn ein Gesetz (wie z. B. das Hofd. vom 4. Mai 1841 zu §. 1264 oder der §. 37 der Conc. Ordg. v. 1868) der Billigkeit auf dieses dem Rechte fremde Gebiet folgt.

#### §. 8. \*)

Nur dem Gesetzgeber steht die Macht zu, ein Gesetz auf eine allgemein verbindliche Art zu erklären. Eine solche Erklärung muß auf alle noch zu entscheidende Rechtsfälle angewendet werden, dafern der Gesetzgeber nicht hinzufügt, daß seine Erklärung bey Entscheidung solcher Rechtsfälle, welche die vor der Erklärung unternommenen Handlungen und angesprochenen Rechte zum Gegenstande haben, nicht bezogen werden solle.

Eine von der gesetzgebenden Gewalt ausgehende Auslegung eines Gesetzes (sog. authentische Interpretation) ist ohne Rücksicht auf ihre wissenschaftliche Richtigkeit maßgebend. Die müßige, aber dennoch in der gemeinrechtlichen Theorie angeregte Frage, ob die authentische Interpretation nicht ein Reservatrecht der Krone sei,<sup>1)</sup> erlebte sich für uns durch die Natur der Sache und den Wortlaut des §. 8 („dem Gesetzgeber“ nicht: „dem Kaiser“) in verneinendem Sinne. Eine authentische Interpretation hat genau dieselben Voraussetzungen ihrer Gültigkeit, wie jedes andere Gesetz; dies gilt namentlich auch von der Kundmachung.<sup>2)</sup>

<sup>236)</sup> Daher haben bei der Frage, ob die Billigkeit über oder doch neben die Rechtsquellen zu stellen sei (s. oben), die Aussprüche der römischen Juristen irreführend, zumal sie das Wort *aequitas* bald in dem philosophischen, bald in dem obigen positiven Sinne nehmen. — Vgl. übrigens zu dem oben Gesagten Voigt S. 18—33 und Rüttimann Der engl. Civilproceß, Erste Beilage („Auszüge aus Blackstone und Woodbesson betreffend die Billigkeitshöfe“) S. 234 ff. Blackstone Commentaries I 91, III 50, IV 430 und insbef. III 429 ff.

<sup>237)</sup> Albrecht S. 18 behauptet, daß „der heutige Sprachgebrauch“ mit dem Worte Billigkeit „fast ausschließlich“ diese Vorstellung verbinde, was nicht zuzugeben ist. Natürlich muß ihm dann der Unterschied zwischen der „deutschen Billigkeit“ und der römischen *aequitas* (der individualistrenden Gerechtigkeit) sehr groß erscheinen. Auch wir nehmen, doch in anderem Sinne, einen Unterschied zwischen Billigkeit und *aequitas* an (s. oben). Wieder anders Voigt S. 3.

<sup>238)</sup> Vgl. Zeißler I S. 70; Hartter XXIX S. 285, XXX S. 415 f.

\*) Literatur: Savigny VIII S. 511 ff. Unger I §. 14. Lang Beiträge zur Hermeneutik S. 31 ff. S. Bremer in Bekker's Jahrb. d. gem. deutschen R. II. Bd. (1858) S. 240—299. Büßlan Mecklenburg. Landrecht I. Bd. (1871) S. 407—412.

1) S. Bremer S. 263 ff.

2) Der bß hat (in d. Ztschft. f. öst. R. G. 1845 II. Bd. S. 181—186) die Behauptung aufgestellt, wenn eine authentische Interpretation nicht gehörig kundgemacht ist, sei der sie übersehende Richter zwar entschuldig, aber sie müsse — wenn von der Partei nachgewiesen —

Die authentische Interpretation wirkt nicht bloß auf später sich ereignende Rechtsfälle, was Einige als „Rückwirkung“, als Ausnahme von dem Princip der „Nichtrückwirkung der Gesetze“ auffassen,<sup>3)</sup> Andere aber als keine wirkliche Ausnahme gelten lassen wollen.<sup>4)</sup> Jene betonen: der Inhalt der authentischen Interpretation sei erst durch sie publicirt, d. h. allgemein erkennbar geworden; Diese: es handle sich — wenigstens nach der Versicherung der Gesetzgebung — nicht um ein neues, sondern um ein schon bestehendes Gesetz; oder (wie Rudhart und Böhlau das ausdrücken) das erklärende Gesetz sei ein integrierender Theil des erklärten.

Manche ältere und neuere Juristen<sup>5)</sup> wollen der authentischen Interpretation die sogenannte rückwirkende Kraft dann versagen, wenn das erklärte Gesetz zu dunkel ist, als daß der durch die authentische Interpretation angegebene Sinn auf wissenschaftlichem Wege hätte erkannt werden können; Andere wenigstens dann, wenn es klar ist, daß dieser Sinn in jenem Gesetze nicht enthalten ist, sondern erst nachträglich ihm unterlegt wird. Diese Erwägungen können aber zunächst nur für den Gesetzgeber bestimmend sein, für den Richter nur dann, wenn es zweifelhaft ist, ob der Gesetzgeber etwas als authentische Interpretation betrachtet wissen wolle oder nicht. Ist aber die Absicht klar, dann kann der Richter darum die Anordnung des §. 8 (d. h. die sog. rückwirkende Kraft) nicht ausschließen, weil seiner Ueberzeugung nach das neue Gesetz das alte nicht auslegt, sondern ihm einen anderen Sinn unterlegt.<sup>6)</sup>

Man unterscheide also folgende Fälle: 1) Es ist zweifelhaft, ob etwas authentische Interpretation sein soll oder nicht;<sup>7)</sup> dann kommt außer anderen Momenten, aus denen der Wille des Gesetzgebers zu erkennen ist, auch das innere Verhältniß zwischen dem erklärenden und dem erklärten Gesetze in Betracht. 2) Es ist ausdrücklich gesagt, daß eine authentische Interpretation vorliege;<sup>8)</sup> dann hat sie die sogenannte rückwirkende Kraft, außer 3) der Gesetzgeber schließt diese selbst aus (§. 8 i. f.).<sup>9)</sup> 4) Das Gesetz sagt selbst, daß es eine Modification, nicht eine bloße Interpretation des Bestehenden enthalte.<sup>10)</sup> Dann kommt nicht §. 8, sondern §. 5 zur Anwendung.

Ueber die Tragweite der authentischen Interpretation ist zu bemerken: 1) Es wird im Allgemeinen betrachtet, als hätte ihr Inhalt gegolten vom Beginn der Geltung des erklärten Gesetzes. Jedoch 2) abgethane Sachen bleiben

---

beobachtet werden, und der Richter könne sich auch selbst die Ueberzeugung von ihrer Existenz verschaffen, wie der gemeinrechtliche Richter von der eines Gewohnheitsrechtes. — Aber die Auslegung ist keine gesetzliche, wenn sie nicht in der Form eines Gesetzes hervortritt. Gegen Herbst s. Unger I S. 99 N. 12 und Stubenrauch (2. Aufl.) I S. 49 N. 1.

<sup>3)</sup> So namentlich Viele in der älteren Literatur.

<sup>4)</sup> Unter den Älteren z. B. Rudhart; seit Savigny (S. 511 ff.) ist dies die herrschende Ansicht.

<sup>5)</sup> S. Bremer S. 246 ff.; und die Excurse zu §. 8.

<sup>6)</sup> Hierüber gab es unter den Redactoren keine Meinungsverschiedenheit: s. Excurse zu §. 8. — Auch Zeiller (S. 75 und vgl. oben S. 104 Note 105) ist nicht (wie man nach dem Citat bei Unger I S. 98 N. 7 glauben möchte) anderer Ansicht (der gleich nach dem cit. folgende Satz beweist dies), wohl aber Nippel I S. 88.

<sup>7)</sup> Vgl. Unger S. 98.

<sup>8)</sup> Beispiele bei Unger N. 11.

<sup>9)</sup> Ein Beispiel unten in der Lehre von der Staatsbürgerschaft; ferner Unger S. 101, N. 19. Nippel (S. 87 ff.) sagt: daß der Gesetzgeber damit eigentlich erkläre, er gebe keine Interpretation, sondern ein neues Gesetz. „Denn wie könnte er sonst jenes anordnen? würde das nicht eine rückwirkende Aufhebung der früheren gesetzlichen Anordnungen sein?“ Vgl. N. Schmid S. 147. — Wenn der Gesetzgeber wahrnimmt, daß eine mißverständliche Auslegung allgemein geworden und durch zahlreiche Juristicate befestigt ist, kann er wohl aus Schonung vorschreiben, daß seine Interpretation nicht auf früher begründete Rechtsverhältnisse angewendet werden solle.

<sup>10)</sup> Beispiel bei Zeiller S. 75 Note.

abgethan. Eine *causa praeterita* in diesem Sinne ist namentlich eine solche, welche durch rechtskräftiges Urtheil, durch Vergleich, durch Zahlung oder was dieser gleich wirkt, beendigt ist. Im Einzelnen ist zu beachten: a) rechtskräftiges Urtheil; während sonst auch ein Urtheil, das noch nicht in Rechtskraft erwachsen ist, genügt, um die Einwirkung eines neuen Gesetzes auszuschließen,<sup>11)</sup> ist es hier anders, d. h. auch das höhere Gericht hat noch die zwischen seinem und dem ersten Erkenntniß erschienene authentische Interpretation zu befolgen.<sup>12)</sup> Wenn aber Einige noch weiter gehen und auf Grund der authentischen Interpretation unter Umständen gegen ein rechtskräftiges Urtheil eine Nichtigkeitsbeschwerde zulassen wollen,<sup>13)</sup> so ist dies entschieden falsch.<sup>14)</sup> — b) Ein Vergleich kann nicht wegen einer authentischen Interpretation angefochten werden.<sup>15)</sup> — c) Zahlung: Manche<sup>16)</sup> wollen eine *condictio indebiti* wegen des durch die authentische Interpretation hervorgekommenen Rechtsirrhums (§. 1431) eintreten lassen, was unrichtig ist.

Es ist ein Verdienst Böhlau's (§. 410 f. und N. 41), die Formel gefunden zu haben, mit der alle solche, dem unbefangenen Gefühl widerstrebende, Uebertreibungen der sogenannten rückwirkenden Kraft abgewiesen werden. Die authentische Interpretation „*valet in illis, in quibus interpretatis legibus locus est*“ (Nov. 19), d. h. so oft, als auch ohne die authentische Interpretation das erklärte Gesetz zur Anwendung gekommen wäre, mit anderen Worten in allen Fällen, welche an sich und abgesehen von der Interpretation noch der richterlichen Anwendung des ausgelegten Gesetzes unterliegen können. Die authentische Interpretation kann nur bewirken: daß vom Gerichte so erkannt wird, nicht: daß überhaupt noch erkannt wird. Dies ist gewiß auch der Sinn der Worte des §. 8: „auf alle noch zu entscheidenden Rechtsfälle.“ —

Den Ministerien steht das Recht, Gesetze authentisch zu interpretiren, nicht zu.<sup>17)</sup>

Früher (Pat. 7. Aug. 1850 Nr. 325 §. 36) hatten gewisse (keineswegs alle) Plenarentscheidungen des obersten Gerichtshofes die Kraft einer authentischen Interpretation. Diese abnorme, richterliche und gesetzgebende Functionen in bedenklicher Weise confundirende Befugniß des obersten Gerichtshofes ist, weil dem Wesen der constitutionellen Gesetzgebung widersprechend, durch die Verfassung stillschweigend beseitigt.<sup>18)</sup>

1872 wurde mit Genehmigung des Kaisers (a. h. Entschließung vom 7. August) vom Präsidenten des obersten Gerichtshofes angeordnet, daß die principiell wichtigen Entscheidungen jedes Senates in ein „Spruchrepertorium“ eingetragen werden. Wenn ein Senat von einer solchen Entscheidung abzugehen beschließt, so muß die Rechtsfrage (vor der Veröffentlichung des Urtheils) dem

<sup>11)</sup> Savigny §. 510 ff.; Unger §. 128; Hüttner §. 61.

<sup>12)</sup> Savigny §. 513 N. 1; Unger §. 100; Windscheid I §. 33 Z. 2; Winwartter I §. 88.

<sup>13)</sup> Bremer, der freilich überhaupt keine rückwirkende Kraft der authentischen Interpretation will, hält jenes für eine Consequenz der herrschenden Lehre (§. 269).

<sup>14)</sup> Savigny §. 513 N. 1; Herbst in der Ztschr. f. öst. R. G. 1846 II. Bb. §. 67 ff.; Unger §. 100 N. 15—17; Stubenrauch (2. Aufl.) §. 49 N. 3.

<sup>15)</sup> Dies ist auch die herrschende Ansicht, sowohl unter den gemeinrechtl. Juristen (Savigny §. 512 i. f.; Windscheid §. 33 i. f.), als unter den österr. (f. Winwartter I §. 88; Stubenrauch I §. 50). — Anderer M. Unger §. 100 N. 15, arg. §. 1385.

<sup>16)</sup> Wächter II §. 152 ff.; Unger §. 100, 101; Stobbe §. 159.

<sup>17)</sup> Wenn ihnen ein solches Recht durch den Just. Min. Erl. v. 30. Juni 1852 eingeräumt worden wäre (was u. E. nicht der Fall war), so könnte dies doch h. z. Z. nicht mehr gelten. Vgl. Randa in der Gerichtshalle v. 1870 Nr. 6 (i. f.).

<sup>18)</sup> Randa a. a. O. Eine andere Auffassung scheint jedoch dem Just. Min. Erlaß v. 5. Mai 1875 Z. 5563 (mitgetheilt in der Not. Ztg. 1875 Nr. 47) zu Grunde zu liegen.

maßgebenden Ausspruch eines verstärkten Senates von 15 Mitgliedern unterworfen werden. Dieser wird in ein „Judicatenbuch“ eingetragen, und ist für alle Senate bindend, so lange er nicht durch den Beschluß eines Senates von 21 Mitgliedern beseitigt wird. Aber auch dieser fortan ebenso bindende Beschluß kann wieder durch einen späteren Beschluß eines Senates von 21 Mitgliedern abgeändert werden. Beschließt ein einfacher Senat (von 7, ausnahmsweise 11 Mitgliedern) von einer im Judicatenbuch eingetragenen Entscheidung abzugehen, dann muß, will ein Referent eine abweichende Ansicht vertreten, dann kann die Rechtsfrage einem verstärkten Senate von 21 Mitgliedern vorgelegt werden.<sup>19)</sup>

Von der doctrinären Auslegung unterscheiden sich diese Entscheidungen dadurch, daß sie nicht bloß durch eine innere, nämlich die überzeugende Kraft wissenschaftlicher Gründe, sondern durch eine äußere Autorität, eine bindende Kraft auf die Rechtsprechung einwirken. Darin ähneln sie der authentischen Interpretation, von der sie aber doch wesentlich sich unterscheiden;<sup>20)</sup> denn 1) muß eine authentische Interpretation von allen Gerichten befolgt werden, die in solchen Judicaten enthaltene Gesekauslegung braucht von den Untergerichten nicht befolgt zu werden;<sup>21)</sup> 2) sind die Senate des obersten Gerichtshofes wohl an den Inhalt des Judicatenbuchs gebunden, können aber seine Abänderung beantragen, und ein verstärkter Senat von 21 Mitgliedern kann sie jederzeit beschließen.

So liegt hier weder eine Ausnahme von dem pr. des §. 8 („nur dem Gesetzgeber“), noch eine solche von dem Satze vor, daß Präjudicien bei uns keine Rechtsquelle sind (a. b. G. B. §. 12; Unger I. S. 44); es gibt eben in Oesterreich keine Art einer bindenden usuellen Interpretation (arg. §. 10).

## §. 9.

Dauer des Gesetzes.\*)

Gesetze behalten so lange ihre Kraft, bis sie von dem Gesetzgeber abgeändert oder ausdrücklich aufgehoben werden.

I. Der §. 9 will 1) den in der älteren Literatur oft vertheidigten Satz: „cessante ratione legis cessat lex ipsa,“ dessen Unrichtigkeit wir schon oben (S. 181 f.) dargelegt haben, ablehnen, und 2) die desuetudo (im weiteren Sinne) ausschließen. Er will sagen: 1) ein Gesetz hört nicht von selbst (cessante ratione) zu gelten auf; es muß aufgehoben werden, und 2) dies Aufheben kann nur vom Gesetzgeber ausgehen. Beide Gedanken fanden noch im Westgalizischen Gesetzbuch (I) in den §§. 20 und 21 gesonderten Ausdruck und

<sup>19)</sup> Vgl. die Zuschrift des Präs. d. ob. G. H. an die „allg. österr. Ger. Ztg.“ (durch welche die amtliche Veröffentlichung des Spruchrepertorioms und des Judicatenbuchs erfolgt) Jahrg. 1872 Nr. 69. Sie enthält den Wortlaut der Instruction und gewissermaßen einen Commentar dazu.

<sup>20)</sup> Der Präsident selbst hebt (a. a. O. S. 274 col. 2) hervor, daß „solche Judicate nicht Gesetzeskraft haben können.“

<sup>21)</sup> „Spruchrepertorium und Judicatenbuch . . . sollen ganz eigentlich der Spruchpraxis des obersten G. H. dienen“ . . . „jeder bestimmende Einfluß derselben auf die Rechtspflege ist schlechthin ausgeschlossen“ (Worte jener Zuschrift). Freilich wird der untere Richter nicht leicht hin sich eine abweichende Ansicht bilden, wo eine so zahlreiche Versammlung höherer Richter gesprochen hat. Aber er soll nach seiner Überzeugung urtheilen, unbedenklich darum, ob sein Urtheil umgestoßen werde oder nicht.

\*) Literatur: Statt Aller Unger §§. 15, 16. — Die Protokolle, welche hinsichtlich des §. 8 sehr ergiebig sind (s. Excursus zu §. 8), bieten hinsichtlich des §. 9 gar nichts.

stehen in innigem Zusammenhange mit §. 8 wie mit §. 10, was ebenfalls durch die Vergleichung der citirten Paragraphen des Westgalizischen Gesetzbuches noch deutlicher wird, wobei auch jeder Zweifel darüber verschwindet, daß das Wort „ausdrücklich“ nur im Sinne der obigen Gedanken<sup>1)</sup> gebraucht ist und nicht urgirt werden darf, daß somit die Bedenken, welche die Stellung desselben manchen unserer Schriftsteller gemacht hat, grundlos sind.<sup>2)</sup> Mit andern Worten, es ist unzweifelhaft, daß damit nicht etwa für verschiedene Fälle Verschiedenes verordnet werden wollte und es ist demnach nur noch eine Frage wissenschaftlicher Neugierde, warum das fragliche Wort nicht vor „abgeändert“ gestellt wurde. Wahrscheinlich<sup>3)</sup> dachte man sich das „Abändern“ als Gegensatz der sogenannten reinen Abschaffung,<sup>4)</sup> wo dann der Zusatz „ausdrücklich“ mit gutem Grunde wäre vermieden worden. Der Gegensatz zu „ausdrücklich“ ist „stillschweigend“, das aber zweideutig ist: a) entweder geht es auf den Mangel jeder in Worte gefaßten Willensäußerung, und dann wäre eine „stillschweigende Aenderung“ nur durch eine *consuetudo legi contraria* denkbar, welche aber, wenn nicht schon durch die Worte „von dem Gesetzgeber abgeändert“, so doch ganz gewiß durch §. 10 deutlich genug ausgeschlossen erschien; oder b) man bezieht jenes Wort auf eine wörtliche, aber implicite Willensäußerung. Dieses aber entspricht a) nicht dem vorwiegenden Sprachgebrauche des Gesetzbuches (Ausnahme: §. 608), das z. B. die Aufhebung eines Testaments durch ein neues nicht als „stillschweigende“ Aufhebung bezeichnet (vgl. Marginal-N. zu §. 713 ff. mit Marginal-N. zu §. 721 ff.), sondern bei einer „stillschweigenden Erklärung“ an eine solche denkt, die durch concludente Handlungen (Marginal-N. zu §. 721, dann insbes. §. 863, ferner auch §§. 673, 1114, 1163, 1240, 1407) oder Unterlassungen erfolgt (z. B. *patiendo*: §. 152), namentlich (und dann ist das Wort in der eigentlichsten Bedeutung genommen) durch Schweigen, wo man hätte reden müssen, um das sonst Selbstverständliche auszusprechen (so in §§. 923, 969, 1004, 1113), oder wo (s. §. 782) das Schweigen ein bereites ist. Auch wäre es ß) höchst verkehrt gewesen, in diesem Sinne eine „ausdrückliche“ d. h. explicite Abänderung zu erfordern, also einem neuen Gesetze nur dann derogirende Kraft beizulegen, wenn es auf das zu ändernde Gesetz ausdrücklich Bezug nimmt.

II. Obige Erklärung gewinnt noch an Wahrscheinlichkeit durch die Thatsache, daß man früher die Aufhebung darnach einzutheilen pflegte, ob an die Stelle des Abgeschafften etwas Anderes gesetzt werde (Aenderung), oder nicht (reine Aufhebung).<sup>5)</sup> Diese Eintheilung combinirte man dann mit der in gänzliche und theilweise (Aufhebung bezw. Abänderung), und machte auch noch andere Unterscheidungen. Diese müßigen Schuldistinctionen gewinnen auch

<sup>1)</sup> Und zwar beider. Für den ersten steht dies fest durch §. 20 Westg. G. B. I, für den zweiten ergibt es sich aus der Thatsache, daß man zur Zeit der Abfassung des a. b. G. B. die *desuetudo* als eine vom Gesetzgeber „stillschweigend“ vorgenommene (oder doch genehmigte) Aufhebung ansah. Vgl. Glük I S. 515.

<sup>2)</sup> Vgl. Unger S. 104 Text und Note 15—18.

<sup>3)</sup> Eine andere Erklärung, die auch recht wohl möglich ist, bei Unger §. 15 N. 17.

<sup>4)</sup> Daß Zeiller S. 76 das mehrdeutige Wort in einem andern Sinne nimmt, fielen nur dann schwer in die Wage, wenn er damit überhaupt etwas Meritorisches hätte aussagen wollen, was nicht der Fall ist.

<sup>5)</sup> Die logische Ungenauigkeit, die dabei unterläuft, liegt auf der Hand, da auch der contradictorische Gegensatz hier nie in der reinen Negation verharren kann, weil es im Rechte keine Lücken gibt. So gewinnt z. B. die einfache Negation des S. C. *Velleianum* sofort die positive Gestalt: Frauen können *intercedere* (s. 1349). Da ferner selbstverständlich auch negirende (insbes. verbietende) Rechtsätze etwas Positives sind, so ist das Verschwinden eines Rechtsatzes, ohne daß ein aliud an die Stelle träte, undenkbar.

dadurch nicht an Werth, daß sie schon bei den Römern üblich waren,<sup>6)</sup> und führen bei nicht ganz constantem Sprachgebrauch<sup>7)</sup> nur zur Verwirrung.

III. Der §. 9 enthält demnach die folgenden (und nur die folgenden) Anordnungen:<sup>8)</sup> 1) weder der Doctrin, noch einer Behörde (etwa einem Ministerium), noch dem Richter steht es zu, ein Gesetz für cessante ratione antiquirt zu erklären; nur der Gesetzgeber kann dies thun, und zwar nur in der Form, in der ein Gesetz gegeben wird, — so daß in allen diesen Beziehungen dasselbe gilt, was wir von der authentischen Interpretation ausgeführt haben (§. 8 vgl. §. 21 Westfal. G. B. I); 2) der *desuetudo* kommt ebenso wenig als der *consuetudo* (§. 10) eine rechtsändernde Kraft zu; wie diese keinen Rechtsatz zu bilden vermag, vermag jene keinen aufzuheben (vgl. Joseph. G. B. I §§. 9, 10 und 25). Und zwar soll nicht nur eine ändernde Gewohnheit (*consuetudo legi contraria*), sondern auch eine rein abschaffende Gewohnheit (*desuetudo* im engeren Sinne)<sup>9)</sup> keine Kraft haben.<sup>10)</sup> — Es ist (nicht bei uns, aber anderwärts) die Frage angeregt worden, ob eine Anordnung, wie die zuletzt angeführte (und die des §. 10) überhaupt eine verbindende Kraft habe?<sup>11)</sup> Eine logisch zwingende Antwort darauf gibt es nicht; es ist bekannt, wie die Rechtsüberzeugung hierüber im Laufe der Jahrhunderte sich geändert (vgl. l. 2 Cod. VIII, 53 mit Feud. II. 1 pr.) und daß sie in den letzten Jahrhunderten wieder entschieden zu Gunsten der Bejahung jener Frage sich entwickelt hat. Die Geltung der §§. 9 und 10 steht praktisch außer Frage. Die theoretische Antwort aber hängt zunächst davon ab, wie man über das Rangverhältniß der verschiedenen Rechtsquellen denkt,<sup>11a)</sup> dann — wenn man mit den meisten

<sup>6)</sup> Ulpiani fragm. I 3: *Lex aut . . . abrogatur i. e. prior lex tollitur; aut derogatur i. e. pars primae (legis) tollitur; aut subrogatur i. e. adicitur aliquid primae legi; aut obrogatur i. e. mutatur aliquid ex prima lege.* — Cicero de republ. III cap. 22: *huic legi nec obrogari fas est, neque derogari aliquid ex hac licet, neque tota abrogari potest.* Cf. Cicero de invent. rhet. II c. 45; Festus vb. *derogare, exrogare (ex lege veteri aliquid eximere per novam legem); obrogare;* — l. 102 Dig. 50, 16, Auct. ad Herenn. II, 10. Vgl. hiezu Dirksen Beiträge (1825) S. 294—297.

<sup>7)</sup> Schon bei den Römern. Vgl. die engere Bedeutung von *derogare* in der vorigen Note mit der weiteren, in welcher es in dem Sprüchwort *lex posterior derogat priori* gebraucht ist. Livius IX c. 34 brüht denselben Gedanken so aus: *ubi daae contrarias leges sunt, semper antiquae obrogat nova.* Eine andere Bedeutung von *obrogare* in der vor. Note, eine dritte bei Dirksen S. 295. — Vollends bei den Neueren. Viele halten sich an den Sprachgebrauch Ulpian's (z. B. Schuster S. 172 f., Thibaut Pand. 8. Aufl. S. 40), während Andere (z. B. Glück 2. Aufl. I S. 514, Lang Lehrbuch [2. Ausg.] S. 78) *obrogare* von der Aenderung im eng. S. verstehen, ohne Unterschied, ob sie eine gänzliche oder theilweise ist (also wie bei Livius), und *derogare* von der theilweisen Aufhebung, ohne dabei die reine Aufhebung und die Aenderung im eng. S. auseinanderzuhalten. Andere wieder anders. Es lohnt nicht, darauf einzugehen.

<sup>8)</sup> Vgl. Zeiller S. 77: „Der Gesetzgeber kann das Urtheil, ob und inwiefern ein Gesetz noch ferner bestehen soll, weder den Gerichtshöfen, noch minder aber dem Willen des Volkes, ob es dasselbe noch ferner beobachten, oder außer Uebung setzen wolle, Preis geben.“

<sup>9)</sup> *Desuetudo* im weit. S. = Aufhebung (im weit. S.) eines Rechtsatzes durch Gewohnheit (s. z. B. l. 27 §. 4 D. 9, 2): a) *desuetudo* im eng. S. = reine Aufhebung durch Gewohnheit, b) *consuetudo legi contraria* oder auch *consuetudo obrogataria* = Aenderung (im eng. S., s. oben unter II) durch Gewohnheit.

<sup>10)</sup> Vgl. Unger Note 15 und Note 17 a: C.

<sup>11)</sup> Vgl. insbes. Windscheid §. 18 Note 3. — Von einem anderen Gesichtspunkt aus hält Basevi p. 20 den §. 9 für kein absolutes Hinderniß der *desuetudo*. — Schwanert (S. 21—23) spricht dem Gesetz die rechtliche Macht zu, *consuetudo* und *desuetudo* zu hindern, nicht aber auch die factische.

<sup>11a)</sup> Vgl. über diese Frage Mohl Politil I (Staatsrecht, Völkerrecht und Politil II) S. 394 ff., Stobbe I S. 137, Abi des S. 70 ff., Menger S. 89 Note 9. Gewöhnlich wird (oft in Anknüpfung an l. 2 Cod. VIII, 53) die Frage enger so gefaßt: ob durch Gewohnheits-

Rechtslehrern das Gewohnheitsrecht an sich dem Gesetze gleichstellt — auf das engste mit der anderen Frage zusammen: Kann in einem Gesetze dessen Aufhebung oder Aenderung durch ein späteres Gesetz bindend untersagt oder erschwert werden? Einerseits werden die Meisten darüber einig sein, daß, wenn für eine menschliche Satzung ewige Geltung in Anspruch genommen wird, dies weder Erfolg hat, noch zu haben verdient; <sup>12)</sup> andererseits kann es keinem Zweifel unterliegen, daß der Staatswille die Formen für seine bindenden Aeußerungen feststellen kann. <sup>13)</sup> In der Mitte zwischen diesen Endpunkten aber liegt des Zweifelhafsten gar viel. Wenn ein Gesetz bestimmt, daß jedes künftig über dieselbe Materie ersließende widersprechende Gesetz ungültig sein solle (sogen. derogatorische Clausel), so glauben Einige, <sup>14)</sup> daß erst diese Bestimmung widerrufen werden müsse, um Platz zu schaffen für ein abänderndes Gesetz, während Andere <sup>15)</sup> einer solchen Clausel jede Kraft absprechen, so daß sie die Regel „lex posterior derogat priori“ auch nicht zu modificiren vermöge. Andererseits kost sich Niemand daran, daß gewisse Gesetze (sogen. Grundgesetze) mit einer stärkeren als der gewöhnlichen Kraft ausgerüstet werden, <sup>15a)</sup> indem ihre Abschaffung von schwierigeren Erfordernissen (z. B. dem der Zweidrittel-Majorität) als den regelmäßigen abhängig gemacht wird; obwohl auch damit die Träger der gesetzgebenden Gewalt für sich und ihre Nachfolger einen Theil ihrer Freiheit aufgeben. <sup>16)</sup> So ist die Rechtsüberzeugung hier noch nicht zu der Klarheit eines Principis durchgebrungen. <sup>17)</sup>

recht ein Gesetz aufgehoben werden könne? Man verwechsle aber nicht die zwei Fragen: a) ob dem Gewohnheitsrecht an sich (von positiven Gesetzbestimmungen abgesehen) solche Kraft inne wohne, und b) ob — wenn dies der Fall ist — sie ihm durch ein Gesetz (wie §. 9) wirksam abgesprochen werden könne. Wer die erste Frage verneint, oder überhaupt das Gewohnheitsrecht dem Gesetze nicht gleichstellt (s. z. B. Wächter II S. 36 ff., 51, aber auch S. 39), für den hat die zweite Frage keinen Sinn mehr. Ihm verfügt §. 9 etwas, das auch ohne diese Verfügung gelten würde. — Inconsequent ist es, daß Mohl Gesetz und Gewohnheit gleichstellt (S. 395), dennoch aber dieser eine stärkere derogirende Kraft beilegt, als dem Gesetze (S. 396). Vgl. hier Note 12 a. C.

<sup>12)</sup> Lex in perpetuum valitura! (z. B. l. 6 Cod. V, 9; Const. Dedit (Tanta) §. 23. — Könnte dergleichen gelten, so wären die Beschlüsse eines längst verstorbenen Geschlechtes die unwandelbare Norm für ein lebendes und vielleicht einsichtsvolleres Geschlecht! — Theilweise a. M. Mohl, der (S. 396) annimmt, die gesetzliche Aenderung gewisser Gesetze könne nicht nur erschwert, sondern unmöglich gemacht werden, wo dann nur noch die desuetudo helfen könne (vgl. vorige Note).

<sup>13)</sup> S. z. B. l. 1 Cod. Theod. I, 1, was man in gewissem Sinne (vgl. §. 716 a. b. C. B.) auch eine derogatorische Clausel nennen könnte.

<sup>14)</sup> Z. B. Windscheid a. a. D.

<sup>15)</sup> Z. B. Thibaut (8. Ausg.) §. 39, der sich in Note q auf eine eigene Schrift von Hertius bezieht, und Bartolus als dissentirend anführt; — Glück I S. 513 f., Unger §. 15 Note 10.

<sup>15a)</sup> Schon Schuster (1818) S. 172 gedenkt bei §. 9 der stärker-verbindenden Kraft der „Fundamental-Gesetze“. Mohl Staatsrecht, Völkerrecht und Politik I S. 82 beruft sich für sie auf „das allgemeine Rechtsbewußtsein der ganzen Zeit“.

<sup>16)</sup> Dies ist freilich nicht der Fall, wenn es sich nur um andere als die gewöhnlichen, aber ebenso leicht zu beobachtende Formlichkeiten handelt. Dieser Fall verhält sich zu dem der gänzlichen Unterjagung ändernder Gesetze, wie die beiden in §. 716 pr. erwähnten Clauseln zu einander sich verhalten. — Daß übrigens eine positive Entscheidung obiger Fragen nicht etwa aus einer Analogie von §. 716 gewonnen werden kann, erhellt sofort, wenn man nur an die ratio legis dieses Paragraphen denkt! —

<sup>17)</sup> Es kann hier nicht tiefer auf diese Fragen, die in eine philosophische Betrachtung des allgemeinen Staatsrechtes gehören, eingegangen werden. Bei den meisten Publicisten findet man nicht einmal einen Gedanken an diese Fragen, geschweige denn eine Antwort. S. z. B. Schmittbinner Grundlinien des allg. ob. idealen Staatsrechtes (1845, III. Bb. der „Zwölf Bücher“) §. 81 (S. 311 f.); Buntzschli Allgem. Staatsrecht. 2. Aufl. I S. 478, 4. Aufl. I S. 546. — Mohl Politik I (Staatsrecht, Völkerrecht und Politik II)

IV. Der §. 9 enthält nicht eine erschöpfende Aufzählung der Erlösungsgründe. Es gilt demnach, wie schon angedeutet wurde — trotz jenem „ausdrücklich“ — der Satz „lex posterior derogat priori“ auch für uns,<sup>18)</sup> d. h. ein neues Gesetz hebt durch seinen Inhalt alle ihm widersprechenden Gesetze, soweit sie eben widersprechen,<sup>18a)</sup> von selbst auf, mag es auch auf diese Gesetze weder speciell, noch auch nur in einer allgemeinen Wendung hinweisen. Die neueren Gesetze haben regelmäßig im EinführungsGesetz einen Artikel, der „alle bisherigen Gesetze“, die „sich auf die Gegenstände dieses Gesetzes beziehen“, außer Kraft setzt. Regelmäßig geschieht dies im Anschluß an die Festssetzung des Tages, an welchem „die Wirksamkeit“ des neuen Gesetzes beginnen soll, mit der Bemerkung, daß von demselben Zeitpunkte an die älteren Gesetze außer Kraft treten. Es hört somit die Geltung eines Gesetzes nicht schon mit dem Zustandekommen des neuen Gesetzes, nicht mit der Sanction (dem Anfang seiner Gültigkeit) und, wo eine *vacatio legis* Platz greift, auch nicht mit der Publication, sondern erst mit dem Beginne der Wirksamkeit des letzteren auf.<sup>19)</sup> — Ebenso versteht es sich von selbst, daß durch §. 9 die sogen. inneren Endigungsgründe<sup>20)</sup> der Wirksamkeit eines Gesetzes nicht ausgeschlossen sind: z. B. Eintritt der im Gesetze selbst gegebenen Zeitgrenze, Wegfall der darin normirten Verhältnisse u. dgl. — Wir haben oben gesehen, daß mit der *ratio legis* nicht dessen *dispositio* ohne weiteres entfällt. Nun aber scheint die Logik für die *ratio iuris* (im Sinne von „höherer Rechtsatz“) das Gegentheil zu verlangen. Doch kann man hierbei nicht vorsichtig genug sein. Nur dort, wo eine Verfügung einzig und allein Folge eines Rechtsatzes (*Principes*) ist, entfällt sie mit dessen Aufhebung; nicht aber auch dort, wo sie auch losgelöst aus dem ursprünglichen Zusammenhang noch einen Sinn hat, wo außer der *ratio iuris* noch irgend eine andere *ratio legis* für ihn sich denken läßt. Beispiel:<sup>21)</sup> Mit der Aufhebung des §. 994 war nothwendiger Weise der §. 993 von selbst aufgehoben; nicht aber auch das Verbot der *lex commissoria* bei der Verpfändung (§. 1371), das zwar mit der Furcht vor dem Wucher zusammenhängt, aber auch bei voller Freiheit im Zinsnehmen einen Sinn hat. — Das zuletzt über das Verhältniß von Princip und Folgeatz Gesagte gehört sowohl in die Lehre von den Gründen, als in die von dem

V. Umfang der Aufhebung der Gesetze.<sup>22)</sup> Am wichtigsten ist in dieser Hinsicht die Frage, ob mit der Regel auch ihre Ausnahmen aufgehoben werden. Selbstverständlich: ja, wenn ein ganzes Institut beseitigt wird, oder sonst das neue Gesetz absolut durchgreifen will, was theils aus seiner Wortfassung, theils aus seiner *ratio* zu entnehmen ist. Ebenso selbstverständlich ist es, daß die Ausnahmen in der neuen Regel aufgehen, wenn sie nur die einfache Verneinung der alten Regel für gewisse Fälle waren, während die neue Regel dieselbe Ver-

---

§. 403—407 geht allerdings auf die Frage ein, führt aber für die verschiedene Begründungsweise und Kraft verschiedener Gesetze nur Nützlichkeitsgründe an; der rechtsphilosophischen Schwierigkeit der Frage ist auch er sich nicht bewußt geworden (vgl. oben Note 12 a. E.).

<sup>18)</sup> Vgl. Unger S. 103.

<sup>18a)</sup> „Widersprechen“: es setzt dies voraus, daß beide Gesetze über denselben Gegenstand in derselben Beziehung Verfügungen treffen. Vgl. Stubenrauch (2. Aufl.) S. 50. — „Soweit“: das alte Gesetz ist nur in dem Umfange abgeschafft, in dem das neue unzweifelhaft gelten will. Vgl. Unger S. 105.

<sup>19)</sup> Vgl. oben bei §. 3 insbes. S. 149 Note 107; Unger a. a. D.

<sup>20)</sup> Ueber sie ist zu vgl. Unger S. 101 f.

<sup>21)</sup> Wir sehen bei dieser ganz abstracten Frage vom positiven Rechte, namentlich von der ausdrücklichen Anordnung des §. 6 des Ges. v. 14. Juni 1868 ab.

<sup>22)</sup> Hierüber ist zu vgl. die gebiegene Untersuchung Thibaut's in seinen Civilistischen Abhdlgn. (1814) S. 108—130; dann Unger §. 16, Windscheid §. 31.

neinung ganz allgemein ausspricht.<sup>23)</sup> Anders im Falle einer Aenderung im engeren Sinne (s. oben II). Hier ist die Frage im Zweifel zu verneinen.<sup>24)</sup> Er macht dabei keinen Unterschied, ob auch die Ausnahmen eine Modification<sup>25)</sup> oder aber eine einfache Verneinung<sup>26)</sup> der alten Regel enthielten.

VI. Die Aufhebung eines Gesetzes, wodurch ein anderes aufgehoben worden ist, setzt nicht schon damit allein dieses wieder in Kraft.<sup>27)</sup> Beachtung verdient noch Folgendes.<sup>28)</sup> Gewisse Classen von Personen oder Sachen wurden in verschiedenen Beziehungen, in begünstigender oder obsoletter Art ausgezeichnet. Später wird principiell dies aufgehoben d. h. die Gleichstellung jener Classen mit anderen ausgesprochen; noch später wieder dies principielle Gesetz abgeschafft. Das Gesetz der zweiten Periode hatte von selbst alle entgegenstehenden Besonderheiten beseitigt; denn die Gleichheit ist die Verneinung jedweder Ungleichheit. Dagegen sind durch das letzte Gesetz jene Besonderheiten, wenn auf sie nicht Bezug genommen wurde, nicht von selbst repristinirt. Denn die Negation der Gleichheit sagt noch nicht aus, worin die Ungleichheit zu bestehen habe.<sup>29)</sup> Beispiel: Die „tobte Hand“ war früher im Erwerbe von Immobilien mannigfach beschränkt. Durch das Concordat (Art. 29 und 35) wurde sie anderen Rechtssubjecten principiell gleichgestellt, damit waren alle sogen. Amortisationsgesetze aufgehoben.<sup>30)</sup> Dadurch, daß Art. 6 des St.-G.-Gesetzes vom 21. Dec. 1867 (Nr. 152 R. G. B.) dieses Princip der Gleichstellung aufhob, sind jene singulären Bestimmungen nicht wieder in Kraft getreten.<sup>31)</sup>

VII. Wenn Theile des Staatsgebietes zurückerobert oder überhaupt wiedererworben werden; so leben damit nicht ohne weiteres die von der feind-

<sup>23)</sup> Also der Fall sogen. reiner Aufhebung im Unterschiede der Aenderung im eng. S. — Beispiele: Mit §. 1349 entfiel von selbst die frühere Ausnahme hinsichtlich der Handelsfrauen. — Würde ein neues Gesetz die in §. 205 vorgeschriebene Angelobung oder die Ausschließung der Frauen von der Vormundschaft (§. 192) abschaffen, so würde zwar in beiden Richtungen hinsichtlich der Mutter und Großmutter des Mündels nichts anderes gelten, als bisher, aber es wäre nichts Besonderes mehr. Die Ausnahme hört auf, Ausnahme zu sein. Dennoch wäre es unrichtig, zu glauben, die betreffenden Gesetze müßten nun in derselben Weise gänzlich entkräftet sein, als wenn sie ausdrücklich wären abgeschafft worden. Nach altem Rechte sollte z. B. in gewissen Fällen der Rechtsatz x, in allen übrigen aber y gelten. In jenen Specialgesetzen war des näheren angegeben, wie der Satz x zu anderen Normen des Rechtes sich verhalte; diese Bestimmungen nun, wenn sie nicht rein singulär, sondern in der Natur der Sache begründet sind, werden nicht aufgehoben, sondern verallgemeinert, wenn später an die Stelle von y als Regel x gesetzt wird. Vgl. Sammlung I Nr. 270, dann hier Note 30 und unten bei §§. 538, 539. (Es hat dies im Gebiete der subj. Rechte ein Analogon an der Erbschaft durch confusio, die auch dort nicht wirkt, wo das Auseinanderhalten der beiden Rechtsinhalte noch einen praktischen Werth hat, z. B. bei der Hypothek an der eigenen Sache.)

<sup>24)</sup> Vgl. nebst den in Note 22 Citirten auch schon Schuster S. 175 f.

<sup>25)</sup> Irigendwo würde z. B. das Zinsmaximum von 5% auf 6% (oder auch umgekehrt) gesetzt; dies würde nichts ändern für Geschäfte (etwa foenus nauticum) oder Personen (etwa Kaufleute), für die ausnahmsweise ein höherer Zinsfuß (etwa 12% oder 8%) bisher gestattet gewesen wäre. Vgl. Thibaut Abhdlg. S. 122. — Oder: es würden die 30 Jahre des §. 1478 auf 20 herabgesetzt, so würden die kürzeren Fristen der §§. 1480, 1487, 1489 davon nicht berührt werden.

<sup>26)</sup> Es würde z. B. für gewisse Fälle (z. B. foenus nauticum) der Zinsfuß bisher ganz freigegeben (vgl. vorige Note), also das gesetzliche Zinsmaximum für diese Fälle nicht modificirt, sondern negirt gewesen sein.

<sup>27)</sup> Vgl. I. 36 §. 4 D. 29, 1; A. b. G. B. §. 723 i. f.

<sup>28)</sup> Vgl. Unger S. 107 f.

<sup>29)</sup> Man kann auch sagen: die Gleichstellung (z. B. der Confessionen) ist ein Princip, die Zurücksetzung oder Bevorzugung nur eine Tendenz. Die Besonderheiten lassen sich auf eine Tendenz zurückführen, aber nicht durch logische Operation aus ihr ableiten.

<sup>30)</sup> Damit wurden die früheren ausnahmsweisen Befreiungen zur Regel erweitert; vgl. hier Note 23.

<sup>31)</sup> Worüber freilich in diesem Falle schon der Wortlaut des Gesetzes nicht den mindesten Zweifel übrig läßt. — Ein Beispiel aus früherer Zeit bei Unger S. 258 f.

lichen Regierung in der Zwischenzeit aufgehobenen Gesetze wieder auf.<sup>32)</sup> Anders bei einer bloß vorübergehenden Besetzung, wo die feindliche Herrschaft ihrer Natur nach eine bloß provisorische ist und das Völkerrecht verletzt, wenn sie sich (vor vollendeter Eroberung) den Charakter einer definitiven beilegt.<sup>33)</sup>

Andere Arten der Vorschriften, als:

### §. 10.

a) Gewohnheiten.

Auf Gewohnheiten kann nur in den Fällen, in welchen sich ein Gesetz darauf beruft, Rücksicht genommen werden.

### §. 11.

b) Provinzial-Statuten.

Nur jene Statuten einzelner Provinzen und Landesbezirke haben Gesetzeskraft, welche nach der Kundmachung dieses Gesetzbuches von dem Landesfürsten ausdrücklich bestätigt werden.

Die §§. 10—13 sind, soweit es sich um den ihnen gemeinsamen<sup>1)</sup> legislativen Gedanken handelt, das Complement des §. 1. Was dieser in positiver Form ausspricht: daß das österreichische allgemeine Privatrecht der Inbegriff von Gesetzen und nur von Gesetzen sei, das bestätigen sie, indem sie im Einzelnen ausführen, daß Alles, was man neben den von der Staatsgewalt ausgehenden Satzungen als Entstehungsgrund objectiven Rechtes (als Rechtsquelle) zu betrachten geneigt sein könnte, dieser Geltung fortan entweder ganz entbehren oder ihm solche Bedeutung doch nur in unselbständiger Weise, nämlich nur soweit zukommen solle, als die fragliche Rechtsquelle selbst sich unter dem Gesichtspunkte eines Gesetzes auffassen lasse oder ihr wenigstens durch ein Gesetz verbindende Kraft beigelegt sei. Das Verlangen, ein sicheres, klares, gewisses und gleiches Recht herzustellen,<sup>2)</sup> gipfelte in der Tendenz, ein vollständiges Gesetzbuch zu schaffen, das so geartet sei, daß sich kein Fall ereignen könne, der sich aus dem Gesetzbuche nicht entscheiden liesse.<sup>3)</sup> Dieser Tendenz, die zu Beginn unseres Jahrhunderts mit aller Bestimmtheit ausgesprochen war, wollten die Redactoren jedoch keineswegs bis auf den Buchstaben ihrer Formulirung gerecht werden;<sup>4)</sup> ihre Absicht ging nicht dahin, die Geltung anderer Rechtsquellen völlig zu negiren, sondern nur dieselbe einerseits erheblich zu beschränken und

<sup>32)</sup> Dies wurde einmal gelegentlich aufgetauchter Zweifel (freilich nur in einem Statth. Erl.) ausgesprochen. Basevi p. 20.

<sup>33)</sup> Vgl. Bluntzschli Völkerrecht (1868) §§. 576, 732, 733.

<sup>1)</sup> Daß diese vier Paragraphen zusammengehören, beweist schon die dem §. 10 vorgesezte generelle Marg.-Rubrik: „Andere Arten der Vorschriften“, der sich unter a bis d unterordnen: „Gewohnheiten, Provinzialstatuten, richterliche Aussprüche und Privilegien.“ Vgl. Zeiller Comm. I S. 77 Z. 4. Für unsere Darstellung empfiehlt es sich, die §§. 10 und 11 zu verbinden, da auch in den Berathungsprotokollen schon darum beide eng verbunden sind, weil das Gewohnheitsrecht ganz wie die Statuten als ein durchaus provinzielles oder locales gedacht wurde; die §§. 12 und 13 dagegen verlangen schon darum selbständige Darstellungen, weil sie über den Kreis der Lehre von den Rechtsquellen hinausgehen; der erstere berührt auch die Lehre von der *exceptio rei iudicatae*, der letztere schlägt auch in die Lehre von den subjectiven Rechten ein.

<sup>2)</sup> Die besonderen Gründe, welche die Redactoren außerdem in Ansehung des Bedürfnisses anführen, die Geltung des Gewohnheitsrechtes, des Gerichtsgebrauches, der Provinzialstatuten einzudämmen, hängen sammt und sonders, mittelbar oder unmittelbar mit diesem treibenden Gedanken zusammen.

<sup>3)</sup> Oben S. 45 ff. (bes. S. 47 f.), S. 50 Note 268, S. 80 Note 11.

<sup>4)</sup> Zu weit geht Berger, wenn er (Rrit. Beitr. S. 52) sagt: „Die Codification wollte den Rechtsstoff bewältigen und abschließen, die Rechtsfindung für alle Zukunft in eine einförmige syllogistische Operation verwandeln.“ S. oben S. 47 f.

andererseits sie auf die Gesetzgebung als letzte Basis zurückzuführen. Daß sie thatsächlich allen Factoren der Rechtserzeugung — immer die Gesetzgebung ausgenommen — die Anerkennung versagt hatten, davon hatten die Redactoren noch in und selbst nach dem letzten Stadium ihrer Arbeit kein klares Bewußtsein.<sup>5)</sup>

I. Redaktionsgeschichte. Obgleich sowohl in der Literatur, als auch im positiven Rechte Deutschlands wie Oesterreichs das Gewohnheitsrecht schon sehr geraume Zeit mit recht ungünstigen Blicken angesehen worden war,<sup>6)</sup> verhielten sich doch die Redactoren des Coder Theresianus nicht völlig ablehnend gegen dasselbe. Dem schon bestehenden Gewohnheitsrecht erkannten die Brüner Redactoren insofern sogar gleiche Dignität mit den bestehenden Gesetzen zu, als sie den Antrag ablehnten, bei der Auswahl des in den Coder aufzunehmenden Stoffes dem geschriebenen Rechte des einen Landes den Vorzug vor dem ungeschriebenen Rechte des andern einzuräumen.<sup>7)</sup> Um so geringer war das Gewicht, welches sie dem künftigen Gewohnheitsrecht beigelegt wissen wollten. Nicht nur verlangten sie im Sinne der von den italienischen Juristen entwickelten Theorie das Vorhandensein einer größeren Anzahl von Erfordernissen für die verbindende Kraft einer Rechtsgewohnheit,<sup>8)</sup> sondern sie negirten auch die Möglichkeit eines Gewohnheitsrechtes zur Ausfüllung von Lücken des Gesetzes,<sup>9)</sup> um so gewisser also die Möglichkeit derogatorischer Rechtsgewohnheiten. Die Wiener Commission erkannte, daß ein so verclausulirtes Gewohnheitsrecht ohne allen praktischen Werth sein würde, sprach sich aber auch darum für völlige Streichung der Lehre aus, weil das Gewohnheitsrecht die Gleichförmigkeit des Rechtes aufhebe und zu Mißbräuchen Anlaß gebe, denn es sei „ein foetus reipublicae democraticae“. Erst als Azzoni und Solger in die Wiener Commission eintraten, gelang es, auch in dieser dem Gewohnheitsrecht Anerkennung zu verschaffen;<sup>10)</sup> daran hielt noch Horten fest,<sup>11)</sup> und das Josephinische Gesetzbuch,<sup>12)</sup>

<sup>5)</sup> Zeiller Comm. S. 77 Z. 4 bestimmt daher auch das Verhältniß der §§. 10—13 zu den vorausgegangenen Theilen der Einleitung anders als oben gesehen: „Bisher ist von den eigentlichen (allgemein verbindlichen) Gesetzen gehandelt worden. Davon unterscheiden sich diejenigen Rechtsnormen, die entweder nur nach dem bisher bestandenem . . . gemeinen Rechte Gesetzesansehen hatten, oder die sich nur auf bestimmte Bezirke oder Personen beziehen.“ S. noch ebenda S. 80 Z. 2.

<sup>6)</sup> Seit der Reception des römischen Rechtes vertheidigten die gelehrten Juristen, um der Herrschaft des deutschen Rechtes entgegenzutreten, die in Italien über die Bedeutung des Gewohnheitsrechtes entwickelten Doctrinen, welche ihm enge Grenzen setzten; und seit dem 16. Jahrh. findet sich in zahlreichen Land- und Stadtrechten der Satz, es dürften nur solche Gewohnheitsrechte beachtet werden, die in das Gesetzbuch aufgenommen seien. Stobbe Deutsches Pr. R. I S. 126 f. Aehnlich dulden die Militärgrenzrechte vom 18. Juni 1754 keine mit dem Gesetz im Widerspruch stehende Gewohnheit und beseitigt das Theresianische Strafgesetz in seinem Kreise die Geltung des Gewohnheitsrechtes. Dorn S. 42, 55.

<sup>7)</sup> Damit sollte nicht nur verhütet werden, daß die böhmische Landesordnung über die österreichischen Rechtsgewohnheiten das Uebergewicht erlange, sondern es wurde auch betont, daß die Gewohnheiten unmittelbar aus dem allgemeinen Natur- und Völkerrichte abgeleitet werden und das geschriebene Recht oft nicht das bessere, sondern in vielen Bestimmungen sehr hart sei. Harrasowsky S. 63.

<sup>8)</sup> Sie verlangten, daß die Gewohnheit vernunftgemäß sei, nicht wider die guten Sitten, das Recht und die gemeine Wohlfahrt verstoße.

<sup>9)</sup> Der Richter sollte in solchen Fällen beim Gesetzgeber anfragen (— eine Maßregel, die schon Portalis S. 198 eine unglückliche nennt).

<sup>10)</sup> Harrasowsky S. 75 ff.

<sup>11)</sup> Harrasowsky S. 131.

<sup>12)</sup> Die einige Jahre ältere Jos. Gerichtsordnung schließt (§. 437) nach ihrem Wortlaut nur Gewohnheitsrechte contra legem (den „widrigen Gebrauch“) aus. Daraus folgert Menger S. 85 ff., es gehöre zu dem positiven Rechte nach dem Wortlaut der Jos. G. D. „entschieden auch das ergänzende Gewohnheitsrecht“, und da diese Bestimmung durch das Jos. G. B., dieses aber durch das Kundm. B. des a. b. G. B. ebenso aufgehoben sei,

welches (I. Hauptst. §§. 9—14, 25) sehr eingehend eine Theorie des Gewohnheitsrechtes entwickelte, bemühte sich, zurückgreifend auf eine schon in der Brünner Commission ausgesprochene Ansicht,<sup>13)</sup> das Gebiet genauer zu markiren, auf welchem, trotz Ausschließung der Rechtsgewohnheiten praeter<sup>14)</sup> und contra<sup>15)</sup> legem, das Gewohnheitsrecht noch immer von Bedeutung sein könne; es soll nämlich (§. 11) auf eine Gewohnheit<sup>16)</sup> „nur dann gesehen werden, wenn ein Gesetz zwar die Hauptsache entscheidet, in Betreff der Umstände aber dabei sich auf den Landesgebrauch und die bisherige Beobachtung bezieht.“<sup>17)</sup> Das westg. G. B. endlich (I §. 22) vermied es, die Erfordernisse der verbindlichen Kraft des Gewohnheitsrechtes aufzuzählen, gestattete aber auch nur die Usualinterpretation.<sup>18)</sup> Das war zugleich die Vorlage, mit der die Redactoren von 1802 sich zu beschäftigen hatten.

wie §. 575 w. g. G. D. durch das w. g. G. B. und dieses ebenfalls durch das h. G. B., so fehle es in dem österr. Civilproceßrecht vollständig an Rechtsnormen, welche die Bedeutung des Gewohnheitsrechtes für das Civilverfahren und sein Verhältniß zu dem Gesetzrecht ordnen und regeln würden, und es stehe daher nichts im Wege, dem processualischen Gewohnheitsrecht die gleiche Geltung mit den Proceßgesetzen zuzuerkennen. Gewiß wird Niemand verkennen, daß der Gerichtsgebrauch besonders auf dem Gebiete des Proceßrechtes eine Macht ist, die thatsächlich gar leicht ein Gesetz illusorisch machen kann und auch so manche Bestimmungen unserer Proceßgesetze entweder verballhornt oder geradezu nullificirt hat. Aber ein Anderes ist die Frage, ob dies auch wirklich de iure geschehen sei. Diese Frage müssen wir verneinen. Es ist von vornherein unwahrscheinlich, daß eine und dieselbe Zeit, die das Recht zweier großer Gebiete (des materiellen und formellen Civilrechtes) codificirt, das Gewohnheitsrecht auf einem dieser Gebiete mit günstigerem Auge ansehen werde, als auf dem anderen; erblickt sie im Gewohnheitsrecht eine Gefahr für die Klarheit und Einfihrigkeit des Rechtes, so wird sie es überall ausschließen, wo sie wirklich zur Codification vorschreitet. Gewiß aber ist, daß die Redactoren des G. B. an die von Menger vertretene Auslegung nicht dachten. Schmidfeld führte (Prot. 4. u. 11. Jänner 1802), ohne von irgend einer Seite Widerspruch zu erfahren, als einen Grund für die Ausschließung des Gewohnheitsrechtes im bürgerlichen Rechte eben den an, daß schon die neue Gerichtsordnung alle Gebräuche und Gewohnheiten auf dem Gebiete des Verfahrens außer Kraft gesetzt habe. Und erwägt man, daß im §. 437 die Erwähnung des „widrigen Gebrauchs“ in einer exemplificativen Aufzählung vorkommt, derselbe Paragraph aber für Ausfüllung von Lücken des Gesetzes durch die Verweisung auf Analogie und eventuell Anzeige „nach Hof“ vorsorgen will, so läßt sich der Paragraph ganz wohl in Schmidfeld's Sinne verstehen.

<sup>13)</sup> Harrasowsky S. 76: „Unvermeidlich sei es übrigens hinsichtlich quantitativer Bestimmungen über Maaß, Größe, Zahl, Zeit, Ort den Landesgebrauch als maßgebend anzuerkennen . . .“

<sup>14)</sup> Hof. G. B. I §. 10 verweist darauf, in Fällen, „worüber in den Gesetzen nichts verordnet ist, . . . eine allgemeine und gewisse Anordnung“ aber „für nothwendig oder doch ersprießlich gehalten“ wird, „dieselbe bei dem Landesfürsten zu suchen.“

<sup>15)</sup> Hof. G. B. I §. 9, 25 erklären den Versuch des Einschürens und des Anführens widriger Gewohnheiten für ein (arbiträr) strafbares Beginnen.

<sup>16)</sup> Die jedoch mehrfach qualificirt sein mußte — §. 11: „In diesen Fällen soll für Recht gehalten werden, was in einem oder mehreren Ländern entweder von allen oder doch von dem größten Theile freiwillig, öffentlich und durch längere Zeit beobachtet worden.“ §. 12: „Wenn jedoch eine solche Gewohnheit verbindlich sein soll, muß die Gleichförmigkeit derselben wenigstens dreimal freiwillig und wesentlich von Allen oder von dem größeren Theile beobachtet, von der ersten Ausübung wenigstens eine Zeit von zehn Jahren verflossen, und solche während dieser Zeit von Niemanden widersprochen, noch dagegen sonst etwas Widriges vorgenommen worden sein.“ Vgl. noch §. 13 ebenda.

<sup>17)</sup> Wiener Heineccius I S. 55 versteht die Bestimmung dahin: „Nur wenn es auf die Art und Weise ankommt, eine von den Gesetzen gebotene Handlung auszuführen, ist es erlaubt, auf . . . die Gewohnheit zu sehen.“ Harrasowsky S. 146.

<sup>18)</sup> „Auf Landesgebräuche und Gewohnheiten kann zwar in Fällen, welche auf die Auslegung eines Gesetzes Bezug haben, Rücksicht genommen werden; allein sie sind nicht hinreichend, ein schon vorhandenes Gesetz aufzuheben oder ein neues zu begründen.“ (Die Fassung dieses Paragraphen klingt trotz seines stark abweichenden Inhalts offenbar nach der bekannten L. 2 C. quae sit longa consuet. 8. 52 [53].)

In viel weiterem Umfange als das Gewohnheitsrecht, sollte nach dem Redactionsplan das provinzielle Privatrecht<sup>19)</sup> in Geltung bleiben. In ihm hofften die ersten Redactoren vor Allem eine noch reichere Quelle aufnehmbaren Arbeitsmaterials zu finden, als im Gewohnheitsrecht.<sup>20)</sup> Meinten sie auch, unvermerkt ein im Ganzen gleichförmiges Recht herstellen zu können (oben S. 10), so waren sie doch auch darüber einig, daß manche Verschiedenheiten als Vorrechte einzelner Länder würden bestehen bleiben müssen.<sup>21)</sup> Die einer decentralisirenden Gesetzgebung zugeneigte Strömung zu Ende der Theresianischen Epoche wich unter Joseph II. der entgegengesetzten Tendenz (oben S. 17, 19 Note 90), welsch' letztere jedoch freilich in dem Josephinischen Gesetzbuch nicht zum Ausdruck gelangte.<sup>22)</sup> Um so leichter mochte die unter Leopold II. neu gebildete Commissionscommission (vgl. oben S. 19) sich dahin aussprechen, daß sie dem Kaiser „nie etwas, was wider die allgemeine Denkungsart ist“ anrathen und namentlich nicht empfehlen wolle, daß allen Provinzen, „wo die Localität und andere eintretende wichtige Ursachen ein Hinderniß machen können,“ das nämliche Gesetz gegeben werde.<sup>23)</sup> Dennoch verfügte der Kaiser, man habe sich als Grundsatz gegenwärtig zu halten, „daß in der Regel in allen deutschen und böhmischen Erbländern nur einerlei Gesetz sein solle,“ und die nämliche Mahnung wurde auch bei Versendung des Auszugs aus dem umgearbeiteten Josephinischen Gesetzbuch an die Appellationsgerichte (oben S. 20) wiederholt.<sup>24)</sup> Dem entsprechend bestimmte auch das westgalizische Gesetzbuch I §. 23: „Auch Statuten oder solche Verordnungen, welche einzelnen Provinzen, Landesbezirken und Gemeinden gegeben worden sind, haben in Rücksicht auf Privatrechte keine gesetzliche Kraft, wenn nicht die Abweichung von dem allgemeinen Gesetze ausdrücklich zugestanden worden ist,“<sup>25)</sup> und „in dem Decrete, wodurch den Ländercommissionen der gedruckte Entwurf im Jahre 1798 mitgetheilt ward, heißt es . . ., daß man auf die Abweichungen Bedacht nehmen soll, welche besondere Umstände der Landes-

<sup>19)</sup> Nämlich das geschriebene — oder wie sich das Jos. G. B. I §. 8, dieses Recht den allgemeinen Gesetzen gegenüberstellend, ausdrückt: „Satzungen und Anordnungen, welche nur auf ein besonderes Land oder eine eigene Ortshaft gerichtet sind.“

<sup>20)</sup> S. oben S. 10. Daher auch der Beschluß (oben S. 11), durch die Redactionsmitglieder orientirende Darstellungen der einzelnen Landesrechte bearbeiten zu lassen. In der That folgten die Arbeiten, solange Azzoni das Referat führte, vorwiegend dem böhmischen Landrecht. Harařowski S. 61.

<sup>21)</sup> Harařowski S. 49.

<sup>22)</sup> Zeiller Comm. I S. 83 bemerkt, viele Statuten seien seit der Josephinischen Zeit außer Anwendung gekommen; bei den meisten sei es aber zweifelhaft geblieben, ob darauf Bedacht zu nehmen sei oder nicht, „weil das Josephinische Gesetz der Ungewißheit noch ein ziemlich weites Feld offen gelassen hatte.“ Jos. G. B. I §. 8 gedenkt nämlich der schon bestehenden Provinzialrechte nicht speciell, sondern betont nur, es hätten auch die (Note 19 erwähnten) Satzungen für Länder und Ortschaften „vollkommene Verbindlichkeit“, gleichviel ob sie vom Landesfürsten erlassen oder ausdrücklich bekräftigt seien, oder ob nur die landesfürstliche Verwilligung vorhanden sei, „daß die untergeordneten Obrigkeiten, Gerichte, Gemeinden, Vorsteher und Mittel bergleichen Satzungen . . . machen mögen . . . Ohne solche besondere Verwilligung können die von einer Gemeinde getroffenen Schlüsse und Verabredungen nicht als Satzungen, sondern bloß als freiwillige Verträge angesehen werden.“

<sup>23)</sup> Harařowski S. 153 f.

<sup>24)</sup> Harařowski S. 154, 155 f.

<sup>25)</sup> Während im Jos. G. B. in einem und demselben Paragraphen von den *statuta legalia* und *conventionalia* gehandelt war, ist den letzteren im w. g. G. B. ein eigener Paragraph (25), ebenfalls in die Lehre „von Rechten und Gesetzen überhaupt“ eingereiht, gewidmet: „Satzungen und Vorschriften, welche kleinere Gesellschaften für sich entworfen haben, mögen gleich anderen Verträgen bestehen, wenn sie den allgemeinen bürgerlichen Gesetzen nicht zuwider laufen.“

verfassung<sup>26)</sup> nothwendig machen sollten.“<sup>27)</sup> Man sieht demnach, wie auch hier im Ganzen das Streben immer mehr hervortritt, die Bedeutung des Provinzialrechtes mehr und mehr einzudämmen.

Die Meinungen der Redactoren von 1802 dagegen waren über die Frage, welche Geltung dem Gewohnheits- und Provinzialrecht belassen werden solle, sehr getheilt,<sup>28)</sup> und ebenso differirend waren auch schon die eingegangenen Erinnerungen: für das Gewohnheitsrecht zwar erwärmte sich Niemand in höherem Grade, vielmehr wurden die Gefahren, welche selbst die beschränkte Beibehaltung des Gewohnheitsrechtes mit sich führen müsse, von verschiedenen Seiten in lebhaften Farben geschildert, und dessen Beschränkung oder völlige Beseitigung verlangt.<sup>29)</sup> Für die völlige Außerkräftigung des geschriebenen provinziellen Privatrechtes sprach nur Haan; alle anderen Stimmen waren von vornherein darüber einig, „daß die so verschiedene Verfassung der einzelnen Provinzen der österreichischen Monarchie<sup>30)</sup> und deren Verhältniß mit den angrenzenden auswärtigen Staaten<sup>31)</sup> bei mehreren Gegenständen dennoch nothwendig machen werden, neben

<sup>26)</sup> Nicht auch andere Momente!

<sup>27)</sup> Zeiller im Prot. 6. Mai 1805.

<sup>28)</sup> Das Prot. 4. Jänner 1802 besagt, w. g. G. B. I §§. 22, 23 hätten zu so verschiedenen Meinungen Anlaß gegeben, daß ihre Berathung in dieser Sitzung nicht vollendet werden konnte, sondern vertagt werden mußte, daher die einschlägige Berathung auch zur Gänze im Prot. 11. Jänner 1802 steht.

<sup>29)</sup> Die Wiener Universität erinnerte, die Rücksichtnahme auf das Gewohnheitsrecht bei der Auslegung der Gesetze würde dahin führen, daß „unter diesem Deckmantel gar bald die veralteten Gewohnheiten wieder hervorgesucht, neue eingeführt, und hierdurch . . . die Gesetze authentisch erklärt, neue begründet und die vorhandenen verdrängt werden;“ sie wollte daher nur gesagt wissen (= §. 22 w. g. G. B. a. E.), daß Gewohnheiten nicht hinreichend seien, ein schon vorhandenes Gesetz aufzuheben oder ein neues zu begründen; einige Stimmen der Wiener Universität, das u. d. Appell. Gericht und Vicepräsident Haan wollten auf das Josephinische G. B. zurückgreifen: „Nur in solchen Fällen, wo Gebräuche und Gewohnheiten auf die gesetzlichen Verfügungen selbst keinen Einfluß haben, und wo sie nur gleichsam eine Nachhilfe der Gesetze sind, könnte die Beobachtung derselben zugelassen werden, z. B. in Rücksicht der Formalität, mit welcher die Gesetze in einzelnen Ländern kundgemacht werden, oder in Rücksicht der Art, wie in jenen Provinzen, wo keine Landtafeln, keine Grundbücher vorhanden sind, ein Pfandrecht auf liegende Gründe vorgemerkt wird u. dgl.“ Haan war sogar in erster Linie dafür, daß im Interesse der Rechtseinheit „keinem Landesgebrauche, keiner Gewohnheit . . . eine Kraft oder Anwendung zugestanden werde.“ — Die Äußerungen Derjenigen, die dem Gewohnheitsrecht größere Geltung zugestanden wissen wollten, s. in der Note 32.

<sup>30)</sup> Es gebe, wurde geltend gemacht, mehrere privatrechtliche Materien, bei welchen sich die allgemeinen Grundsätze nicht in Anwendung bringen ließen; bei Servituten z. B. seien in jeder Provinz andere Verfügungen nothwendig, und der Zehent könne nicht überall unter den gleichen Normen stehen, „da in vielen Orten kein Zehent bestehe“ (!). Rücksichtlich des in Tirol bestehenden Provinzialrechtes machte Strobl geltend, „es gereiche nach seinem Ermessen zur Sittlichkeit und Unverdorbenheit der dortigen Einwohner . . . auch sei den dortigen Ständen . . . in Rücksicht der von diesem Lande seit mehreren Jahren geleisteten wesentlichen Dienste die Beibehaltung ihrer besonderen Rechte und Statuten erst neuerdings a. h. Orts zugesichert worden, und also vorherzusehen, daß sie eine Abänderung nur mit Mißvergnügen ertragen würden.“ Nur betreffs Galliziens bemerkte Lyro, „es sei nicht nöthig, auf ein provinzielles Recht zurückzugreifen. In Ostgalizien seien schon seit 27 Jahren, in Westgalizien seit 1796 alle besonderen Rechte und Statuten abgeschafft, und der allerorts sehr befriedigende und sehr vollständige gegenwärtige Entwurf stehe dort in Kraft. Eine Aufforderung, das dortige ältere Provinzialrecht zu sammeln, würde nur die Meinung veranlassen, die geltenden Gesetze seien nicht hinreichend, und würde die Ausarbeitung einer solchen Sammlung aus den sehr zahlreichen Statuten „ganz sicher“ einen Zeitraum von zwanzig Jahren in Anspruch nehmen.

<sup>31)</sup> Die in den Vorlanden bestehenden, allerdings „nur zu häufigen“ Provinzialrechte, Landesordnungen, Satzungen und Statuten hätten nicht nur für diese Länder verbindende Kraft, sondern „griffen auch sehr häufig in die Rechte anderer Reichsländer, ja sogar in die eigentliche Verfassung des deutschen Reiches ein . . . Die bisherige Erfahrung

dem allgemeinen Rechte auch besondere Provinzialrechte bestehen zu lassen; und daß man daher die gegenwärtig in den Provinzen bestehenden besonderen Rechte und Statuten nicht so allgemein als ungiltig für die Zukunft werde erklären können;“ daß jedoch allerdings „Provinzialrechte und Statuten in Zukunft nur insoferne neben dem allgemeinen Gesetze eine rechtliche Kraft und Anwendung haben sollen, als sie die ausdrückliche Bestätigung des Landesfürsten erhalten haben würden.“<sup>32)</sup> Nur über den einzuhaltenen Vorgang waren die Meinungen abermals sehr getheilt, indem die Einen (namentlich Zeiller) den Schwerpunkt der Arbeit in eine sofort anzuregende Thätigkeit von Provinzialcommissionen, die Anderen wesentlich in die der Hofcommission allein gelegt wissen wollten, die trotzdem in erster Linie das Gesetzbuch vollenden sollte.<sup>33)</sup> Man beschloß endlich:

habe sattsam gezeigt, wie viele Anstände sogleich erhoben werden, wenn man in diesen Landen bei derlei Gegenständen nur die mindeste Erneuerung versuchen wolle.“ Man solle daher wegen der bevorstehenden Trennung des Breisgaaues von den österreichischen Erbstaaten und wegen der so verschiedenen Verfassung der Vorlande keine Aenderung einleiten, weil es sonst nöthig werden würde, sich mit „allen angrenzenden kleinen Regierungen“ in vorläufiges Einvernehmen zu setzen und ein Mitglied des Reichshofrathes den diesfälligen Berathungen beizuziehen.

<sup>32)</sup> Die eingelaufenen Erinnerungen ließen sich nicht tief in diese Fragen ein. Es ist nur bemerkt, es habe das böhmische Landrecht und der n. ö. ständische Deputirte erinnert, „daß der Gesetzgeber durch den §. 23 (w. g. G. B.) doch die böhmischen Landesordnungen oder die in der österreichischen Verfassung gegründeten Ordnungen nicht werde aufheben wollen.“ Dem gegenüber wollten aber „einige Stimmen“ (wie es scheint: der Wiener Universität) §. 23 a. G. dahin gefaßt haben: „wenn sie nicht ausdrücklich dem Gesetzbuche eingeschaltet, oder in ihrer Fortdauer bestätigt worden sind“ — dachten also, deutlicher als das w. g. G. B. dies aussprach, an eine neuerliche Bestätigung.

<sup>33)</sup> Der Verlauf der Verhandlungen war im Wesentlichen folgender: Referent erwähnte, daß schon die politische Revisionshofcommission die Aufrechterhaltung besonderer Verordnungen und Gewohnheiten für nothwendig erachtet habe: „das vergebliche Streben, sie in ein gleichförmiges Recht umzuschaffen, habe eben in der Josephinischen Gesetzgebung so viele Erläuterungen, Einschränkungen und Abschaffungen der gegebenen Gesetze herbeigeführt.“ Man solle daher, „um die Sache einmal in das Reine zu bringen, den Provinzen ihre erweislichen gegründeten Statuten und Gewohnheiten“ abfordern, dieselben dann revidiren und nach Umständen verwerfen oder bestätigen. Diesem Votum schloß sich Zeiller vorerst an; es gehe nicht an, die Landesgewohnheiten und Statuten schlechtweg aufzuheben, umsoweniger, als mehrere Provinzialcommissionen (Vorlande, Böhmen, Tyrol) „um die Beibehaltung derselben bringend gebeten (hätten). Diese Statuten und Gewohnheiten aber überhaupt zu bestätigen, gehe ebenfalls nicht wohl an; sie seien hie und da ungewiß und streitig, für einige spreche vielleicht gar kein vernünftiger Grund, warum sie auch ferner beibehalten werden sollten, und durch eine allgemeine Bestätigung derselben, ohne eine sichere Kenntniß davon zu haben, würde der Einführung neuerer offenes Feld eingeräumt werden.“ Man solle daher „in jeder Provinz, wo dergleichen (Sonderrecht) zu vermuthen sei,“ einen fähigen Mann mit der Sammlung der lediglich das Civilrecht betreffenden Gewohnheiten (jedoch nur jener, auf welche bisher von den Gerichten in ihren Erkenntnissen Bedacht genommen worden sei) und Statuten betrauen, in einer Provinzialcommission über deren Beibehaltung berathschlägen, diese Sammlungen sodann (Statuten jedoch nur entweder gedruckt oder in beglaubigter Abschrift) an die Hofcommission mit den nöthigen Erinnerungen einsenden, wo dann die mit den Provinzialrechten vertrautesten Hofräthe am Schlusse der Berathungen über das a. b. G. B. darüber zu referiren hätten. . . . Nach Sanctionirung dieser Rechte könnte dann der Inhalt der §§. 22 und 23 so textirt werden: „Landesgebräuche, Statuten oder solche Verordnungen, welche in einzelnen Provinzen, Landesbezirken und Gemeinden bestehen, haben in Rücksicht auf Privatrechte nur insoferne gesetzliche Kraft, als sie ihnen von dem Gesetzgeber ausdrücklich zugestanden worden ist.“ Uebrigens wollte Zeiller den Ländercommissionen einschärfen, daß auf die Einförmigkeit in der Gesetzgebung das vorzüglichste Augenmerk gerichtet, folglich auf eine Abweichung von dem G. B. nur dann eingerathen werden solle, wenn dafür „sehr wichtige Gründe aus den besonderen Localverhältnissen angeführt werden können.“ Diesem Vorschlag trat der D. L. R. Paan entgegen: die ganze Materie sei „äußerst behutsam“ zu behandeln, „weil man sonst durch eine einzige Verfügung das ganze System der Gesetzgebung . . . umflürzen könne.“

1) daß den Landesgebräuchen und Gewohnheiten keine gesetzmäßige Kraft mehr

Wolle man ein „allgemeines, für alle Provinzen gleich verbindliches G. B. zu Stande“ bringen, so müsse man „von dem Grundsätze ausgehen, daß Alles, was iuris communis sein kann, auch iuris communis sein soll. Für alle diese Fälle müßten also auch allgemeine, alle Provinzen der Monarchie gleich verbindende Vorschriften gegeben, und dagegen keinem Landesgebrauche, keiner Gewohnheit, und ebenso auch keinem Provinzialrechte, keinem Statute eine Kraft oder Anwendung zugestanden werden.“ Er würde also, „was das Privatrecht betrifft, in allen Fällen, worüber eine gesetzliche Vorschrift bestche oder doch erlassen werden kann, keinem Landesgebrauche, keiner Gewohnheit und selbst nicht einmal nach dem in dem Entwurfe angegebenen Sinne eine Wirkung zugestehen, weil gar kein gültiger Grund obwaltet, solche weiters bestehen zu lassen, wenn die Gesetzgebung etwas anderes verfügt hat, oder zu verfügen angemessener findet.“ Nur etwa im Sinne des Jos. G. B. §§. 9, 10 könnte man das Gewohnheitsrecht beibehalten. Dagegen seien Provinzialstatute und besondere Verordnungen „im Allgemeinen wie andere Gesetze anzusehen, und könnten daher durch ein neues Gesetz ganz wohl außer Kraft gesetzt werden.“ Die die Verfassung betreffenden Statuten hätten freilich in Geltung zu bleiben; von allen anderen Statuten wäre im §. 23 zu sagen, daß sie durch das neue G. B. sämmtlich aufgehoben werden, insofern sie nicht ausdrücklich von dem Landesfürsten bestätigt sind. Von anderen in den Provinzen bestehenden besonderen Verordnungen verstehe sich schon von selbst, daß sie fernerhin keine Gültigkeit mehr haben.“ Die Bedeutung der hienach verbleibenden Statuten für das bürgerliche Recht werde eine sehr geringe sein. Wer ein Recht auf sie stütze, werde dessen Gültigkeit durch die landesfürstliche Bestätigung zu erweisen haben und das werde dann eben eine Ausnahme von den allgemeinen Gesetzen sein, die man zwar nie ganz werde vermeiden können, aber doch nach Möglichkeit vermeiden solle. Jedemfalls sei er gegen eine Abforderung und Erörterung der erwähnten Sonderrechte. „Eine solche Verfügung würde als eine willkommene Veranlassung, ja sogar als eine Aufforderung angesehen werden, recht viele dergleichen Statuten, selbst solche, die vielleicht schon längst außer Kraft und Übung gesetzt worden, wieder hervorzuholen, und man würde sodann sich in die unangenehme Lage gesetzt finden, entweder diese Statuten aufnehmen zu müssen und hiedurch das ganze System des Gesetzes zu verwirren, oder die Vorschläge, die man doch selbst abforderte, wieder hintanzuweifen und dadurch zu Beschwerden und Unzufriedenheit den Anlaß geben.“ War man nun hienach auch einig, daß eine Sammlung nothwendig sei, um „bei dem bestehenden Zwecke der Gesetzgebung die Grundsätze der bürgerlichen Rechtsverwaltung soviel möglich, allgemein zu machen,“ „einmal fest bestimmen zu können, was für Rechte und Gesetze künftighin in jeder Provinz neben dem allgemeinen Rechte noch zu bestehen haben sollen,“ so erhoben sich doch gegen den vom Referenten vorgeschlagenen Modus in Würdigung der Mühsamkeit und Langwierigkeit dieser Arbeit, wie der von Haan vorgebrachten Gründe so viele Bedenken, daß Referent selbst seinen Vorschlag fallen ließ, und nun beantragte, man solle die Provinzialrechte und Statuten, auf welche auch gegenwärtig von den Justizbehörden in ihren Entscheidungen Rücksicht genommen werden müsse, in den Acten der obersten Justizstelle, wo sie vollständig vorhanden seien, vergleichen. „Aus diesen Acten könnte man . . . alles dasjenige ersehen, was gegenwärtig neben den allgemeinen Gesetzen noch eine rechtliche Anwendung hat.“ Davon werde man bei der Vollständigkeit des neuen G. B. gewiß vieles von vornherein ausscheiden können; den Rest solle man den Ländercommissionen mit dem Auftrage zufenden, „sich zu äußern, in wie weit nicht auch von diesem noch zur Erzielung einer Einformigkeit in der Gesetzgebung abgegangen werden könnte.“ Nach Berathung des G. B. könnte endlich auf Grund der eingelangten Äußerungen die Commission das Beizubehaltende in einem Anhang nach der Ordnung des G. B. für jede Provinz einreihen. — Für diesen Antrag, die Provinzialcommissionen noch vor Berichtigung des allgemeinen G. B. zu vernehmen, um so Zeit zu gewinnen, und die Ländercommissionen, die doch über das Allgemeine vernommen worden waren, da nicht zu übergehen, wo sie in erster Linie interessiert seien oder worüber sie die besten Aufschlüsse geben könnten, — sprach sich jedoch nur eine Minorität von vier Stimmen aus; die Majorität wollte vielmehr abwarten, bis das neue G. B. „diesorts ganz berichtigt sein wird,“ denn erst wenn man wisse, was künftig allgemeines Gesetz sein wird, lasse sich angeben, worin das Provinzialrecht abweiche. Ohnedies habe die Vernehmung der Ländercommissionen über den allgemeinen Entwurf ihnen bereits Gelegenheit gegeben, auch über dasjenige Erinnerungen zu machen, was sie in Widerspruch mit ihrem Provinzialrecht fordern konnten, und es sei diese Gelegenheit auch mehrfach benützt worden. Man könne daher annehmen, daß sie da, wo sie nichts erinnerten, von ihrem Statut selbst abgehen wollten. Es werde also genügen, wenn man diese Statuten in den Acten hier durchgehe, aus denselben bei den einzelnen Paragraphen des Entwurfes dasjenige anführe, was in den einzelnen Provinzen dieweil Besondere beobachtet worden sei, und wenn man dann bei dieser

zugestehen sei;<sup>34)</sup> 2) „daß die besonderen, auf das Privatrecht sich beziehenden Provinzialverordnungen und Statuten bei den einzelnen Gegenständen des Entwurfs aufgeführt und zugleich auch immer: Ob sie beizubehalten seien oder nicht? in Ueberlegung gezogen werden sollte (hiezv vgl. oben S. 81 Note 12). Diejenigen, welche man hiernach noch ferner beizubehalten nöthig finden, und welche die neuerliche höchste Bestätigung erhalten haben würden, sollten dann für jedes Land in der Ordnung, wie das allgemeine Gesetzbuch in eine besondere Sammlung gereiht, und als ein Anhang für die Provinzen gesetzlich kundgemacht werden.“<sup>35)</sup>

Noch während der Dauer der ersten Lesung kam die Frage des Provinzialrechtes wiederholt zur Sprache; eine Note der Hofkanzlei vom 31. März 1804 (mitgetheilt in der Sitzung 16. April 1804) zeigte, daß man in Tyrol auf eine Berücksichtigung der Landesstatuten rechnete.<sup>36)</sup> Zeiller erinnerte bei diesem Anlaß an seinen ursprünglichen (von ihm selbst zurückgezogenen) Antrag; er kam darauf zurück, es müsse irgendwie für die Bearbeitung des Provinzialrechtes gesorgt werden, und da das Gesetzbuch wahrscheinlich auch auf die venetianischen Provinzen ausgedehnt werden werde, solle man dort eine Commission aufstellen und ihr den Entwurf (in lateinischem Text) um ihre Erinnerungen mittheilen. Das Ergebniß dieser Anregung war ein an den Kaiser gerichteter Vortrag Kottenhann's<sup>37)</sup> vom 18. Mai 1804, in welchem auf Zeiller's ursprünglichen Vorschlag zurückgegriffen, und der Besorgniß, daß dadurch das Zustandekommen des Gesetzbuches verzögert, oder Unangemessenes beibehalten werde, dadurch die Spitze abzubringen gesucht wurde, daß zugleich der Erlaß eines Circulars an die Länderstellen vorgeschlagen wurde, in welchem stark betont war, daß „die Gleichförmigkeit der bürgerlichen Privatgesetze zum Hauptaugenmerk<sup>38)</sup> genommen werden

---

Hofcommission unter Einem mit dem allgemeinen Gesetze bestimme, ob eine solche Beobachtung auch künftig noch gelten solle. Und endlich würden ja die Mitglieder der Hofcommission selbst bei eintretender Gelegenheit die Erinnerung machen, wenn sie einzelne Verfügungen des G. B. in einzelnen Ländern für nicht anwendbar erachteten.

<sup>34)</sup> Demgemäß wurde §. 22 gefaßt: „Auf Gebräuche und Gewohnheiten kann in keinem Falle Rücksicht genommen werden.“

<sup>35)</sup> Hiernach wollte eine Minorität (drei Stimmen) den §. 23 ganz streichen, „indem es sich von selbst versteht, daß Provinzialstatuten und Verordnungen keine Gültigkeit haben können, wenn sie nicht unmittelbar von dem Gesetzgeber herrühren oder doch die ausdrückliche Bestätigung desselben erhalten haben.“ Die Majorität fand aber, „es sei gerade dieser Bestimmung wegen, und um keine Lücke vermuthen zu lassen, wesentlich nothwendig, von den Provinzialstatuten und Verordnungen in dem Gesetze ausdrücklich Erwähnung zu machen.“ So erhielt §. 23 die Fassung: „Aus den für einzelne Provinzen, Landesbezirke und Gemeinden erlassenen Verordnungen haben nur diejenigen Gesetzeskraft, welche von dem Landesfürsten ausdrücklich bestätigt und der besonderen Sammlung des Provinzialrechtes einverleibt worden sind.“

<sup>36)</sup> Die Note besagt: Vicepräsident und Hofcommissär v. Strobl in Trient habe, nachdem ihm das Landesgubernium eine Abschrift des ersten Theils des G. B. mitgetheilt habe, „wegen etwaiger Ausnahme oder Salvirung einiger in Trient und Triuner'schen Bezirken, besonders in Hinsicht auf die Erbschaftsfälle bestehender Observanzen“ — geantwortet, weder er noch die einvernommenen Rechtsgelehrten hätten etwas gefunden, was in Ansehung „des Tridentinums“ eine Ausnahme erheischen dürfte, und es werde auch für den Triuner Bezirk „keine andere Ausnahme erforderlich sein, als allenfalls jene, die für das übrige Tyrol in Hinsicht auf das Landesstatut hierunter eintreten zu lassen, a. h. Orts befunden werden dürfte.“

<sup>37)</sup> Ausdrücklich gesagt im Prot. 6. März 1809.

<sup>38)</sup> Andererseits war aber allerdings auch der Ueberzeugung Ausdruck gegeben, „daß die Gesetzgebung über bürgerliche Rechtsverhältnisse, um wohlthätig zu sein, den Eigenheiten nachgeben müsse, die sich in manchen Provinzen nach den Localverhältnissen und dem darauf sich gründenden Volkscharakter in dem bürgerlichen Leben äußern (wenn dieselben nicht geradezu der öffentlichen Wohlfahrt entgegenstehen).“

(solle) . . . , auf eine Beibehaltung besonderer von dem allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche abweichender Provinzialrechte nur insofern einzurathen (sei), als die eigenthümlichen Verhältnisse, die natürliche Beschaffenheit und Lage der Provinz, der Charakter der Einwohner oder die besonderen ohne auffallenden Nachtheil nicht abzuändernden Einrichtungen des bürgerlichen Lebens eine solche Abweichung schlechterdings nothwendig machen; weswegen jeder Abweichung, welche vorgeschlagen wird, die die Nothwendigkeit derselben entscheidenden Gründe beizurücken seien; endlich solle sich die Bearbeitung einzig auf die in das bürgerliche Privatrecht gehörigen Bestimmungen einschränken“ . . . und dieselbe binnen sechs Monaten an die Hofcommission eingesendet werden.

Die vorgeschlagene Weisung erging unter dem 20. September 1804 an die Landesregierungen von Böhmen, Mähren, Steiermark, Krain, Triest, Niederösterreich, Oesterreich ob der Enns und Galizien (Prot. 1. Febr. 1808). Die Antworten liefen zu sehr verschiedenen Zeiten ein.<sup>39)</sup> Die zuerst eingegangenen Antworten klangen der Herstellung einer vollständigen oder fast vollständigen Rechtseinheit günstig. Auch dieser Umstand, sowie das lange Ausbleiben der meisten Antworten, (vgl. noch oben S. 79 Note 7) mag dazu beigetragen haben, daß die Commission seither die besonderen Rechte der einzelnen Landestheile viel weniger betonte. Schon in der Sitzung 6. Mai 1805 hielt Zeiller (s. die oben angeführte Stelle) der Rechtseinheit eine warme Lobrede, und machte darauf aufmerksam, daß die Bestimmungen des westgalizischen Gesetzbuches den Gebräuchen und Gewohnheiten ein so weites Feld geöffnet haben würden, „daß man die größte Verschiedenheit, Unbestimmtheit und Ungewißheit der Rechte besorgen mußte.“ Die Commission habe darum alles provinzielle und Gewohnheitsrecht „auf die nämliche Bedingung eingeschränkt, daß es von dem Landesfürsten ausdrücklich begenehmigt worden sei. Die Begenehmigung setze eine vollständige und deutliche Kenntniß voraus. Von den Provinzialstatuten habe man zwar gedruckte Sammlungen; allein man habe sie nicht von allen Ländern, sie seien unvollständig, nicht authentisch, und bei vielen werde noch öfter gestritten, ob sie wirklich bestehen oder nicht.“<sup>40)</sup> Noch größer aber sei die Ungewißheit der Gewohnheiten.“ Zudem hätten die Ländercommissionen in ihren Erinnerungen über den Entwurf nur wenige bestimmte Abweichungen als nothwendig bezeichnet, ja einige nur überhaupt erklärt, sie zweifelten nicht, daß man es bei ihren bisherigen Statuten und Gewohnheiten werde bewenden lassen, und eben darum sei die bestimmte Aufforderung von 1804 an sie ergangen. Aber aufgegeben war der Gedanke, die Provinzialrechte zu codificiren; noch lange nicht — nur volle Evidenz über alles nicht allgemeine Recht sollte gewonnen werden. In diesem Sinne erhielt bei der zweiten Lesung (Prot. 4. Mai 1807) der §. 10 seine gegenwärtige Gestalt,<sup>41)</sup> denn . .

<sup>39)</sup> Während schon am 26. Mai 1805 die Antwort aus Galizien und am 2. Sept. 1805 jene aus Tyrol Gegenstand (freilich nur) formeller Beschlüsse werden konnten, waren die Antworten aus Steiermark und Trient noch am 1. Febr. 1808 nicht eingegangen.

<sup>40)</sup> Hiernach darf wohl angenommen werden, daß die Acten der obersten Justizstelle jene Ausbeute nicht ergaben, auf welche man rechnen zu dürfen geglaubt hatte und daß dies das Zurückgreifen auf den ursprünglichen Vorschlag Zeillers wenigstens mit veranlaßte.

<sup>41)</sup> Nur hieß es: „das Gesetz“, nicht: „ein Gesetz.“ Ein späterer Antrag der krainischen Commission, die sich dabei auf w. g. G. B. II §§. 114 und 285 stützte, den Landes- und Ortsgewohnheiten Gesetzesgeltung zu verschaffen „in jenen Fällen, worüber die geschriebenen Gesetze nichts verordnen, und insolange selbe durch diese nicht aufgehoben werden“ wurde (Prot. 17. April 1809) mit der latonischen Begründung abgeworfen, man finde keinen Grund, von §. 10 abzugehen, da schon das Jos. G. B. Aehnliches bestimmt habe. Der Vortrag von 1808 hob als einen Vorzug des G. B. ausdrücklich hervor, daß durch dessen §. 10 „die aus den Commentaren des römischen Rechts in das Josef. G. B. aufgenommenen Vorschriften (§§. 9—12) überflüssig“ werden.

sagte Zeiller — „das Gesetz berufe sich in der Folge doch selbst manchmal auf Gewohnheit, wie z. B. bei der Art, öffentliche Kundmachungen zu erlassen, ferner bei der Frage, ob der Miethzins vorhinein zu entrichten sei (Entw. III §. 233).“ In derselben Sitzung (und noch eingehender in der v. 28. Dezember 1807) urgte allerdings Zeiller, daß da die Provinzialgesetzsammlungen noch im weiten Felde stünden,<sup>42)</sup> durch eine geänderte Fassung des von den Provinzialstatuten handelnden Paragraphen und einen Zusatz in Kundmachungs-patent dafür gesorgt werden müsse, daß man sich auf die bestehenden Provinzialstatuten in so lang noch berufen könne, bis die Sammlung der Provinzialrechte publicirt sein werde; er drang auch mit diesem Antrage, trotzdem Pratobevera und Haas (des Letzteren Aeußerung s. oben S. 81 f. Note 12) ihn energisch bekämpften, durch, indem die Majorität den §. 11 textirte: „Aus den Provinzialstatuten haben künftig nur diejenigen Gesetzeskraft, welche seit der Kundmachung dieses Gesetzbuches von dem Landesfürsten ausdrücklich werden bestätigt werden“ — allein, obgleich in der dritten Lesung §. 11 nicht mehr Gegenstand der Berathung wurde, so fehlt doch im Gesetzbuche das für die bezeichnete Tendenz entscheidende Wort „künftig“, und ebenso nahm das Kundmachungspatent den damals von Zeiller beantragten Zusatz auf (vgl. S. 89 Note 42).

Das aber kam so: Als das Gesetzbuch nach Vornahme der zweiten Lesung dem Kaiser zur Sanction vorgelegt war, schritten die Redactoren zu einer Revision der Provinzialrechte in den Sitzungen vom 1. Februar, 18. Juli 1808, 30. Jänner,<sup>43)</sup> 6. März, 17. April, 1. Mai 1809 und 20. Jänner 1810.<sup>44)</sup> Schon die erste, in das Meritum eingehende Sitzung (6. März 1809) ergab, daß es von der „Beibehaltung eines Statutes oder Landesgewohnheiten in Bezug auf Mähren und Schlesien, dann Oesterreich ob und unter der Enns gänzlich abkomme;“ in den folgenden Sitzungen zeigte sich, daß die Commissionen auch in anderen Ländern den Fortbestand so mancher provinzieller Rechtsätze nicht für wünschenswerth erachteten, oder entgegengesetzten Wünschen durch kleine Abänderungen am Texte des Gesetzbuches Erfüllung geboten werden könne. Dadurch erlangte das Bestreben, ein wirklich uniformes bürgerliches Recht herzustellen, ein solches Uebergewicht, daß die hiernach noch verbleibenden allerdings sehr wenig zahlreichen Anträge auf Conservirung einiger provinzieller Rechtsbestimmungen kurzweg abgelehnt wurden.<sup>45)</sup> In dem die Ergebnisse dieser Berathungen kurz resumirenden Vortrag vom 22. Jänner 1810 wird der Gedanke, die Codification habe von Haus aus in erster Linie die Herstellung der Rechtseinheit im Auge gehabt, sehr energisch betont (vgl. oben S. 82 Note 12), und von den Statuten gesagt: „Viele hatten bisher nur deswegen gegolten, weil man, da das römische Recht theils unanwendbar, theils in Vergessenheit gerathen war, keine andere feste Rechtsnorm hatte; andere stützten sich nur auf Alterthum und Vorurtheil, und die meisten hatten nicht das Privatrecht, sondern politische Verhältnisse zum Gegenstande.“ Der Vortrag schließt mit der Erklärung, „daß selbst die Provinzial-Commissionen sich von dem Nutzen eines allgemeinen und in allen deutschen Provinzen gleich geltenden bürgerlichen Rechtes überzeugen, und daß die ange-tragenen Modificationen einiger weniger Paragraphen alle Provinzialstatuten ent-behrlich machen, wodurch dem Gesetzbuche ohne gebieterischen Zwang der wichtige

<sup>42)</sup> Der Vortrag von 1808 konnte noch immer nicht mehr sagen, als daß nun, anders als im Hof. G. B. zur Revision der Provinzialrechte wirklich Anstalten getroffen seien. Ueber das von Rottenhann vorgeschlagene Publicationspatent s. oben S. 29.

<sup>43)</sup> Diese drei Sitzungen waren von nur vorbereitendem Charakter.

<sup>44)</sup> Das Protokoll dieser letzten Sitzung (sie war zugleich die letzte Sitzung der dritten Lesung des G. B. selbst) scheint verloren gegangen zu sein.

<sup>45)</sup> Wir theilen den Inhalt dieser historisch wichtigen Protokolle in den Excursen mit.

Zweck und Vorzug der Allgemeinheit und Gleichförmigkeit verschafft wird.“ Man wird wohl annehmen dürfen, daß es dieser Vortrag war, der das Hofdecret 13. Juli 1811 veranlaßte: „Seine Majestät haben keinem besonderen Rechte oder Statuten für die einzelnen Provinzen neben dem allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche Statt zu geben befunden.“ Damit aber hatte der §. 11 a. b. G. B. jede Bedeutung verloren.

## II. Die Rechtsgewohnheiten.\*)

A. Die ältere und die neuere Doctrin. „So praktisch wichtig die Theorie des Gewohnheitsrechtes ist, so wenig sind die Rechtsgelehrten über dessen Begriff und Erfordernisse zu vereinbaren.“ So schrieb Schöman (S. 28) vor nunmehr siebzig Jahren;<sup>46)</sup> mit ebenso gutem Grunde aber wird heut behauptet: „So bestimmt man auch die Merkmale eines Gewohnheitsrechtes zu fixiren sucht, in Wahrheit bieten sie dem Richter weder einen Anhalt, noch eine Schranke.“<sup>47)</sup> In die Zeit zwischen diese beiden Äußerungen fällt eine vollständige Umwälzung der Theorie des Gewohnheitsrechtes,<sup>48)</sup> und diese hat es mit sich gebracht, daß die Punkte, die heut den Gegenstand der Controverse bilden, fast durchaus nicht mit jenen zusammenfallen, die noch zu Anfang des Jahrhunderts den Kern des Streites bildeten. Prüfen wir aber das Gewicht der einen und der andern, so sind die heut streitigen Fragen gewiß nicht die geringeren, die Differenzen, weit entfernt, sich ihrer Ausgleichung zu nähern, haben sich vielmehr vergrößert in demselben Maße, in welchem die Untersuchung der Differenzpunkte sich vertieft. Die folgende Uebersicht soll dies nachweisen:

1) Der älteren Doctrin erschienen alle für das Recht irgendwie in Betracht kommenden Gewohnheiten als eine homogene Masse; sie unterschied nicht, ob die Gewohnheit der Ausdruck einer objectiven Rechtsnorm sei oder ob sie nur einen Anhaltspunkt zur Aufklärung des Parteiwillens an die Hand gebe.<sup>49)</sup> In beiden Fällen sprach sie von Landesgebrauch, Gebrauch, Gewohnheit, Observanz, — der Regel nach ohne jedem dieser Ausdrücke eine spezifische Bedeutung beizulegen.<sup>50)</sup>

\* Literatur: Grundlegend Puchta Gewohnheitsrecht (1828, 1837), dem vorausgeht Savigny Vom Veris S. 8 ff., und nachfolgt Savigny System I passim. Aus der älteren Literatur für uns besonders zu beachten: Glück I §§. 81—87, Schöman Handb. des Civ. R. I (1806) Nr. 11 S. 28 ff., aus der neueren österreichischen Unger I §. 5. Unter den Darstellungen aus neuester Zeit hervorragend durch Form und Inhalt: Bruns in Holtendorff's Encycl. (2. Aufl.) S. 319 ff. — Weitere Literaturangaben z. B. bei Menger System I S. 83 f. Note 1.

<sup>46)</sup> Die gleiche Klage bei Zeiller Com. I S. 78 \*\*.

<sup>47)</sup> Schloßmann Der Vertrag (1876) S. 179.

<sup>48)</sup> Hervorgerufen hauptsächlich durch Savigny's und Puchta's angeführte Schriften. Der Fortschritt, der damit gemacht wurde, wird ohne Zweifel ein bleibender sein, wenn auch die Erwartung, daß diese Auffassung „sich bald als eine gemeinsame geltend machen und in der Praxis Anerkennung verschaffen werde“ (v. Salza im Weiske's Rechtslex. IV S. 841) nicht in Erfüllung gegangen ist.

<sup>49)</sup> Daher die vagen Definitionen z. B. bei Höpfner Comm. (8. Aufl.) S. 60: „Eine Gewohnheit ist eine beständige Beobachtung einer Regel in freien Handlungen,“ worauf die Unterscheidung juristischer und nicht juristischer Gewohnheiten (Gewohnheit des Aufstehens und Niederlegens zu bestimmter Stunde) folgt. Ganz ähnlich der Wiener Heinemanns I S. 50: „Eine rechtliche Gewohnheit ist die Beobachtung einer Regel, die nicht ausdrücklich kundgemacht ist, in freiwilligen Handlungen,“ und Glück I S. 444, der freilich (S. 442 ff.) eine große Zahl von Bedeutungen von Gewohnheit und consuetudo neben einander stellt. Im Sinne dieser Doctrin war übrigens ihr vager Ausgangspunkt unschädlich, denn von wirklichem juristischem Interesse waren ihr doch nur die vom Gesetzgeber gebilligten Gewohnheiten (vgl. Note 56, 57).

<sup>50)</sup> Für Gewohnheit und Observanz bezeugt bei Glück S. 447, der seinerseits allerdings zwischen beiden „im eigentlichen Verstande“ wichtige Unterschiede findet; für Gewohnheit und Herkommen f. Kreittmayr I S. 92 f. In den Protokollen werden gewöhnlich (wie im w. g. G. B. I §. 22) Landesgebräuche und Gewohnheiten neben einander gestellt

Heutzutage werden regelmäßig Gewohnheiten schlechthin, als welche keinen objectiven Rechtsatz enthalten, streng geschieden von dem eigentlichen Gewohnheitsrecht, welches objective Rechtsnormen enthält,<sup>51)</sup> und ebenso wird regelmäßig der Begriff der Observanz (des Herkommens) auf ein ihm eigenthümliches Gebiet beschränkt. Nur ist dabei wieder bestritten, welches dieses Gebiet sei,<sup>52)</sup> und nicht minder lebhaft ist der Streit über die Bedeutung und den eigentlichen Inhalt jener opinio necessitatis, welche das Gewohnheitsrecht gegenüber der Gewohnheit im natürlichen Sinne charakterisiren soll.<sup>53)</sup>

— aber offenbar wollen beide Ausdrücke ganz dasselbe bedeuten, wie denn auch sehr oft nur einer von beiden, oder wieder gleichbedeutend Gewohnheitsrecht gebraucht wird. Einmal bemerkt zu allem Ueberflus Kottenhann (Prot. 4. u. 11. Jänner 1802) „unter allgemeiner Bestimmung“, daß es, um alle Deutungen zu vermeiden, angemessen wäre, statt „Landesgebrauch“, „welches im Grund obnehin nicht mehr auszusagen“, „Gebrauch“ in den Text zu setzen. Ebenso beweisen die Materialien des allg. L. R., daß „Gewohnheiten und Observanzen“, nicht verschiedene Gegenstände, sondern dasselbe haben ausdrücken wollen“. Bornemann Pr. C. R. (1. Aufl.) S. 180 Note. S. noch Savigny I S. 98, Wächter Wirt. P. R. II S. 32, Roth Bayer. C. R. I S. 110 Note 20, 21.

<sup>51)</sup> Winwarter I S. 91, Unger I S. 38 ff., Menger I S. 84 Note 3. S. G. B. Art. 1 und 279 (und dazu Zoll in Fherings Jahrb. XIII Nr. X S. 453 ff.). Verufungen auf Gewohnheiten schlechthin enthalten die §§. 389, 390, 501, 549, 1109 a. b. S. G. B. Gegen diese Unterscheidung jedoch Fhering Geist (2. Aufl.) III S. 27, Zoll I S. 451 f.

<sup>52)</sup> Älteren wie neueren Schriftstellern sind Herkommen und Observanz bald gleichbedeutende, bald sehr Verschiedenes bezeichnende Begriffe, die Schriftsteller beider Gruppen aber verbinden damit wieder sehr abweichende Bedeutungen. Glück (I S. 440) nennt Herkommen eine (objective) Rechtsnorm, die ehemals ausdrücklich bekannt gemacht, aber nicht schriftlich verfaßt wurde, sondern sich bloß durch den Gebrauch erhalten hat; Observanz dagegen ist ihm (vgl. Dernburg S. 36 Note 2) eine Entscheidungsnorm, welche in einer universitas personarum durch stillschweigenden Vertrag der Interessenten Geltung erhalten hat. Gerade umgekehrt hat bei Brinz S. 27 das Herkommen zwar „große Ähnlichkeit mit der gewohnheitsrechtlichen Übung“, bedeutet aber doch nur die Thatsache, daß ein gewisses (subjectives) Recht stets und gleichmäßig Anderen gegenüber werthföchtig in Anspruch genommen wurde, während die Observanz gewohnheitsmäßige Setzung von (objectiven) Rechtsätzen innerhalb gewisser Corporationen enthält; ebenso der Sache nach, aber für beide Fälle beide Namen gebrauchend schon Puchta II S. 105—119; Bähr Rechtsstaat S. 33 hat für das, was Brinz Observanz nennt, nur den Namen Herkommen. Puchta Gew. R. II S. 108, dem Viele folgen, findet in der Observanz nur eine Anwendung der Autonomie, und diesen Sprachgebrauch billigt auch Savigny I S. 99 Note 9. Beide constatiren das Schwanken des Sprachgebrauches. Noch schärfer Heimbach Rechtsl. VII S. 544: „Wohl selten ist mit einem juristischen Begriffe ärgerer Mißbrauch getrieben worden, als mit dem vorliegenden.“ Die noch von Glück und Späteren vertretene Bedeutung (stillschweigender Vertrag der Corporationsglieder) darf als aufgegeben angesehen werden (Savigny S. 99, Heimbach Note 4), aber eine feste Terminologie ist doch noch lange nicht gewonnen. So gebraucht Beseler (Vollrecht S. 77 ff. System S. 89, vgl. Abides S. 50 ff., Stobbe I S. 131 f.) den Terminus Herkommen für jene Regeln, welche an und für sich in der Natur der Sache nicht begründet sind, und nur durch die lange Dauer der Übung, die das ursprünglich fehlende Gefühl der rechtlichen Nothwendigkeit erstet, zum wirklichen Rechtsatz erhoben werden. Für das, was Savigny Herkommen oder Observanz nennt, findet er den Ausdruck Observanz am bezeichnendsten. Böhlau S. 65 unterscheidet observantiales Statut, observantiales Vertrag und gewohnheitsrechtliche Observanz.

<sup>53)</sup> Schon die Älteren brüden sich, was dieses Erforderniß anbelangt, sehr verschieden aus. Während die Einen (z. B. Donner S. 5; noch weit ältere Belege bei Puchta II S. 37) darunter den „Vorsatz“ verstehen, „durch derlei Handlungen eine Verbindlichkeit einzuföhren“, (ähnlich noch Gesterding im civ. Arch. III S. 263: „die Handelnden müssen einen gewissen Satz als Gesetz befolgt haben, nicht als sei er ein Gesetz, sondern als solle er eins sein“) verstehen Andere darunter „die Meinung, daß es so sein müsse“, „die Meinung moralischer Nothwendigkeit“, die Handelnden müssen so gehandelt haben, „weil sie sich verbunden hielten, ihren Handlungen gerade diese und keine andere Richtung zu geben, — und unbedenklich wird dieses Erforderniß für das Hauptrequisit des Gewohnheitsrechtes erklärt. (S. Kreittmayr I S. 92, Glück I S. 461 f., Höpffner S. 61, 62 Note 9,

2) Der älteren Doctrin erschienen alle Rechtsgewohnheiten zunächst lediglich als Producte eines durch lange Zeit fortgesetzten gleichförmigen Handelns.<sup>54)</sup> In diesem Handeln, als einem rein factischen Umstand, vermochte sie einen Grund für die verbindende Kraft des Gewohnheitsrechtes um so weniger zu erblicken, als in Rücksicht derogatorischer Gewohnheiten nicht einzusehen war, wie eine Uebertretung eines Gesetzes dadurch, daß sich Viele derselben während eines längeren Zeitraums schuldig machten, nicht nur aufhören sollte, den Charakter einer Gesetzesübertretung an sich zu tragen, sondern sogar das Gesetz selbst zu

Wiener Heineccius I S. 51). Man fand aber in dieser Differenz kaum mehr, als eine Verschiedenheit des Ausdruckes (vgl. noch Salza a. a. D. S. 845). Vom Standpunkt der damaligen Doctrin, die auch im Gewohnheitsrecht bewußte Sägung erblickte (Note 56), war wohl die erste Formulirung die correctere. Auffallend erscheint, daß im Jof. G. B. das von der gleichzeitigen Doctrin doch festgehaltene Erforderniß der opinio necessitatis übergangen ist; indessen ist das (s. auch oben Note 54) nur scheinbar der Fall; das G. B. will handgreifliche Kriterien des Gewohnheitsrechtes geben im Interesse der Sicherung seines Beweises; es ist daher dieses Erforderniß nicht als ein besonderes genannt, sondern ergibt sich aus den übrigen, namentlich der Freiwilligkeit und dem Nichtwiderprechen Anderer; vgl. Wiener Heineccius a. a. D.: „Ob . . . diese Meinung vorhanden gewesen sei, erhellet aus dem geschenehen Widerspruche . . .“ Die Neueren folgen meist Puchta, welcher II S. 38 verlangt, es müsse „der Handlung die Ueberzeugung von einem Rechtsfate, welchem sie entspricht, zu Grunde liegen,“ und sind, wenn auch in sehr verschiedener Formulirung, damit einverstanden, daß dieses „Gefühl rechtlicher Nothwendigkeit“, diese „Ueberzeugung, daß das, was die Handelnden üben, Recht sei“ unter allen Voraussetzungen des Gewohnheitsrechtes „die wichtigste“ sei. Vgl. z. B. Savigny I S. 174, Kierulff Theorie S. 12, Böcking Band. E. 15, Wächter II S. 39, Zachariä (=Puchelt) I S. 57, Windscheid §§. 15, 16, Arndts in Grünhut's Zeitschr. I S. 487 f. („wo es sich um Erkenntniß von Gewohnheitsrecht handelt, sind nur solche Handlungen zu beachten, die von dem Gebanten geleitet sind, daß es Recht sei, so und nicht anders zu handeln, und diese erweisen sich eben bedeutend als Ausdruck einer schon vorhandenen Rechtsüberezeugung;“ in gleichem Sinne sagt Goldschmidt Handelsr. 2. Aufl. I S. 329 Note 23: „Wohl die Ueberzeugung von der Nothwendigkeit — weder der Geltung noch der Befolgung . . . — des Rechtsfates, sondern lediglich von dessen Bestand wird erfordert.“), Roth I S. 113, Böhlau I 327 f., Menger S. 94. So spricht auch Thöl Einl. S. 134 von dem „Dasein der gemeinsamen Rechtsüberezeugung,“ S. 131 ist ihm aber die opinio necessitatis „der Glaube, das Gefühl, die Ueberzeugung, daß es so und nicht anders billig, oder was gleich ist, recht, daß es allein so recht und billig sei.“ Schon stärker abweichend fordert Baron (Band. 2. Aufl. S. 11 Z. 2) zwar „Rechtsüberezeugung des Volkes,“ versteht aber darunter „die Meinung derjenigen, welche im Verkehr einen Grundsatz anwenden, daß dies der rechtlich angemessene sei.“ Weseler (System I S. 79 und Note 1) verlangt Uebung des Rechtsfates als solchen, so daß sich die Handelnden einem bestimmten Rechtsprincip unterworfen fühlen; allein dieses Gefühl ist beim Volksrecht nicht als Rechtsüberezeugung, sondern nur als das zum Rechtsbewußtsein erstarrte Rechtsgefühl zu denken. (Aehnlich schon Stahl II 1 S. 234, 236, 238, 241 und jetzt Bruns S. 321). Brinz S. 114 (dem Zoll I S. 417 Note 2 zustimmt) findet, das Erforderniß der opinio necessitatis beruhe „zum mindesten nicht in den Quellen. Nur daß Rechtens sein solle, was man thut, und daß man also wohl daran thue, so zu handeln, ist der Gedanke, von dem die zur Gewohnheit führende That begleitet sein muß, nicht daß es schon Rechtens sei, und darum gethan werden müsse; Letzteres ist Folge der fertigen, nicht Bedingung der erst werdenden Gewohnheit . . .“, nähert sich also wieder den zu Beginn dieser Note erwähnten Ansichten der Aelteren. Ubiates S. 38 ff., 50 ff. verwirft die Rechtsüberezeugung als Erforderniß des Gewohnheitsrechtes ganz und gar, ebenso läßt Tröbnowski (das röm. Priv. R.) I S. 33 dieses Erforderniß fallen, denn „in welchem Sinne geübt wurde, ob die Uebung aus der Ueberzeugung von ihrer rechtlichen Nothwendigkeit hervorgegangen sei oder nicht, das läßt sich einmal nicht feststellen.“

<sup>54)</sup> Actus inducunt consuetudinem. Zahlreiche Belege bei Puchta I S. 172 ff., dazu Glük I S. 447 (vgl. 444): „Gewohnheit . . . ist . . . eine verbindliche Norm, welche aus gleichförmigen Handlungen der Untertanen entstanden . . .“ Gesterding a. a. D. S. 259, Zeiler Comm. I S. 78: „Die Rechtsgewohnheiten werden, nach der Meinung ihrer Vertheidiger, durch wiederholte Handlungen eingeführt . . .“ Das letzte Wort (dessen sich auch das Jof. G. B. I §§. 9, 14 wiederholt bedient) ist eine deutliche Anspielung auf die actus introductivi der älteren Doctrin. Die historische Schule (vgl.

beseitigen im Stande sein sollte.<sup>55)</sup> Nach einer juristischen Begründung dieser Erscheinung suchend, fand sie dieselbe in der Zustimmung der gesetzgebenden Gewalt.<sup>56)</sup> Diese Zustimmung wurde regelmäßig als eine stillschweigende<sup>57)</sup> ge-

namentlich Puchta I §. 149 ff.) hat, indem sie als Quelle des Gewohnheitsrechtes die natürliche und nationale Uebereinstimmung der Uebergangung nachwies, jene Theorie verdrängt. Neufens geht Schöfmann §. 184 wieder auf den Gedanken zurück, daß das Gewohnheitsrecht lediglich aus gleichförmigen Handlungen entstehe: „das Unvermögen oder die Unlust zu eigener Prüfung legt der Norm, welcher Andere sich lange Zeit hindurch angeschlossen haben, ein Ansehen bei, welches ihr nur die Erkenntniß ihres inneren Werthes verschaffen sollte.“

<sup>55)</sup> Die Möglichkeit derogatorischer Gewohnheiten war zwar im Allgemeinen auch bei den Aelteren anerkannt (vgl. z. B. Bayer. Landrecht I 2 §. 15 4<sup>o</sup>; dazu Kreittmayr I S. 95 und Roth S. 111 Note 27; Glük I S. 453, Höpfner S. 61, Wiener Heineccius I S. 52 f.), aber doch nicht unbestritten; so insbesondere auch in der Codificationszeit. So lehrt Sonnenfels Grundsätze I §§. 304, 305: „Der Gesetzgeber muß nicht zugeben, daß in . . . was immer für Gesetzen etwas durch den Eigenwillen der Bürger geändert oder dieselben durch . . . die Nichtbeobachtung aufgehoben werden . . . Woferne die Nichtbeobachtung ein Gesetz abschaffen könnte . . . (würde) der Privatbürger zum Richter der Gesetzgebung gemacht.“ Unpassend gewordene Gesetze sollen aufgehoben werden. „Dadurch wird das schädliche Vorurtheil ausgerottet werden, als hätte (der Gesetzgeber) stillschweigend in die Aufhebung eines Gesetzes gewilliget, dessen Nichtbeobachtung er ungeahndet läßt . . . Der Gesetzgeber redet öffentlich und ausdrücklich zu dem Bürger durch das Gesetz: wie also kann dagegen eine Vermuthung stattfinden? So lange das Gesetz nicht widerrufen ist, spricht der Regent immer laut: Ich will; ist es erlaubt, gegen diese Worte zu vermuthen, daß er nicht wolle?“ Auf Sonnenfels stützt sich auch Zeiller I S. 79 f. Das gleiche Resultat gewinnt Schöfmann S. 56 ff. aus den Quellen. Vgl. noch Puchta II S. 203 ff., Zoll S. 421, aber auch S. 437 ff.

<sup>56)</sup> Die Stütze dieser Lehre war die L. 32 §. 1 D de leg. 1, 3: „ . . . cum ipsae leges nulla alia ex causa non teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes: nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis? . . . tacito consensu civium . . .“ Der Cod. Max. I 2 §. 15 (dazu Kreittmayr I S. 92) will dieser Stelle dadurch gerecht werden, daß er einen Gebrauch fordert, „welcher nicht nur den Willen der Gemeinde (Kreittmayr: in Generalgewohnheiten den Willen des Volkes, bei Localgewohnheiten den Willen selbiger Gemeinde), sondern auch die Landesherrschaftliche Mitbestimmung muthmaßlich anzeigt.“ Die Späteren schweigen von dem Willen der Gemeinde als selbständigem Factor — er liegt ihnen offenbar in den Handlungen der Unterthanen, welche die Gewohnheit einführen — und stellen Alles auf den Willen des Landesfürsten ab: Jof. G. B. I §. 14: „Da . . . Gewohnheiten ihre ganze Wesenheit und Verbindlichkeit nur von der gesetzlichen Gewalt und der stillschweigenden Bewilligung des Landesfürsten erhalten . . .“ Donner S. 5: „Sie kömmt aus der stillschweigenden und vermuthenden Einwilligung des Landesfürsten, denn die Unterthanen können durch ihre Gebrauche kein Gesetz machen, dieweil sie keine Gewalt dazu haben.“ Höpfner S. 44, 60 f., Wiener Heineccius I S. 50, Glük I S. 430, 437 f., 449: „ . . . soviel außer allem Zweifel, daß eine gesetzliche Gewohnheit ihre verbindliche Kraft durch den Willen des Gesetzgebers bekommt;“ ebenso verlangt Schöfmann S. 42 ff. Wissenschaft und Zustimmung des Gesetzgebers, „denn Gewohnheit soll . . . Gesetz sein und Gesetzeskraft haben.“ Uebrigens war auch dieses Erforderniß nicht unbestritten — vgl. Schöfmann S. 28, 33, Puchta I S. 209 ff. Umgekehrt ist die Lehre, daß das Gewohnheitsrecht seine verbindliche Kraft aus der Zustimmung der Gesetzgebung schöpfe — eine Lehre, die auch dem §. 10 a. b. G. B. offensichtlich zu Grunde liegt — auch heut noch nicht aufgegeben; Belege bei Windscheid §. 15 Note 1.

<sup>57)</sup> Belege in der vorigen Note. Es ist ein regelmäßig wiederkehrender Satz (z. B. Glük S. 430 f., Höpfner S. 44, Wiener Heineccius S. 51 f., Zacharia-Puchelt I S. 56), die Bewilligung des Landesfürsten sei entweder eine ausdrückliche oder eine stillschweigende; erstere mache ein Gesetz, letztere eine Gewohnheit. Manche bleiben bei diesem Satze schlechtweg stehen, z. B. Kreittmayr I S. 95, „weil tacitus Principis consensus hierin alles salvirt,“ oder vermuthen diese Genehmigung, bis das Gegentheil dargethan ist in allen Fällen mit Ausnahme derogatorischer Gewohnheiten, wo sie den Beweis verlangen, daß sie zur Kenntniß des Gesetzgebers gekommen seien; so z. B. Glük S. 485. Schöfmann S. 51 ff. unterscheidet alte und solche Gewohnheiten, die erst unter dem noch lebenden Landesherrn entstanden sein sollen, verlangt, daß der Richter in An-

dacht, ihretwegen aber — um sie nicht als etwas willkürlich Erfundenes erscheinen zu lassen — das Erforderniß der Oeffentlichkeit des gewohnheitsmäßigen Handelns<sup>58)</sup> aufgestellt. Wohl traten gegen diese Auffassung schon frühzeitig Bedenken hervor, indem man bemerken mußte, daß von einem tacitus consensus omnium als Surrogat des gesetzgeberischen Ausspruches nur in Staaten mit republikanischer Verfassung, in denen die Gesetzgebung der Volksversammlung zustehe, die Rede sein könne.<sup>59)</sup> Aber man meinte eben, die omnes durch den monarchischen Gesetzgeber ersetzen zu können.<sup>60)</sup> Die moderne Doctrin dagegen lehrte das Verhältniß vollständig um; leiteten die Aelteren die Kraft des Gewohnheitsrechtes von der Gesetzgebung ab, so fanden die Neueren nun gerade in der gewohnheitsrechtlichen Bildung die ursprüngliche und eigentlich normale Art der Rechtserzeugung.<sup>61)</sup> „Die letzte Quelle alles positiven Rechtes ist die Vernunft

setzung der letzteren die Genehmigung des Landesherrn durch Anfrage bei diesem erkunde, will den consensus generalis des Landesherrn nicht hinreichen lassen, den Andere (z. B. Glück) im Allgemeinen für genügend halten (darüber Puchta I S. 211, II S. 44 ff.), und spricht auch in landesherrlich regierten Staaten dem Gewohnheitsrecht die Kraft, ein Gesetz aufzuheben, gänzlich ab. — Vgl. hierzu noch Zeiller I S. 78 und Sammlung (IV) Nr. 1946.

<sup>58)</sup> So lange man neben dem Willen des Landesherrn auch den Willen der Gemeinde zur Entstehung eines Wohnheitsrechtes forderte (Note 56), stellte man dieses Erforderniß auf, einerseits um den consensus principis et populi begründen zu können, andererseits um in dieser Oeffenkundigkeit ein Analogon der Gesetzespublication zu gewinnen; so Kreittmayr I S. 93 Z. 2, und selbst Glück S. 471, bei dem der consensus populi als selbständiges Erforderniß bereits entfallen ist; vgl. noch Puchta II S. 41 ff. Die Späteren (seit Beginn des Jahrhunderts etwa, z. B. Schöman S. 38, 44, 57 f., Zachariä-Puchelt I S. 57) verlangen nur, „daß der Gesetzgeber diese Anwendung mißbilligen konnte, daß also die Anwendung öffentlich geschehen ist.“ Offenbar dieselbe Anschauung theilten auch unsere Redactoren, als sie (oben S. 228 und Prot. 4. und 11. Jänner 1802) wegen mangelnder sicherer Kenntniß eine allgemeine Bestätigung der bestehenden Provinzialstatuten und Wohnheiten für unzulässig erachteten. — Die Modernen haben dieses Erforderniß im Ganzen aufgegeben, erkennen jedoch an, daß aus der Heimlichkeit einer Handlung häufig auf mangelndes Rechtsbewußtsein zu schließen sein wird. Puchta II S. 48, Keller Pand. S. 9 Note 8, Roth I S. 113.

<sup>59)</sup> Wobei aber auch noch immer das Volk als natürliches und das Volk als politisches Ganzes mit einander verwechselt waren. Puchta I S. 149 ff., II S. 40 f., Böhlau I S. 270 Note 5, S. 324, Baron S. 12. — Offenbar gehört es auch in diesen Zusammenhang, daß die gleichzeitig mit der Brünnner Commission in Wien niedergesetzte Commission das Wohnheitsrecht einen foetus reipublicae democraticae nannte (oben S. 221). Der im Text genannte Satz wird von den älteren Schriftstellern sehr häufig betont, z. B. bei Donner S. 5, Schöman S. 44, 57 f., insbesondere auch als Argument dafür, daß eben diese Verschiedenheit der Verfassung es bewirke, daß es in der Gegenwart nur noch auf die Genehmigung des Landesherrn ankomme (Donner a. a. O.: „Bei den Römern war es anders beschaffen, da die Gewalt, Gesetze zu machen, noch aus der Verordnung des Romulus bei dem Volke verblieb“), aber auch, um hervorzuheben, daß der Schluß aus dem Stillschweigen des Monarchen auf seine Zustimmung ein unsicherer sei. — Glück S. 427 f., Zeiller I S. 79. — Heutige Juristen debuciren — den Aelteren entgegen — aus den modernen Verfassungen den Satz, daß das Wohnheitsrecht nicht auf stillschweigender Zustimmung der Gesetzgebung beruhen kann, da der moderne Apparat der Gesetzgebung eine stillschweigende Aeußerung des gesetzgeberischen Willens geradezu ausschließt. Windscheid S. 15 Note 1.

<sup>60)</sup> Vgl. die Noten 56, 58, 59.

<sup>61)</sup> In diesem Sinne sagt Puchta I S. 161: „Gewohnheitsrecht und Juristenrecht . . . beruhen auf einer wirklichen gemeinsamen Ueberzeugung, während diese bei dem promulgirten gewissermaßen in einer Fiction besteht, wonach eben dasjenige, was die Gesetzgebung . . . als allgemeinen Willen ausdrückt, auch als solcher gilt.“ Von der gleichen Auffassung aus ist für Böhlau (S. 274) „das Gesetz als solches nicht Recht, sondern lediglich Staatswille,“ nur erklärt der Staat im Gesetz „seinen Willen dahin, daß ein bestimmter Rechtsatz als Recht anzusehen sei,“ und Stahl S. 237 nennt das Wohnheitsrecht „gerade die ursprüngliche Rechtsquelle.“ In der neuesten Zeit hat es freilich auch an scharfem Widerspruch gegen diese Auffassung nicht gefehlt, und kommt die hohe

der Völker; wie für den Einzelnen, so ist für die Völker in letzter Instanz ihre Vernunft das Maß der Dinge. Die Rechtsvernunft der Völker kann aber in doppelter Weise Recht begründen, mittelbar und unmittelbar. Mittelbar, gleichsam durch Delegation, begründet sie Recht in der Gesetzgebung, unmittelbar begründet sie Recht eben auf dem Wege der Uebung . . . In der Uebung tritt hervor die Ueberzeugung der Uebenden, daß das, was sie üben, Recht sei, und in dieser Ueberzeugung liegt der Grund der verbindenden Kraft des Gewohnheitsrechtes.“<sup>62)</sup> Sofort aber beginnt wieder der Streit über die Bedeutung der tatsächlichen Uebung für die Existenz des Gewohnheitsrechtes und über das Wesen des letzteren selbst; den Einen ist das Gewohnheitsrecht insofern gleichartig dem Gesetz, als sie in beiden den Ausdruck des allgemeinen Willens finden;<sup>63)</sup> die Anderen erkennen nur in dem Gesetze den (Staats-) Willen, in dem Gewohnheitsrecht aber gar kein Wollen, sondern nur einen Rechtsinstinct;<sup>64)</sup> und während eine Gruppe von Schriftstellern, gleich der älteren Doctrin, das Gewohnheitsrecht geradezu durch die factische Uebung hervorgetrieben denkt, in der letzteren also den eigentlichen Entstehungsgrund des ersteren erblickt,<sup>65)</sup> sehen Andere in der Gepflogenheit nur die Entstehungsform des Gewohnheitsrechtes;<sup>66)</sup>

Bedeutung der Gesetzgebung wieder zu Ehren. Vgl. Fhering Geist (2. Aufl.) II S. 25 ff., Kampf um's Recht (3. Aufl.) S. 26 ff., Bruns S. 323. Windscheid §. 15 Note 4 vermittelnd; ebenso Arnold Cultur und Rechtsleben S. 355 f.)

<sup>62)</sup> Windscheid §. 15.

<sup>63)</sup> Savigny I S. 24: „Das Recht hat sein Dasein in . . . dem Gesamtwillen“, Puchta 3, B. I S. 142: „Das Recht . . . eine Stufe dieses allgemeinen Willens“ . . . Kierulff S. 7. 11: „Inhalt des allgemeinen Willens eines Volkes“. Harum Von der Entstehung des Rechtes S. 11 ff.: „ein über dem Einzelwillen stehendes, ihn dauernd beherrschendes, höheres, mächtigeres Wollen“ . . . welches „jedenfalls“ denkbar ist „auch ohne die Voraussetzung, daß sich in der Gemeinschaft bereits . . . eine wie immer organisierte oberste Gewalt . . . entwickelt habe“ . . . Regelsberger Krit. B. J. S. IV S. 345, Windscheid §. 18 bei Note 2. Daß der älteren Doctrin Gesetzes- und Gewohnheitsrecht consequent als gleichartig erscheinen mußten, ist, da sie das Gewohnheitsrecht auf den Willen des Gesetzgebers zurückführte, selbstverständlich. Vgl. Gesterding a. a. O. S. 259.

<sup>64)</sup> Stahl S. 236: „Die Gewohnheit ist die Fixirung für das Volksbewußtsein . . . die Gesetzgebung . . . für das obrigkeitliche Bewußtsein . . . die Gewohnheit hat darum ihren Inhalt aus jenem Rechtsbewußtsein, das die Gemeinschaft als eine sittliche Substanz, als ein bestimmender Trieb erfüllt, die Gesetzgebung aber auf der Grundlage jenes Bewußtseins aus der Ueberlegung und dem Willen bestimmter Personen.“ . . . Bruns S. 321: „Der Grund der Rechtsgewohnheit ist . . . nicht der Wille des Volkes, ein Recht zu schaffen, ebensowenig die Ueberzeugung, daß schon ein Recht da sei, sondern die Macht des nationalen Rechtsinnes, der dem Rechtsleben des Volkes eine bestimmte Richtung gibt.“ Vgl. auch Trendelenburg Naturrecht §. 48. Wesentlich anders ist der Gegensatz bei Böhlau S. 269 ff.: das (Gewohnheits-) Recht Ueberzeugung, das Gesetz (Staats-) Wille.

<sup>65)</sup> Ueber die Aelteren vgl. Note 54. Von Neuren lehrt namentlich Kierulff (S. 8 f.), „daß das Gewohnheitsrecht durch Gewohnheit entsteht, d. h. daß die wiederholte Gleichmäßigkeit einer bestimmten Handlungsweise eine gemeine Meinung des Volkes von der Nothwendigkeit jenes Handelns hervorbringt“ — aber freilich auch, „daß die Gewohnheit die Form und Erscheinung und die gemeine Meinung das Wesen sei; aber eben darin liegt, daß jene das Dasein dieser ist.“ Daß die Uebung auch die Bedeutung haben könne, „bisweilen“ ein Rechtsbewußtsein hervorzurufen, wird übrigens mit mehr oder weniger Beschränkungen auch von der herrschenden Lehre zugegeben. Vgl. Savigny I S. 35 ff., Thöl Einleitung S. 54, Böhlau I S. 326 f. (welche beide für diese Fälle den Terminus Gewöhnungerecht gebrauchen), Stobbe I S. 131, Windscheid §. 15 Note 2. Vgl. aber auch Puchta II S. 5 ff.

<sup>66)</sup> Stahl II S. 235: „Das Rechtsbewußtsein ist . . . noch kein Recht. Erst diese Fixirung im äußeren Leben . . . begründet die menschliche Ordnung, welche der Begriff des Rechtes ist.“ S. 238: „Die Gewohnheit als solche ist . . . keineswegs bloßes Kennzeichen . . . eines anderwoher und vor ihr entstandenen Rechts . . . sondern sie ist ein eben so nothwendiges Moment der Entstehung und der bindenden Kraft des Rechtes als das Rechtsbewußtsein selbst.“ Wächter II S. 34 Note 9: „Die wesentliche Entstehungsform des Gewohnheitsrechtes.“ Wangerow I §. 14: „Die Uebung . . . ist gleichsam das, was

ist aber hiebei die Gepflogenheit immer noch als etwas für das Vorhandensein des Gewohnheitsrechtes Wesentliches gedacht, so findet doch auch heut wieder jene Ansicht ihre Vertreter, welche die Uebung zwar als das praktisch wichtigste Mittel der äußeren Erkennbarkeit des Gewohnheitsrechtes, keineswegs aber als ein wesentliches Element seines Vorhandenseins ansieht; sie hält demnach ein Gewohnheitsrecht sehr wohl für möglich, das noch nie wirklich geübt worden, ihr tritt das werdende Gewohnheitsrecht „bei der ersten Erkennbarkeit fertig und gerüstet hervor, wie Athene aus dem Haupt des Zeus“ (Dahn), und die wirkliche Uebung erscheint ihr nur als seine Erscheinungsform.<sup>67)</sup> Und zwischen diesen schroff sich entgegenstehenden Meinungen fehlt es nicht an verschiedenen vermittelnden Ansichten.<sup>68)</sup>

3) Da die ältere Doctrin den Grund der verbindenden Kraft des Gewohnheitsrechtes in der stillschweigenden Einwilligung des Gesetzgebers fand, so konnte ihr nicht wohl zweifelhaft sein, daß der Gesetzgeber auch die Macht und das Recht habe, der Geltung des Gewohnheitsrechtes (auch des erst künftig entstehenden) unübersteigliche Schranken zu setzen.<sup>69)</sup> Die Modernen dagegen sind auch hier getheilter Meinung; zwar das ist Allen außer Frage, daß kein Gesetz im Stande sein kann, die Entstehung neuer, den Gesetzen widersprechender Rechtsansichten zu verhindern;<sup>70)</sup> aber während die Einen, soweit im Einklang mit den Älteren, anerkennen, daß der Richter, der auf Grund eines in der Uebung entstandenen

---

bei dem *ius scriptum* die Publication ist, und in derselben Weise, wie man sagen kann, daß ein Gesetz durch Publication entstehe, so kann man auch sagen, das Gewohnheitsrecht entstehe durch die Gewohnheit.“ Unger I S. 37 f., Bessler Volksrecht S. 77, System S. 78. Regelsberger a. a. D. Windscheid §. 15 Note 2. Baron S. 12 (Entstehungsart), Zoll S. 417.

<sup>67)</sup> Salza in Weiske's Rechtslex. IV S. 837. Neuestens bestritten, aber schwerlich mit gutem Grund, Zróblowski S. 31 f., daß Savigny (I S. 35 f., 42, 146 f., 177 f.) und Puchta (II S. 151) die Uebung für ein nicht wesentliches Moment in der Entstehung des Gewohnheitsrechtes erachtet hätten, da auch ihnen die Gewohnheit „die unzertrennliche Begleiterin des Gewohnheitsrechtes“ ist. Um so bestimmter sind von Anderen die im Text genannten Consequenzen gezogen worden. Ehböl Einleitung S. 131: „Das Gewohnheitsrecht wird durch die Uebung nicht erzeugt.“ S. 134 Note 3: „Das Dasein einer gemeinsamen Rechtsüberzeugung (setzt) keineswegs voraus, daß der Rechtsatz bereits in Anwendung gekommen sei. Es gibt . . . ein ungeübtes Recht, d. h. unangewandte Rechtsätze.“ (Dagegen Unger a. a. D. Note 23). Gerber §. 28 Note 1: („Manifestationsform“), Stobbe I S. 130: „nur das Zeugniß für ein vorhandenes Gewohnheitsrecht“ „die Uebung (bedeutet für das Gewohnheitsrecht) nicht dasselbe, wie für das Gesetz seine Publication, sondern (es) steht vielmehr die Uebung eines gewohnheitsrechtlichen Satzes der Anwendung des Gesetzes gleich.“ Böhlau I S. 271: „Positiv ist das Recht Ueberzeugung, mithin zunächst eine rein innerliche Thatsache.“ „Es kann allerdings angewandt nicht werden, ehe es nicht durch eine unzweifelhafte Aeußerung constatirt worden ist.“ S. noch S. 315, 318 ff., 325: „Im Gewohnheitsrecht liegt beides, Recht und Uebung . . . Die Frage geht aber vielmehr dahin: wann ist der Rechtsatz, das Recht vorhanden, welche sich in der Uebung aussprechen“; 338: „Das Recht existirt mit der Rechtsüberzeugung. Anwendbar wird es erst mit seiner Aeußerung.“ Dagegen vgl. Golschmidt Handelsr. (2. Aufl.) S. 327 f., Note 18.

<sup>68)</sup> Vgl. z. B. Hofmann in Grünhut's Ztschr. I S. 299 und Menger S. 92 f. Note 14, der auf das Verhältniß von Uebung und Gewohnheitsrecht die Kategorie der Wechselwirkung anwendet. Vgl. oben Note 65.

<sup>69)</sup> Anstatt Aller Glück S. 453 f.: „Da . . . die gesetzliche Kraft der Gewohnheiten lediglich von der Einwilligung des Gesetzgebers abhängt, so versteht sich's, daß die Gültigkeit derselben nie weiter ausgedehnt werden dürfe, als der Consens des Gesetzgebers sich erstreckt.“ Wie wenig die ältere Doctrin auch nur von einem Zweifel an der Richtigkeit dieses Satzes berührt war, beweist A. L. R. I Cml. §. 3 und a. l. O. B. §. 10, sowie der oben dargestellte Verlauf der Redactionsberathungen. Ihren äußern Halt fand diese Lehre an L. 2 C. quae sit i consuet. 8. 52 (53).

<sup>70)</sup> Unger I S. 37 Note 16; Nichts anders bedeuten auch die Ausführungen von Berger Krit. Beitr. S. 51 ff.

Satzes erkennen würde, wo ihm das Gesetz die Berücksichtigung des Gewohnheitsrechtes verbietet, ein nichtiges Urtheil fällen würde,<sup>71)</sup> bestreiten die Andern geradezu, daß die abgeleitete Rechtsquelle mächtiger sein könne, als die ursprüngliche; bei Manchen ist freilich diese Bestreitung kaum mehr, als ein rein theoretischer Satz;<sup>72)</sup> Andere aber halten allen Ernstes dafür, daß der Richter ein solches Verbot des Gesetzes nicht zu beachten habe.<sup>73)</sup>

4) Den Aelteren ist das Gewohnheitsrecht zunächst ein Factum; darum fordern sie im Proceß, wenn es bestritten ist, ob ein gewisser gewohnheitsrechtlicher Satz bestehe, für denselben geradezu einen Beweis, wie für andere bestrittene Thatsachen.<sup>74)</sup> Ihnen ist das Gewohnheitsrecht von vornherein ein ungewisses, unsicheres Recht. Der Ausgangspunkt der Modernen ist der geradezu entgegengesetzte: Weil das Gewohnheitsrecht auch Recht ist, so gut oder sogar noch besser als das Gesetzesrecht, bedarf es im Allgemeinen<sup>75)</sup>

<sup>71)</sup> Darüber sind die Meisten einig. Vgl. Stahl S. 238, Rierulff S. 12: „heutzutage zweifelt Niemand daran, daß die Legislation die praktische Gültigkeit des Gewohnheitsrechts beliebig einschränken könne;“ Wächter II S. 37 f., Unger a. a. D., Zachariä-Puchta I S. 58, Dernburg I S. 28, Bruns S. 322, Stobbe I S. 137, Zoll S. 447, Menger S. 89 Note 9, Windscheid (4. Aufl.) §. 18 a. E. und Note 3. Selbst Puchta gibt (II S. 214), obwohl principiell ein Gegner dieser Ansicht, soviel zu, es könne in der Existenz eines Gesetzes möglicherweise der Grund liegen, warum ein Gewohnheitsrecht überall, trotz einer bestehenden Übung, nicht anzunehmen ist. Vgl. Vorles. I S. 456 (4. Aufl.)

<sup>72)</sup> Vgl. oben S. 216 f. und Note 11 und 11 a.

<sup>73)</sup> Puchta I S. 210, Vorles. I S. 33, Windscheid (3. Aufl.) §. 18, a. E. Brinz §. 33, Bródlowski S. 19 ff.

<sup>74)</sup> Glück I S. 476 ff.; Wening-Ingenheim Lehrb. I §. 15 (4. Aufl.) Kreittmayr sagt I S. 95: „Diese Probe ist zwar schwer, aber nicht unmöglich“, und beruft sich auf Pehser, der bezeugt, daß dieser Beweis nur in den seltensten Fällen erfolgreich geführt worden sei. Eben diese Schwierigkeit drängte die Codificationszeit am meisten zur Aufhebung des Gewohnheitsrechtes. — Vgl. über und gegen diese Doctrin Puchta I S. 107 ff., II S. 120 ff., 152 ff., Savigny I §. 30 S. 186 ff.

<sup>75)</sup> Seit Puchta's Ausführungen (a. a. D.), „ist principiell außer Streit, daß das Gewohnheitsrecht Recht (jus in thesi), nicht aber ein Factum ist, welches als solches zur hypothese des Rechtsstreites und zu dem der Parteien-Disposition unterworfenen Proceß-Stoff gehörte. In diesem Sinn gilt unbedingt auch hier das Jura novit curia“ (Böhlau I S. 338 f.) Zwar ist auch „das Gewohnheitsrecht allerdings eine Thatsache, aber ebenso wie alles Recht eine solche ist.“ Puchta I S. 108. Daraus folgert man mit mehr oder weniger Entschiedenheit, daß auch die processualischen Regeln über den Beweis von Thatsachen auf die „Erkenntnis“ oder „Findung“ des Gewohnheitsrechtes keine Anwendung haben. Vgl. z. B. Puchta's principielle Aeußerung I S. 110, es könne „als ein allgemeiner Satz ausgesprochen werden, daß sich kein Zustand denken läßt, der die Forderung eines eigentlichen Beweises des Gewohnheitsrechtes rechtfertige.“ Rierulff S. 14: . . . „Der Richter soll nach selbständiger Ueberzeugung vom Recht . . . urtheilen . . . In dieser Forschung. ist er auch die auf bloß formelle juristische Wahrheit berechneten Regeln des Civilprocesses nicht beschränkt. Er erlangt seine Erkenntnis hier nicht durch juristischen, sondern durch wissenschaftlichen Beweis.“ Böhlau S. 339: „Unzweifelhaft ist es daher Pflicht und Recht des Richters, in jedem Stadium des Processes bis zur Rechtskraft des Urtheils Gewohnheitsrechten, deren Existenz ihm irgendwie indicirt ist, ex officio z. B. durch Berichts-Einforderungen u. dgl. nachzugehen . . . Die Übung des Gewohnheitsrechtes ist nun aber, soweit sie außerhalb des Gerichtes vor sich geht, nicht notwendig dem Richter bekannt . . . Insofern gilt hier wieder nicht das Jura novit curia“ und darum muß die Partei „dem officium judicis bei Ermittlung und Feststellung des Gewohnheitsrechtes an die Hand gehen . . . — ein Incidentverfahren, welches mit einem Beweis-Verfahren äußere Aehnlichkeit hat.“ Menger S. 95: „Der Beweis des Gewohnheitsrechtes kann entweder so geführt werden, daß die Übung, auf welcher das Gewohnheitsrecht beruht, oder unmittelbar das Gewohnheitsrecht selbst erwiesen wird.“ Vgl. noch Savigny I S. 186 ff., Dernburg S. 37 Note 6. Salza in Weiske's Rechtslex. IV S. 847 ff. und namentlich Böhlau's scharf ausgeprägte Darstellung a. a. D. §. 55. — Trotz der warmen Vertheidigung, die Puchta (I S. 213 ff. bes. S. 230 ff.) dem Gewohnheitsrecht gegen den Vorwurf, es sei ein incertum ius, gewidmet hat, wiederholt sich dieser Vorwurf immer aufs

keines Erweises. Aber auch unter ihnen ist dieser Satz keineswegs außer Streit.<sup>76)</sup>

5) Der älteren, wie der heut herrschenden Lehre ist es gemein, daß sie in der thatsächlichen Uebung eines Rechtsatzes nur dann ein Gewohnheitsrecht erblickt, wenn dieselbe mehrfach qualificirt ist. Die Älteren aber konnten dieser Erfordernisse nie genug aufstellen, und waren bemüht, sie so genau als möglich, mit Kriterien, die recht leicht erkennbar sein sollten, zu bestimmen;<sup>77)</sup> die Neueren lassen einige dieser Erfordernisse ganz fallen, sie haben auf den größten Theil der positiv fixirten Kriterien verzichtet, und stellen die Frage, ob ein Gewohnheitsrecht vorliege, fast ganz dem Ermessen des Richters anheim.<sup>78)</sup>

6) Wenn die Älteren von Gewohnheiten oder Gewohnheitsrecht sprechen, haben sie der Regel nach nur das sogenannte Volksrecht im Auge;<sup>79)</sup> den Ge-

Neue. Ihering Geist II S. 29: „Unbestimmtheit ist das unverilgbare Muttermal der meisten concreten Gewohnheitsrechte.“ Dernburg S. 28: „Wenn . . . die Verwahrung des Rechts in die Hand gelehrter Richter gelegt wird . . . dann bedarf es vielfach weiltäufiger, schwieriger, kostspieliger Beweisaufnahmen über die Existenz, den Inhalt und die Begrenzung des Gewohnheitsrechts.“

<sup>76)</sup> Nicht nur nennen die Einen die gerichtliche Constataion des Gewohnheitsrechts Beweis, während die Anderen diesen Namen vermeiden (s. die vorige Note, Vangerow S. 18 S. 45, Windscheid §. 17 Note 2), sondern es ist auch streitig, ob der Richter nur zur Kenntniß des promulgirten Gesetzesrechtes (so z. B. neuestens Menger S. 97) oder auch des örtlichen Gewohnheitsrechtes seines Gerichtsbezirkes (des aufgezeichneten z. B. Salza a. a. D. S. 847, selbst des nicht aufgezeichneten z. B. Stobbe S. 139) verpflichtet sei. Besonders streitig ist aber die Frage, welche Beweismittel hier zulässig seien; die Einen nehmen an, es gelte diesfalls nichts Eigenthümliches (z. B. Sintenis Civ. R. (3. Aufl.) S. 43 f., Vangerow a. a. D.); Andere (z. B. Böhlau S. 342) halten alle mit dem Dispositionsrecht der Parteien wesentlich zusammenhängenden Beweismittel, insbesondere Gesändniß und Eid, für unzulässig; noch Andere (z. B. Menger S. 97 und Note 22) lassen zwar diese Beweismittel ebenfalls „erheblich zurücktreten“, grundsätzlich aber doch die ganze Frage nach dem freien Ermessen des Richters entscheiden.

<sup>77)</sup> Wie sehr man noch im vorigen Jahrhundert bemüht war, durch möglichst äußerliche Fixirung der Erfordernisse das Beweisthema bei einem Streit über das Vorhandensein eines Gewohnheitsrecht von vornherein zu präcificiren, zeigen deutlich Cob. Mar. I. 2 §. 15 und Jos. G. B. I §. 11 12 (s. oben Note 16). Zwar neigten sich schon damals manche Schriftsteller dahin, rücksichtlich der Zeitdauer der Uebung und der Zahl der erforderlichen „mehreren“ Handlungen das Ermessen des Richters entscheiden zu lassen (vgl. Glück I S. 454 ff., 463 ff., Höpfner S. 61 Z. 3 a und Note 1, Wiener Heinemann I S. 50 f., Thibaut Pand. 8. Aufl. §. 18, 19, in letzterer Richtung schon Kreittmayr I S. 93 f., s. überhaupt Puchta II S. 84 ff., 93 ff.); dennoch verlangt der Cob. Mar. der Regel nach 30 Jahre, das Jos. G. B. anschließend an die damals überwiegende Lehre (Donner §. 11, Puchta II S. 97 f.) 10 Jahre (eine Nachwirkung dieser Theorie findet sich noch in der Sammlung Nr. 1946 cit.); der Coder wiederholte actus („ein einziger . . . kann so wenig eine Gewohnheit, als eine einzige Schwalbe den Frühling machen“ Kreittmayr S. 91), das Jos. G. B. wenigstens dreimalige Beobachtung, — beide mit mannichfaltigen anderen Verschärfungen.

<sup>78)</sup> Die erforderliche Zahl der Uebungsacte, die Dauer der Uebung, das Gewicht einzelner Fälle von Nichtübung oder entgegengezetem Handeln werden jetzt allgemein dem Ermessen des Richters überlassen. Puchta II S. 79—105, Savigny I S. 171 ff., Windscheid §. 16 Note 1, Böhlau S. 336 f., Menger S. 93 Note 15; das Erforderniß der Rationabilität der Gewohnheit wird entweder anders als früher gedeutet und sein Anwendungsgebiet beschränkt (Puchta II S. 49 ff., Savigny S. 176 ff., Windscheid §. 16 Note 5, Böhlau S. 333 ff.) oder als ein selbständiges ganz aufgegeben (Menger S. 95). Und ganz ähnlich verhält es sich mit dem früher aufgestellten Erforderniß der „Unirerthümlichkeit“ (vgl. Puchta I S. 98 ff., II S. 62 ff.) das schon früher Manche (vgl. z. B. die bei Savigny I S. 175 Note 19 Angeführten) verworfen, indem sie vielmehr den Irrthum für eine wesentliche Voraussetzung jedes Gewohnheitsrechts erklärten. Wächter II S. 35 Note 13, Windscheid §. 16 Note 3, Böhlau S. 330 ff., Brinz S. 114, Menger S. 94 Note 17.

<sup>79)</sup> Allerdings kennt die ältere Doctrin weder den Namen, noch den Begriff des Volksrechts im Sinne der Späteren. Diesen ist das natürliche (Savigny Vom Verus

richtsgebrauch pflegen sie selbständig zu stellen,<sup>80)</sup> wenngleich sie auch nicht verkennen, daß beides in gewissen Beziehungen zusammenhänge und zusammengehöre;<sup>81)</sup> weit mehr gehen die Meinungen der Neueren auseinander: Sie haben den Begriff des Juristenrechtes<sup>82)</sup> aufgestellt, den aber die Einen auf das durch die Uebung der Juristen entstandene Gewohnheitsrecht<sup>83)</sup> beschränken, während die Anderen ihn auch auf die durch wissenschaftliche Behandlung des vorhandenen Rechtes aufgebedeten Rechtsätze erweitern,<sup>84)</sup> und wieder Andere ganz ver-

§. 13) oder Volksrecht (Savigny I §. 14, Puchta II §. 22, Beseler System §. 77, anders noch Volksrecht §. 80) zwar meist identisch mit dem Gewohnheitsrecht oder ungeschriebenen Recht überhaupt, aber sie betonen, daß es nicht die einzelnen Glieder des Volkes seien, durch deren Willkür das Recht hervorgebracht werde, sondern daß das Volk als natürliches Ganzes, also auch nicht die politische Corporation des organisirten Volkes, daß die Gesellschaft es sei, deren Ueberzeugung das Recht enthalte. (Savigny §. 14, Puchta I §. 134 ff., Böhlau I §. 270 Note 5). Von diesem Standpunkte ist es kein Widerspruch, wenn man das Juristenrecht „als ein Volksrecht durch Vertretung“ bezeichnet und „diele beiden Arten des Gewohnheitsrechtes nicht als scharfe Gegensätze“ denkt (Thöl §. 131). Den Aelteren dagegen, wenngleich auch bei ihnen (z. B. Kreittmayr I §. 92) der „Wille des Volkes“ als operirend genannt wird, sind es immer die Einzelnen, „die Unterthanen“ (Donner §. 10), welche durch ihre Gebräuche das Gewohnheitsrecht schaffen. Darum verlangt auch das Jos. G. B. §. 12, daß die „Gleichförmigkeit . . . von Allen oder von dem größeren Theile beobachtet worden.“ (Vgl. noch Thibaut Pand. 8. Aufl. §. 17.) Dieser Auffassung mußte der Gerichtsgebrauch („Rechtssprüche“), als Acte der obrigkeitlichen Gewalt enthaltend, als etwas wesentlich anderes, denn das Gewohnheitsrecht erscheinen; in ihm konnte man nicht jene „Eigenmächtigkeit der Provinzen, sich selbst besondere Rechte und Gesetze zu geben“ (Vortrag 22. März 1810) erblicken, die man an dem Gewohnheitsrecht und der Autonomie perhorrescirte; so, wie man seine Natur verstand, verlangte er eine ganz selbständige Behandlung. Vgl. Zeißler I §. 79, 84 ff., und die folgende Note.

<sup>80)</sup> Vgl. z. B. Höpfner, der (§. 45) res judicatae und mores majorum unter getrennten Nummern als zwei Gattungen des ungeschriebenen Rechtes aufführt; §. 60 bemerkt er, man könne zwar bei ersteren wohl auch zu den mores majorum rechnen, im eigentlichen Verstande aber seien sie von diesen zu scheiden; ebenso findet er vom Standpunkte des modernen Rechtes (§. 64), als welches Gewohnheitsrechte wie geschriebene Gesetze gelten lasse, während das Gewicht des Gerichtsgebrauches bestritten sei, den Unterschied einleuchtend.“ Vgl. Wiener Heineccius I §. 50, Thibaut §. 16, 17, Zachariä-Buchelt §. 57 Note 2: „der Gerichtsgebrauch ist nicht ein Gewohnheitsrecht . . .“ Dieser Richtung folgte auch die erste Codification. Während die Brünnner Redactoren dem Gewohnheitsrecht eine, wenn auch beschränkte Geltung zuerkannten, sprachen schon sie den Präjudicien alle verbindliche Kraft für andere Fälle ab (Harrasowsky §. 75 f.), und daran haben auch die Gesetzbücher (Jos. I §. 13, w. g. G. B. I §. 24, a. b. G. B. §. 12) festgehalten; ebenso das N. L. N. Einleitung §. 6. Das bair. L. N. dagegen (I 2 §. 14) läßt die bei der obersten Justizinstanz ergangenen res judicatae und praejudicia in zweifelhaften gleichem Fällen zur Uualinterpretation dienen; vgl. dazu Glück I §. 218 ff.

<sup>81)</sup> Anknüpfend an L. 34 D. de leg. I 3 war die Frage sehr bestritten, „ob die Gewohnheit in den Gerichten bestätigt und nach derselben rechtskräftig gesprochen worden“ sein müsse. Schon die Aelteren verneinten die Frage regelmäßig, und fanden nur, daß „gerichtlich bestätigte Handlungen“ den Beweis der Gewohnheit am meisten erleichtern. Höpfner §. 61, Wiener Heineccius I §. 52, Glück I §. 47, 471 ff. Auch erkennen sie wiederholt an, daß aus gleichförmigen Urtheilen „eine Art von Gewohnheitsrecht“ (Gerichtsgebrauch, Praxis) entstehen könne. Höpfner §. 59, Glück I §. 4, 219 f., Thibaut §. 19.

<sup>82)</sup> Der Urheber dieses „vorher nie gehörten, schon ästhetisch widerwärtigen Ausdruckes“ (Keller §. 4), der freilich kaum mehr zu verdrängen sein dürfte, ist Puchta.

<sup>83)</sup> Thöl §. 139: „Das wissenschaftliche Recht nennt man auch das Juristenrecht, man sollte aber diese Bezeichnung auf das gewohnheitliche Juristenrecht beschränken.“ Vgl. Savigny I §. 97. Wächter II §. 47: „Juristenrecht ist das durch die Wissenschaft und ihre Anwendung in's Leben übergegangene und zur Geltung gekommene Recht.“ Ebenso erklärt Beseler System §. 77 (seine frühere Terminologie aufgebend, Note 2) Volksrecht und Juristenrecht nur für besondere Arten des Gewohnheitsrechtes. Harum §. 18 f., Baron §. 20.

<sup>84)</sup> Es ist schon in älterer Zeit herkömmlich gewesen, „Glossen und Meinungen der Rechtsgelehrten“ und den Gerichtsgebrauch (Cod. Max. I 2 §. 14, Kreittmayr I §. 88,

werfen.<sup>55)</sup> Daneben fehlt es nicht an Stimmen, welche in der Weise der Aelteren auch heut noch neben dem Gewohnheitsrecht „Gerichtsgebrauch und Juristenrecht“ als selbständige rechtserzeugende Factoren hinstellen.<sup>56)</sup>

7) Darüber aber endlich waren Aeltere wie Neuere einig, daß das Gewohnheitsrecht objective Rechtsätze enthalte, daß es an sich und principiell dem Gesetzesrecht gleich stehe, und es war dieser Satz auch in Zeiten anerkannt, in denen man gute Gründe zu haben glaubte, die praktische Geltung des Gewohnheitsrechtes mehr oder weniger hinter die des Gesetzesrechtes zurückzubringen.<sup>57)</sup> Erst in neuester Zeit wurde versucht, die bisherigen Theorien der Rechtsquellen völlig zu destruiren, und an die Stelle derselben die subjective Vernunft oder das Ermessen eines bonus vir zu setzen.<sup>58)</sup>

A. L. R. Einleitung §. 6, Glük I §. 33) nebeneinander zu stellen. Seit Puchta wird bewußter unterschieden und verbunden, aber ohne daß damit eine feste Terminologie gewonnen worden wäre. Puchta I §. 78 (vgl. §. 146 f., 161 ff., II §. 14 ff. Vorlesungen §. 16): „Es gibt . . . drei Rechtsquellen: Die natürliche Uebereinstimmung der Ueberzeugung, die Gesetzgebung, die Wissenschaft und wir unterscheiden hienach das Recht in Gewohnheitsrecht, promulgirtes Recht und Juristenrecht.“ §. 147: „Bei der Entstehung des Rechtes (ist) das Volk theils unmittelbar thätig . . . theils mittelbar durch Repräsentanten, welche dasselbe bei der Production vertreten, Gesetzgeber und Juristen.“ Puchta (vgl. I §. 161 f., aber auch 167) hat also den Ausdruck Juristenrecht für alles in der Thätigkeit der Juristen hervortretende Recht; Savigny §. 49 braucht dafür den Namen wissenschaftliches Recht, den Puchta (I §. 165), Thöl (§. 55) u. A. für ein weit engeres Gebiet brauchen: „das wissenschaftliche (Juristen-) Recht und das (gewohnheitliche) Juristenrecht unterscheiden sich dadurch, daß jenes einer inneren Begründung fähig ist und sie verlangt, dieses seiner Natur nach einer solchen unfähig ist.“ Aber diese Lehren sind nach allen Seiten besritten. Daß die Juristen die natürlichen Repräsentanten des Volkes in Beziehung auf die Rechtsproduction seien, wird zwar noch gelehrt (Windscheid §. 16, Weseler §. 45), aber in wesentlich anderer Bedeutung als früher, und von Anderen (z. B. Harum §. 25, Baron §. 21) geleugnet. Daß die Wissenschaft Rechtsquelle sei (am präciseften formulirt von Thöl §. 138), kann als eine fast völlig aufgegebenen Lehre angesehen werden. Stahl §. 253—257, Wächter §. 47, Stobbe §. 147 f., Keller §. 1 a. E. Böhlau §. 316 f., Goldschmidt §. 34, Brinz §. 19. Selbst der Namen Juristenrecht wird von Einzelnen schon in wesentlich abweichendem Sinne gebraucht (Böhlau §. 320) oder seiner Vieldeutigkeit wegen ganz vermieden (Stobbe §. 147 Note 1).

<sup>55)</sup> Keller §. 1 a. E. — Brinz, der noch Krit. B. J. Schr. XV §. 164 die „rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritas, jene sachmännlich juristische Praxis, die sich der Gewohnheit subsumirt“ für fähig hielt, Rechtsätze zu schaffen, läßt die „constituirische und richterliche“ Rechtsanwendung (Rechtssprechung) jetzt (Pand. §. 26 und f. auch §. 19) nur noch „mit dem Gewohnheitsrecht in gewisser Wechselwirkung“ stehen und findet in ihr „das Eigenartige der legislativen und der gewohnheitsmäßigen Rechtsentstehung“ zu einer „Mischart“ verbunden. Dagegen Brödlowski §. 25 f.

<sup>56)</sup> Dernburg §. 22: „. . . Wird (eine Doctrin) längere Zeit festgehalten, so tritt ein Zeitpunkt ein, wo das, was ursprünglich nur wissenschaftliche Gedankenarbeit war, um seiner selbst willen Geltung in Anspruch nimmt.“

<sup>57)</sup> Vgl. die Verhandlungen des fünften deutschen Juristentages I §. 102 ff., II §. 84 ff., 49 f. Zoll §. 419 f.

<sup>58)</sup> Hierher gehören die erwähnten Schriften von Abichs und Schloßmann. (Ueber den Ersteren vgl. Brinz in Krit. B. J. Schr. XV §. 162 ff.) Abichs §. 11 vgl. §. 74 gibt freilich zu, daß die subjective Vernunft eine Rechtsquelle ganz besonderer Art sei, „vage, unbestimmt, nebelhaft,“ aber „der beeidete Dolmetsch dessen, was die Quelle spricht, ist eben der Richter,“ dessen Aufgabe es auch ist, da, wo die Rechtsanschauungen erheblich auseinandergehen, „seine Ansicht von dem, was alle als Rechtsüberzeugung verständiger Weise anerkennen müssen“ zu verkünden (§. 42). Weniger auf die Subjectivität des Einzelnen stellt Schloßmann's vielfach anregende Schrift (vgl. namentlich §. 177, 186, 193, 202 ff.) die Entscheidung; aber auch dieser Versuch, der „letzten Quelle alles positiven Rechtes“ (Windscheid §. 15) unmittelbare Geltung zu vindiciren, läuft kaum auf etwas anderes hinaus, als auf die Herrschaft richterlicher Willkühr, deren Wesen kein anderes wird, mag sie sich mit dem Namen „Naturrecht“ oder „Rechtsgefühl“ oder einem anderen schmücken.

Die Zahl, wie das Gewicht der angeführten Differenzpunkte<sup>89)</sup> ist ausreichend, die Behauptung zu rechtfertigen, es habe in der Codificationszeit<sup>90)</sup> ebensowenig eine feststehende Theorie des Gewohnheitsrechtes gegeben, als es heut<sup>91)</sup> eine solche gibt, obgleich gemeinrechtlich seine Geltung als Entstehungsquelle des Rechtes damals ebensowenig zweifelhaft war, als in unseren Tagen.<sup>92)</sup> Es ist begreiflich, daß sowohl die Unsicherheit der Theorie des Gewohnheitsrechtes, als auch die Schwierigkeiten und Bedenken, die sich bei der Feststellung und Anwendung einzelner Gewohnheitsrechtsätze ergaben,<sup>93)</sup> die ältere<sup>94)</sup> und mehrfach

<sup>89)</sup> Es wäre ein Leichtes, die Aufzählung um ein Bedeutendes zu verlängern, wenn auf minder wichtige Punkte Gewicht zu legen wäre. Von den aufgezählten Differenzpunkten sind die wichtigsten wohl die sub 2 und 4 besprochenen.

<sup>90)</sup> Ein im Wesentlichen vollständiges Bild der damaligen Anschauungen läßt sich gewinnen aus der Abhandlung von Schöman (oben S. 230 Note \*), Guilleaume Theoretisch-praktische Abhandlung der Rechtslehre von der Gewohnheit (Zweite Ausgabe. Osnabrück 1801) — und Köhler Versuch eines Beitrags zur Revision der Theorie vom Gewohnheitsrecht. Jena 1813. Die letzte Schrift läßt allerdings in einzelnen Beziehungen Fortschritte erkennen, ist sogar dem Gewohnheitsrecht nicht unfreundlich gesinnt, kommt aber doch in den Grundfragen (vgl. z. B. S. 271, wonach die „Gewohnheit“ eine von der Gesetzgebung „selbst allererst organisirte Autonomie der Untertanen“ ist, — ein später von Anderen z. B. Meyser, Welcker wesentlich anders verwertheter Gesichtspunkt —) nicht über die Anschauungen der früheren Zeit hinaus.

<sup>91)</sup> Neuestens wird insbesondere (anknüpfend an die Schwierigkeiten, welche die Puchta'sche Lehre in ihren Konsequenzen der Anerkennung des kirchlichen Gewohnheitsrechtes entgegenstellte) scharfer, als früher, betont, es gebe nicht nur ein staatliches Recht, sondern es lasse sich auch z. B. von dem Recht eines verbotenen Vereines sprechen, und alles Recht sei insofern gleichartig, daß es von einer menschlichen Gemeinschaft als bindende Norm für das gegenseitige Verhalten der Genossen fortgesetzt anerkannt werde. Vgl. namentlich die vorjahren Ausführungen von Vierling Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe I (1877). Mit diesem Gedanken, der nothwendig auch zu dem Ergebnis führt, daß das Gesetz nur eine abgeleitete Rechtsquelle sei, ist einverstanden A. Thon Rechtsnorm und subjectives Recht (1878) S. X f. 1 Note 4, während v. Shering Der Zweck im Recht (1877) S. 319 den Staat für die alleinige Quelle des Rechtes hält, und insbesondere alle Autonomie nicht aus eigener Kraft bestehen läßt. — Nichts Neues bringt Sturm Der Kampf des Gesetzes mit der Rechtsgewohnheit (1877), und Paul Müller Die Elemente der Rechtsbildung und des Rechtes (1877) S. 426 ff., bes. S. 428 f. in Verbindung mit S. 14 N. 1. Neue Worte, nicht neue Lehren!

<sup>92)</sup> Dworzak in der österr. Vjschft. VII (1861) S. 58. Wiener Heineccius I S. 52; auch oben S. 221 f.

<sup>93)</sup> Dworzak S. 59: „Die innere relative Unvollkommenheit des Gewohnheitsrechtes, sowie die bei provinciellen und localen Eigentümlichkeiten unvermeidliche Mannigfaltigkeit der gewohnheitlichen Bildungen, die oft eintretende Schwierigkeit, einzelne Gewohnheiten festzustellen (vgl. oben Note 74, 75), wirkte . . . der Sicherheit und Einheit des Rechtszustandes . . . entgegen, und . . . trug der Schlenbrian in der Rechtspflege das Seinige dazu bei, diese Unsicherheit zu erhöhen.“ Und wie sehr mußte man die Ungewißheit der Rechtsnorm fürchten in einer Zeit, da dem Richterstand der Vorwurf der Veschlichkeit so laut und bestimmt in's Gesicht geschleudert wurde, wie das z. B. geschieht in dem anonymen Schriftchen: Beweis-Gründe, daß In denen teutschen Landen Eine Reformation der gegenwärtigen Zustiß Nicht allein unmöglich und unnöthig, sondern auch dem gemeinen Wesen vielmehr schädlich sey. 1753. S. besonders S. 17 ff., 27 ff., 31 f.

<sup>94)</sup> Oben Note 6. Daß die naturrechtliche Doctrin sich um das Gewohnheitsrecht wenig kümmerte, begreift sich leicht, „da sich im Naturstande keine juristisch begründete Gewohnheit denken läßt.“ Wagner Quellenverhältnis S. 133, 27 ff. So lange man davon ausging, es müsse „bei dem schon eingeführten Rechte jedes Vorurtheil des Ansehens vor dem Prüfstein der Vernunft zurückweichen“ und es müsse auch „bei dem erst einzuführenden Rechte die erste Aufmerksamkeit nach jenem höchsten Gesetze gerichtet werden, welches lange vor der Welt (!) . . . bestanden hat“ (Martini Lehrbegriff I S. 111 f. S. 245, vgl. v. Gros Lehrb. I. Aufl. 1802, 6. Aufl. 1841 S. 344), so lange war es begreiflich, daß in den Darstellungen des Naturrechts das Gewohnheitsrecht entweder gar nicht erwähnt oder seiner nur mit einigen mehr oder weniger abfälligen Bemerkungen gedacht, oder dasselbe erst im Staatsrecht in der Lehre vom allgemeinen bürgerlichen Recht (über diesen Begriff Hoffbauer Naturrecht 3. Aufl. 1804 §§. 446, 647 f., Zeiller N. Pr. N. §. 14 Note \*\*) abgehandelt wurde. Die beiden eben genannten Schriftsteller

auch die neuere<sup>95)</sup> Doctrin und ebenso auch die Praxis und Gesetzgebung (und

schweigen vom Gewohnheitsrecht ganz, Martini I S. 244 spricht nur mit Mißachtung davon, Egger Das natürl. öff. Recht I S. 73 erwähnt desselben nur nebenbei, eingehender erst (II S. 19 ff.) des Gewohnheitsrechts unter Völkern, dessen Basis aber ein stillschweigender Vertrag sei, Gros §. 343 handelt davon im Staatsrecht. Wesentlich auf dem Standpunkt dieser Aelteren steht auch Rottted Lehrb. des V. R. u. der Staatsv. (1829 ff.) I S. 62 f., III S. 183 f. (vgl. auch denselben in seinem und Welcker's Staatslex. Neue Aufl. Art.: Historisches Recht und Naturrecht), obgleich freilich auch diese seine eigenen Ansprüche nicht mit einander harmoniren; der ältere Bauer dagegen (Naturrecht 1. Aufl. 1807, 3. Aufl. 1825, letztere ist hier benutzt) stellt unsere Lehre zwar auch in's Staatsrecht, ist aber (§. 207) schon stark beeinflusst von einer neueren Auffassung. Die stiefmütterliche Behandlung des Gewohnheitsrechtes Seitens der Aelteren hing, wesentlich gefördert durch die Anschauung, daß alles Gewohnheitsrecht auf dem Willen des Gesetzgebers beruhe (die Note 93 a. E. cit. Schrift sagt S. 10 gerabezu, „daß also alle Statuta, Ordnungen und Gewohnheiten in und außer Gerichten per voluntatum principis tacitam vel praesumptam abgefaßt und eingeführt sind“) mit dem weitverbreiteten Sprachgebrauch zusammen, der alle Rechtsätze als Gesetze bezeichnete. Hugo (Civ. Mag. IV [1812] S. 89 ff. bef. 92 ff.) hat ihn mit schlagenden Gründen bekämpft, doch keineswegs völlig aus der Welt geschafft (vgl. z. B. Falk Zur Encyclop. 5. Aufl. 1851 S. 15). Dieser vage Begriff des Gesetzes erlaubte dann auch, dem Hausherrn in seinem Hause ein vollkommenes Recht, Gesetze zu verkünden, zuzuschreiben (Martini II §. 477) u. dgl. Ein anderes Beispiel mißbräuchlicher Anwendung des Gesetzesbegriffes oben S. 129 Note 10. — Auch E. u. D. v. Eggers Bemerkungen zur Verbesserung der deutschen Gesetzgebung, Kopenhagen 1798, I S. 3 f. findet es „sehr weise“, „die Gewohnheitsrechte ganz aufzuheben, wenn sie nicht öffentlich bestätigt sind“, obgleich er die praktischen Schwierigkeiten der Ausführung dieses Planes nicht verkennt. — Gute Gewohnheiten in die Gesetzbücher aufzunehmen, war man freilich sehr geneigt; so auch z. B. Zeiller Comm. I S. 79, vgl. Montesquieu Geist XIX Cap. 21 ff., aber Gewohnheitsrechte praeter und contra legem fanden in der älteren Literatur nur wenig Freunde; vgl. jedoch Schloffer Briefe S. 153, 169 ff., 255, Klüger S. 124, 260 ff.

<sup>95)</sup> Die neueren Rechtsphilosophen zweifeln nicht mehr daran, daß rechtsphilosophische und rein geschichtliche Erkenntniß des Rechtes gleich wesentlich sind; „die eine, wie die andere gehört in das Gebiet der Einen Rechtswissenschaft.“ Soweit das Leben entwickelt ist, soweit ist es verhältnißmäßig auch das Recht“ (Krause System der Rechtsphilosophie, hgg. v. Röder. Leipz. 1874. S. 6, 232, vgl. S. 17 ff., 79 ff., 100 ff., 525 f.). „Der Grundgedanke der historischen Schule (über die Entstehung des Rechtes) . . . ist nicht unwahr“ (Seyer Gesch. u. System der Rechtsphilosophie (1863) S. 97. Wir finden daher auch in den Schriften derselben eine eingehend behandelte Lehre und Würdigung der Rechtsquellen überhaupt und des Gewohnheitsrechts insbesondere, nicht selten im Anschluß an die Lehren der historischen Schule. Vgl. z. B. Ahrens Encycl. (1855) S. 75 ff., Naturrecht (6. Aufl. 1870) I S. 324 ff., Röder Grundgedanken und Bedeutung des römischen und germanischen Rechts (1855) S. 28, Stahl Philos. des Rechts (3. Aufl.) II, I S. 233 ff., Zöpfl Grundriß (1878) §. 20. Während aber reagirend gegen die Ignorirung des Gewohnheitsrechts, die der älteren Doctrin zur Last fiel, die historische Schule dasselbe vor der Gesetzgebung zu rühmen pflegte, suchen die Schriftsteller der letzten Decennien Licht und Schatten gerechter zu vertheilen; vgl. schon Ahrens Encyclop. S. 84 f., Stahl S. 242 f., bef. aber Jhering Geist II §. 25 S. 26: „Der Vorwurf, den ich dieser Lehre mache, besteht darin, daß sie in Ueberschätzung der sogen. „naturwüchsigen Bildung“ des Gewohnheitsrechts den ungeheuren Fortschritt, den das Recht durch seinen Uebergang von dem Gewohnheitsrecht zum gesetzlichen Recht macht, ignorirt.“ Dörzlat a. a. D. S. 75 f., 87 f. Bethmann-Hollweg Ueber Gesetzgebung und Rechtswissenschaft als Aufgabe unserer Zeit (1876) S. 7: „Im Kampf der damals (Anfang des 19. Jahrhunderts) noch herrschenden Irrlehre, die alles Recht auf Gesetzgebung zurückführen, und das sogen. Gewohnheitsrecht nur als ein dürftiges Surrogat derselben dulden wollte, war man geneigt, jene idealere Rechtszeugung rein durch innere Geisteskräfte zu überschätzen und den Werth des äußeren Machtgebotes zu verkennen.“ Derselbe Schriftsteller spricht S. 17 von dem „in unserem Zeitalter nicht sehr bedeutenden Gewohnheitsrecht“, und will S. 39 f. dem Gewohnheitsrecht in dem künftigen deutschen G. B. nur beschränkte Anerkennung (Ausschließung der Abrogation von Gesetzen durch Gewohnheiten) gewährt wissen, so daß nur zur Ergänzung des G. B. locale und provinzielle Gewohnheiten zugelassen werden sollen. — Sehr scharf Bruns a. a. D. S. 322: „Gesetz und Gewohnheit völlig gleich stellen, wäre, wie wenn man den Unterschied von Voratz und Gewöhnung beim einzelnen Menschen leugnen wollte. Wie beim Einzelnen der Wille über den Gewohnheiten steht, sofern er nur die Kraft hat, ihn durchzuführen, so steht auch im Staate

auch hier nicht nur jene der Codificationszeit,<sup>96)</sup> sondern selbst jene der Gegenwart<sup>97)</sup> nicht zu Gunsten des Gewohnheitsrechtes stimmten. Besonders in einer Zeit, die dem Verlangen des Verkehrs nach festen, klaren, erschöpfenden Rechtsnormen durch große Codificationen zu genügen beflissen war, mochte es leicht als Halbheit erscheinen, wenn man sich damit begnügt hätte, die praktisch erheblichen streitigen Punkte der Theorie des Gewohnheitsrechts im Wege der Gesetzgebung zu entscheiden,<sup>98)</sup> da doch das ersehnte Ziel sicherer und einfacher dadurch erreichbar schien, daß die Gesetzgebung selbst direkt alle erforderlich scheinenden Normen aufstelle. Wer davon ausging, daß zur Geltung eines gewohnheitsrechtlichen Satzes der consensus specialis expressus des Gesetzgebers erforderlich sei,<sup>99)</sup> konnte in

das Gesetz über der Rechtsgewohnheit“ und S. 323: „... nur kleinere und untergeordnete Verhältnisse können der Gewohnheit überlassen bleiben. Für ein so rasch fortschreitendes und so vielseitig und lebhaft bewegtes Leben, wie das heutige, die Rechtsentwicklung auf den Weg der Gewohnheit verweisen, wäre eine wahre Fronte. Im wirklichen Leben selber ist darüber auch nicht der geringste Zweifel.“ S. noch Preuss. Entwurf zu einem allg. deutschen Civilgesetzbuch. Leipzig 1848. S. 3 Z. II, III S. 285—291.

<sup>96)</sup> Donner s. 11 bezeugt von seiner Zeit: „Bei uns in Oestreich werden die Gewohnheiten selten zu einem Gesetz (vgl. über diesen Sprachgebrauch oben Note 94 gegen Ende), ausgenommen, sie werden durch die Gesetze bestätigt, bieweil der Landesfürst durch seine Verordnungen überhaupt eine Gleichheit in dem ganzen Lande haben will . . . So z. B. wird hier in der Stadt Wien von den Hausinhabern der halbjährige Zins seit vielen Jahren zum vorhinein gefordert; allein wenn es zur Klage kömmt, so wird das nirgends als eine gesetzmäßige Gewohnheit angesehen und ihnen der Zins vor der Zeit nicht zugesprochen.“ Vom Joseph. und Westgal. G. B. war oben bereits die Rede. Ähnliche Beschränkungen statuirte auch das Pr. A. L. R. Publ. Pat. VII, Einl. §§. 4, 60; dazu Bornemann Syst. Darst. I S. 176 ff., namentlich Note \* auf S. 177 ff., und Förster s. 16 S. 70 und Note 1, 2. Von der französischen Codification erklärt Portalis S. 193 zwar rundweg: „In Ermangelung einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung vertritt ein altes, anerkanntes und geböhrig begründetes Gewohnheitsrecht . . . die Stelle des Gesetzes;“ allein der Code hat eine dieser Behauptung entsprechende Regel nirgends aufgenommen, sondern beruft sich nur in einigen Artikeln mehr oder weniger bestimmt auf Gewohnheiten, daher es von jeher streitig war, wie weit die gesetzliche Anerkennung des Gewohnheitsrechts in Frankreich reiche; s. Grolman Ausführl. Handb. über den Code Nap. (1810) I S. 48 ff., Köhler s. 244 ff., Zachariae-Puchelt I S. 58, Sintenis Zur Frage von den Civilgesetzbüchern (1853) S. 54, Schiffner Lehrb. des franz. allg. C. R. S. 30 f., Sturm a. a. D. S. 39. — Vgl. ferner Allg. bürgerl. G. B. für das Königreich Baiern (Entwurf von 1808) Art. 8: „Kein Gesetz kann durch entgegenstehende Gewohnheit, Oesterb. Landrecht, erstes Einführ. Edict XVII, zweites Einführ. Edict III und Einleitung Satz 6 d—f. Ueber das Württemberg'sche Recht s. Bächter II S. 36, Bierter Handbuch (1862) s. 10 Anm. 11 und s. 11, und vgl. noch überhaupt Arndts Civ. Schriften III S. 287, Zoll S. 444 ff.

<sup>97)</sup> S. G. B. Art. 1: „In Handelsachen kommen, insoweit dieses G. B. keine Bestimmungen enthält, die Handelsgebräuche, und in deren Ermangelung das allgemeine bürgerliche Recht zur Anwendung.“ Aus der reichen Literatur vgl. bes. einerseits Serber Ges. jur. Abhandlungen (1872) II Nr. XI S. 427 ff., andererseits Goldschmidt I S. 355 ff., 370. Das sächsische G. B. anerkennt (§. 28) überhaupt kein Gewohnheitsrecht, sondern nur das „Gewöhnliche“ als Interpretationsmittel des Parteiwillens; s. Unger Entwurf (1853) S. 47 f., der revid. Entw. (1861) S. 17, Schmidt Vorlesungen (1869) I S. 43 f. Der heftige Entwurf (Motive, Einleitung S. 5) geht davon aus, „daß Gewohnheitsrecht nur noch in solchen Fällen gelte, in welchen das Civilgesetzbuch es ausdrücklich aufrecht erhält“ und der „Entwurf eines für die deutschen Bundesstaaten gemeinsamen Gesetzes über Schuldverhältnisse“ (Stuttgart 1864) Art. 1 läßt, wenn „auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze zurückzugeben“ ist, auch die Grundsätze des gemeinen Rechtes berücksichtigen, „soweit solche mit den Bestimmungen und dem Geiste des gegenwärtigen Gesetzes nicht im Widerspruch stehen.“ (Dazu Harum Ger. Ztg. 1865 Nr. 41.)

<sup>98)</sup> Was rüdsichtlich so mancher sehr wohl möglich gewesen wäre, Dvorzak S. 67.

<sup>99)</sup> Dieser Lehre neigen sich die älteren österreichischen Schriftsteller offenbar zu. Zeiler Comm. I S. 78 ff. und s. oben S. 228), Wagner S. 27 ff. (ganz anders aber Schuster Comm. S. 181 f.) verwerfen sehr bestimmt den Schluß aus dem Schweigen des Gesetzgebers zu der Gepflogenheit auf eine Genehmigung derselben. Richtig fügt der

dem obigen Postulat nicht einmal das Verlangen nach verstärkter Thätigkeit der Gesetzgebung erblicken; denn für sie mochte die Mühe, ein bestehendes Gewohnheitsrecht zu prüfen und ausdrücklich anzuerkennen, kaum eine kleinere sein, als die, seinen vollen Inhalt in die Form eines Gesetzes zu gießen; dazu bot aber der letztere Weg den Vortheil, den recipirten Satz des Gewohnheitsrechtes bestimmter fassen oder gar verbessern zu können. Selbst derjenige aber, der sich mit dem generellen, stillschweigenden Consens des Gesetzgebers genügen ließ, gönnte dem Gewohnheitsrecht keine erheblich weiter gehende Geltung; denn wurde die Existenz eines vom Richter zu beachtenden Gewohnheitsrechtes an den Nachweis einer größeren Zahl präcis bestimmter Erfordernisse gebunden, so war es wegen der außerordentlichen Schwierigkeit dieses Nachweises (oben Note 74) praktisch so gut wie bedeutungslos; <sup>100)</sup> ließ man dagegen an der Strenge und Zahl der Erfordernisse ein Erklärliches nach, dann war an die Herstellung der lange ersehnten Rechtseinheit, <sup>101)</sup> namentlich in der Rechtsanwendung, nicht zu denken, denn leicht hätte bei gleichem Thatbestand da, wo der eine Richter den Voraussetzungen der Existenz eines Gewohnheitsrechtes Genüge gethan glauben mochte, der andere das Gegentheil annehmen können. Gerade die Rücksicht auf die herzustellenbe Rechtseinheit mußte aber die österreichischen Redactoren dem Gewohnheitsrecht abgeneigt machen; denn sie dachten von vornherein nicht an gemeine, sondern an provincieller oder gar locale, also unter sich verschiedene Gewohnheitsrechtsätze; <sup>102)</sup> da nun das während der Codificationsarbeiten deutlich erkennbare Schwanke zwischen dem Streben nach völliger Rechtseinheit der Erblande und dem entgegengesetzten nach Anerkennung particulärer Privatrechtsnormen neben dem allgemeinen Gesetz mit dem entschiedenen Siege der ersteren Tendenz endet (oben S. 50 Note 268, S. 81 Note 12), so mußte auch die Furcht vor Gefährdung der Rechtseinheit durch den Bestand provincieller und localer Gewohnheitsrechte dahin führen, die Geltung der letzteren von der speciellen Anerkennung der Gesetzgebung abhängig zu machen. Die ausdrückliche, specielle Anerkennung eines gewohnheitsrechtlichen Satzes durch das Gesetz schneide — mochte man glauben — alle Streitfragen über die Erfordernisse der

Letztere (vgl. auch Zoll in Fhering's Jahrb. XIII S. 432, 449 ff.) hinzu: Wenn der Regent die bestehenden Gewohnheiten wirklich bestätigt, so sei auch in diesem Falle kein Gewohnheitsrecht, sondern lediglich ein Gesetz vorhanden, „dem nur die bestehende Gewohnheit den Stoff geliefert hat“. Dabei aber scheint nur an eine *lex expressa* gedacht. Der von Rldger §. 20 f. vertretene Unterschied der *lex tacita* (= *consensus tacitus specialis imperantis*) und des immer nur auf *consensus generalis imperantis* beruhenden Gewohnheitsrechtes scheint nie tiefen Eindruck gemacht zu haben.

<sup>100)</sup> Dies erkannte ganz richtig schon Kreittmayr I S. 95 f. und die ersten Wiener Redactoren (oben S. 221).

<sup>101)</sup> Vgl. Gerber a. a. D. S. 428: „Das Motiv aller jener dem Gewohnheitsrechte feindseligen Sätze, . . . ist häufig genug eine . . . überspannte Schätzung des mühsam zu Stande gebrachten Gesetzesrechtes; man meint wohl, man müsse einen glänzenden Spiegel vor schädlichem Roste bewahren. Im Handelsgesetzbuche aber hatte ein auf den Ausschluß der derogatorischen Kraft des Gewohnheitsrechts gerichteter Satz allerdings seine Berechtigung. Seine Aufgabe war . . . vor Allem, . . . ein . . . einheitliches Handelsrecht herzustellen . . .“

<sup>102)</sup> Oben bei den Noten 26, 33, 38. Die Redactoren sprechen regelmäßig von Landes- und Ortsgewohnheiten — s. bes. Prot. 17. April 1809: „Von Gewohnheitsrechten könne nur dort eine Frage sein, wo sich solche auf die Verfassung der Provinz oder eigene Verhältnisse derselben gründen; außerdem müßten die in dem bürgerl. G. B. aufgestellten Grundsätze für alle Provinzen gleichförmig in Erfüllung gesetzt werden.“ Dvorzak S. 69 f. Ebenso in Preußen: Publ. Pat. VII und Bornemann I S. 178 f. Daß allgemeine Gewohnheitsrechte bei entwickelteren Kulturverhältnissen sich nur schwer bilden können, wird allgemein anerkannt; Savigny I S. 17, 77 f., Windscheid §. 15 a. E.; ja es ist nicht unbestritten, ob gemeines Gewohnheitsrecht (wenigstens im Gegensatz zum allgemeinen) überhaupt möglich sei. Stobbe I S. 138, Goldschmidt I S. 326 Note. 15.

Existenz des Gewohnheitsrechtes ab, dieses eine Kriterium mache alle anderen entbehrlich.<sup>103</sup>) Zugleich sei aber damit das Gewohnheitsrecht in unübersteigbare Schranken eingedämmt, und die Möglichkeit eines Widerspruches zwischen ihm und den Gesetzen ein für allemal von vornherein ausgeschlossen.

B. Bedeutung der Rechtsgewohnheiten im heutigen österreichischen bürgerlichen Rechte. Der §. 10 a. b. G. B. erlaubt (und befiehlt) dem Richter, auf „Gewohnheiten“ nur in jenen Fällen Rücksicht zu nehmen, „in welchen sich ein Gesetz darauf beruft“. Unzweifelhaft<sup>104</sup>) will dieser Satz sowohl der ferneren Anwendung jener Gewohnheitsrechtsätze in den Weg treten, die bis zum Tage des Wirksamwerdens des bürgerl. Gesetzbuches in Geltung gestanden hatten, als auch die Entstehung (die „Einführung“, wie die Aelteren sagten) neuer Gewohnheitsrechte — und nicht nur solcher, die dem Gesetze widersprechen,<sup>105</sup>) sondern auch solcher, die mit ihm zu vereinbaren wären — verhindern. Das Erstere ergibt sich aus Abf. IV des Kundmachungspatentes von 1811, der auch nicht von Gewohnheitsrechten, sondern von Gewohnheiten spricht und doch nur die ersteren im Auge haben kann (vgl. oben S. 89 Note 42); das Letztere, zugleich aber auch

<sup>103</sup>) Das ist auch gewiß richtig, wenn man sich nur nicht scheut, die äußersten Consequenzen dieser Auffassung, die ja ganz bestimmt bei Wagner (oben Note 99) vertreten ist, zu ziehen. Ein solches Gewohnheitsrecht ist eben kein Gewohnheitsrecht mehr. Vgl. oben Note 41 und Rötger S. 84 f. — Schuster Comm. S. 181 f. lehrt ausdrücklich: „Es gibt . . . nur ein einziges Erforderniß der Gewohnheit, nämlich: die stillschweigende landesfürstliche Genehmigung.“

<sup>104</sup>) Daß in den „Gewohnheiten“ des §. 10 das Gewohnheitsrecht befaßt ist, konnte nie bestritten sein. Die ältere Doctrin sprach, wenn sie Gewohnheitsrecht meinte, sehr gewöhnlich nur von Gewohnheit (im eigentlichen Sinne). Vgl. z. B. Guilleaume S. 16, 17 und schon den Titel seiner Schrift. Wagner spricht bald (am häufigsten) von Gewohnheit, bald von Gewohnheitsrecht, bald von Herkommen, und gewöhnlich bezeichnen ihm diese Namen das, was wir heut Gewohnheitsrecht zu nennen pflegen.

<sup>105</sup>) Die Frage, ob ein Gesetz für die Zukunft die (bestehende Gesetze) ändernde Kraft des Gewohnheitsrechtes ausschließen könne (vgl. oben S. 216 f., und dazu neuestens Sturm a. a. D. S. 39—43), ob nicht die Rechtsgewohnheit, aller derogatorischen Klauseln spottend, das sie vernichten wollende Gesetz aufzuheben vermöge, war zur Zeit der Redaction unseres Gesetzbuches längst keine neue mehr, und gerade in Guilleaume's Schrift (1801) S. 90 ff. wieder besprochen. Aber „der unbesiegbaren Waffen“ der gegen die Rechtsgewohnheiten kämpfenden „Politiker und Rechtsphilosophen“ zu geschweigen (Zeiller Comm. I S. 78), — nachdem einmal 50 Jahre lang alles Heil von einem Gesetzbuch erwartet worden war, wäre es schwer zu begreifen, wenn noch ein Zweifel an der Allgewalt des Gesetzgebers aufrecht geblieben wäre. Ging man doch allen Ernstes so weit, in dem Dulden eines Gewohnheitsrechtes eine Pflichtwidrigkeit des Gesetzgebers zu finden. Schuster Comm. S. 182 sagt zur Motivirung des §. 10: „Die Ursache der gesetzlichen Abgeneigtheit gegen Gewohnheiten ist, weil sie gerechte Beschwerden gegen die gesetzgebende Macht sind. Denn entweder enthalten sie eine nützliche Norm oder nicht. In ersterem Falle ist es Pflicht des Gesetzgebers, sie zum Gesetze zu erheben, in letzterem aber ist es Schwäche des Regenten, Gewohnheiten zu dulden. Wird vollends ein Gesetz durch Gewohnheit abgeschafft, so läuft das Ansehen des Landesfürsten Gefahr, indem er eine Gesetzverletzung stillschweigend genehmigt. Ein kluger Gesetzgeber duldet daher keine Gewohnheiten . . .“ Uebrigens wollten auch unsere Redactoren bei dieser Zurückdrängung des Gewohnheitsrechtes der Praxis nur die Möglichkeit offen halten, ohne Verneuerung des in thesei geltenden Rechtes jeden Augenblick wieder auf das (zeitweilig mißverstandene) Gesetz zurückzugreifen und es von da an richtig anzuwenden; sie haben aber gewiß nicht erwartet, daß die Rechtsanwendung nicht die eine oder andere Bestimmung des Gesetzes wohl auch dauernd in mißverständlicher Weise interpretiren werde. „Niemand wird so ohne alle Erfahrung sein, daß er sich vorstelle, Alles sei auch wirklich so, wie es in den Gesetzen verordnet ist, und kein Gesetzgeber traut wohl seinen Worten so viele Kraft zu, daß er für den Unterschied zwischen dem, was er befiehlt, und dem, was nun geschieht, gar nichts abrechnet. Das wäre ja gerade, wie wenn bei einer Maschine die unausbleibliche Reibung vergeßen wäre . . .“ (Vgl. dazu Zeiller in Excursus I S. 47 nach Note 42.) „Kein Jurist wird zweifelhaft sein, was er lieber für und wider sich haben wolle, ein ausdrückliches Gesetz oder eine Menge Beweise, daß es ganz anders gehalten werde.“ Hugo Civ. Mag. IV S. 124, 126.

eine nochmalige Bestätigung des Ersteren, ergibt sich aus der Stellung des §. 10 selbst in der von den bürgerlichen Gesetzen handelnden Einleitung — denn bürgerliche Gesetze sind nach dem Sprachgebrauch der Codificationszeit die Normen des bürgerlichen Rechtes (§. 1. a. b. G. B.). Es soll also, anders ausgedrückt, auf das Gewohnheitsrecht, dessen Entstehungszeit hinter dem bürgerl. Gesetzbuch liegt, nur in den Fällen Rücksicht genommen werden, in welchen sich ein Gesetz<sup>106)</sup> darauf beruft, und es soll auch eine nach dem Anslebentreten des bürgerl. Gesetzbuches in der Uebung des Volkes durch die That zur Erscheinung gekommene Rechtsanschauung nur unter der Voraussetzung die Kraft und Bedeutung einer Rechtsnorm haben, daß „sich ein Gesetz darauf beruft“. Wo es an dieser Anerkennung durch das Gesetz fehlt, da liegt — das ist der Sinn des §. 10 — keine objective Rechtsnorm vor; mag die Rechtsanschauung des Volkes auch noch so vielfach und andauernd bethätigt sein, so kann sie doch kein Recht schaffen.<sup>107)</sup> Wo dagegen das Gesetz sich auf einen Gewohnheitsrechtsatz beruft, da kann noch immer die Frage entstehen, ob in dem Leben des Volkes eine Rechtsanschauung von der erforderlichen Intensität hervorgetreten sei, und welches der Rechtsatz sei, den sie zum Ausdruck bringt. Kriterien zur Lösung dieser Frage hat das bürgerl. Gesetzbuch aufzustellen unterlassen, konnte es aber auch unterlassen, ohne einen Vorwurf zu verdienen;<sup>108)</sup> denn — darüber ist unter den Neueren kaum noch ein Zweifel — das bürgerl. Gesetzbuch, welches durch Alinea IV seines Kundmachungspatentes alle das allgemeine Privatrecht betreffenden Gewohnheitsrechtsätze aufhob, beruft sich an keiner einzigen Stelle auf Gewohnheitsrecht.<sup>109)</sup> Die Formulirung des §. 10 aber präjudicirte nicht dem Fortbestand der geltenden Gewohnheitsrechte in den besondern Privatrechtszweigen,<sup>110)</sup> und hinderte auch auf dem Boden des allgemeinen Privatrechtes die Gesetzgebung nicht im Mindesten, Rechtsanschauungen, die, ohne durch ein Gesetz aufgestellt zu sein, zu dauerhafter Anerkennung gekommen waren, als Rechtsnormen anzuerkennen. Erst mit der gesetzlichen Berufung auf solche in der Uebung zur Geltung gelangte Normen war es nothwendig geworden, auch Kriterien für ihre sichere Erkennung aufzustellen, wenn man die Praxis nicht

<sup>106)</sup> Dieses Gesetz könnte auch älter sein, als das bürgerl. G. B., wenn es nur selbst noch nicht aufgehoben wäre. Wagner S. 129.

<sup>107)</sup> Die Redactoren und weitaus die meisten Schriftsteller denken sich einen Rechtsatz, wie ihn §. 10 enthält, unbedenklich geradezu als ein Verbot der Bildung künftigen Gewohnheitsrechts. Vgl. statt Aller Menger S. 89 f. Note 9. Anders Chambron Destr. Blätter für Literatur und Kunst 1856 Nr. 20 (vgl. damit Dvorzak S. 88 ff.): „Es ist aus inneren und äußeren Gründen nicht möglich, daß ein Gesetz einerseits die Existenz eines Gewohnheitsrechts gewissermaßen voraussetzend, andererseits dessen Geltung untersagt, es kann aber allerdings der Gesetzgeber vorhandenes Gewohnheitsrecht abschaffen, und die Bildung neuer Gewohnheitsrechte verhindern. Nur geschieht dies nicht durch ein Verbot, sondern durch die Erhebung des gesetzlichen Rechtes zu dem alleinigen Recht. Diese Erhebung schließt die Bildung einer gemeinsamen rechtlichen Ueberzeugung, daß etwas Rechtens sei, was nicht im Gesetz steht, und hiemit die Bildung des Gewohnheitsrechtes aus. Das Gesetz untersagt nicht das Gewohnheitsrecht, sondern die durch das Gesetz bekundete und begründete Gesamtanschauung verhindert das Gewohnheitsrecht. Verbotten kann nur werden die maßgebende Berücksichtigung der Gewohnheiten, die als factische Erscheinungen auch dann noch sich bilden werden.“ Für diese Erklärung (vgl. mit derselben die bekannte Fuchta'sche der L. 2 C. quae sit longa consuet.) spricht nicht nur, daß sie die gleiche Dignität von Gesetz und Gewohnheitsrecht zu wahren scheint, sondern auch die im §. 1 b. G. B. verkörperte Anschauung, das bürgerliche Recht sei ein „Inbegriff von Gesetzen“. Allein — wenn einmal davon ausgegangen wird, Gesetz und Gewohnheit erschöpfen die existirenden Rechtsquellen — welcher Unterschied besteht zwischen den folgenden zwei Sätzen: a) Das Gesetz verbietet für die Zukunft die Entstehung von Gewohnheitsrechten; b) das gesetzliche Recht constituirt sich fortan als das alleinige?

<sup>108)</sup> Wagner Quellenverhältniß S. 131 ff.

<sup>109)</sup> Darüber unten.

<sup>110)</sup> Nachweise bei Dvorzak S. 58 Note 1.

wieder mit allen Schwierigkeiten befaßt wollte, denen §. 10 b. G. B. abzu-  
helfen bestimmt war. Eine derartige Berufung auf „ein besonderes allgemein  
anerkanntes Gewohnheitsrecht“ enthält §. 8 der kais. Verordnung vom 29. Jän-  
ner 1855 (N. G. B. Z. 23), betreffend die Ausübung der Civilgerichtsbarkeit  
der k. k. Consulate über die österreichischen Unterthanen und Schutzgenossen im  
osmanischen Reiche; die Ausführungsverordnung vom 31. März 1855 (N. G. B.  
Z. 58) §. 14 stellt auch sofort den strengen Grundsatz als „Richtschnur“ auf,  
„daß ein Gewohnheitsrecht nur dann als allgemein anerkannt anzusehen ist, wenn  
der Beweis vorliegt, daß derselbe Rechtsatz in mehreren gleichartigen Fällen und  
zu verschiedenen Zeiten von den österreichischen Consulargerichten bei der rechts-  
kräftigen Entscheidung dieser Fälle als Norm angenommen wurde. Dieser Be-  
weis kann nur durch die Gerichtsacten oder durch ein Amtszugniß des Consular-  
gerichtes hergestellt werden, in welchem sowohl der Inhalt und die Art des  
Gewohnheitsrechtes, als auch die bestimmten Fälle bezeichnet sein müssen, deren  
Entscheidung ein besonderes Gewohnheitsrecht begründen soll.“ Unter diesen  
Voraussetzungen mag aber das Gewohnheitsrecht unbedenklich auch den bestehen-  
den Gesetzen derogiren, denn es kann nicht zweifelhaft sein, daß §. 8 cit. (nur  
oder) wenigstens in erster Linie derogirende Gewohnheitsrechte (vorwiegend, aber  
nicht ausschließlich den Gerichtsgebrauch) im Auge hat, womit denn geradezu  
anerkannt ist, daß selbst ein localer Gewohnheitsrechtsatz auf seinem Gebiete  
einem allgemeinen Gesetze derogiren kann (vgl. Menger S. 91 Note 10). —  
Abgesehen von diesem Falle gibt es bisher im allgemeinen Privatrecht keinen,  
in welchem das Gesetz sich auf ein Gewohnheitsrecht beriefe.<sup>111)</sup>

Mit dem Gesagten ist aber noch keineswegs der ganze Inhalt des §. 10  
angegeben. Die streitige Frage, ob er sich nur auf Gewohnheitsrechte<sup>112)</sup> oder  
auch auf Gewohnheiten schlechthin<sup>113)</sup> beziehe, ist sowohl nach dem Sprach-

<sup>111)</sup> Unger System I S. 36. Insbesondere gibt es in Oesterreich auch keine Art  
einer bindenden usuellen Interpretation (oben S. 214). — Es kann jedoch aller-  
dings kraft der im Gesetzbuche anerkannten Grundsätze des internationalen Privatrechtes  
sehr leicht kommen, daß ein österreichischer Richter einen Rechtsfall nach ausländischem Ge-  
wohnheitsrecht zu entscheiden hat. Aber es ist selbstverständlich, daß §. 10 nicht an diese  
Möglichkeit denkt, und daß in dem erwähnten Falle das Gewicht nicht so sehr darauf liegt,  
daß Gewohnheitsrecht, als vielmehr darauf, daß ausländisches Recht zur Anwendung  
zu bringen ist. Die Regeln über den Beweis des ausländischen Rechtes gelten auch von  
dem Beweis dieses Gewohnheitsrechtes u. s. w. — Gewiß unrichtig ist es, wenn Berger  
(Krit. Beiträge S. 53 f.) „z. B.“ im §. 1287 a. b. G. B. (verb. „nach der Natur  
und dem Zwecke einer solchen Anstalt und den darüber festgesetzten Bedingungen“) eine  
„Compromittirung auf das Gewohnheitsrecht“ findet, „nach welchem sich solche An-  
stalten herangebildet haben“. — Abgesehen davon, daß §. 1287 auch für solche (etwa ganz  
neuartige) Anstalten gelten will, bezüglich deren noch kein Usus sich gebildet haben kann —  
verwechselt Berger „offenbar die sogen. positive Natur der Sache und das Gewohnheits-  
recht. Erstere ist durchaus nicht als Rechtsquelle anzusehen, wohl aber letzteres; im ersteren  
Falle beurtheilt der Richter das vorliegende Rechtsverhältniß nach seiner Einsicht in die  
Natur desselben, und verschiedene Richter können verschiedener Ein- und Ansicht sein; bei  
letzterem sind positive Regeln vorhanden, welche der Richter ohne weiteres zur Anwendung  
zu bringen hat.“ Unger Oesterr. Blätter f. Lit. u. Kunst 1856 Nr. 31; zustimmend  
Harum in Haimert's Mag. XV S. 232.

<sup>112)</sup> Dies lehrt von den Aelteren nur Winivarter Comm. I 1. Aufl. S. 89,  
2. Aufl. S. 91, von den Neueren Unger Syst. I S. 40, Stubenrauch von der zweiten  
Auflage an (I S. 51), Kirchstetter ad §. 10 in sämmtlichen Auflagen, Menger System  
I S. 84 Note 3. Vgl. Berger S. 54.

<sup>113)</sup> Dies war bis auf Unger die fast unbestrittene Lehre, insoferne den Meisten  
das Bewußtsein eines Unterschiedes von Gewohnheitsrecht und Gewohnheit schlechthin fehlte.  
So spricht auch die unten Note 117 a. E. angeführte obergerichtliche Entscheidung von der  
„in Wien üblichen notorischen Gewohnheit“, die Aufschrift in der Mittheilung der  
Ger. Ztg. aber lautet: „Es ist als Gewohnheitsrecht anzunehmen . . .“ Vgl. auch  
Kopecky Ztschr. f. österr. R. G. 1842 II S. 65 ff., der die in Wien bestehende Sitte,

gebrauch der Redactionszeit und unserer Redactoren (oben S. 230 f. Z. 1 und Note 50), als auch nach den Aufklärungen, welche die Protokolle über unsere Frage ex professo geben (oben S. 229 oben), unzweifelhaft im letzteren Sinne zu entscheiden; ja §. 10 bekam seine gegenwärtige Fassung eben im Hinblick darauf, daß das Gesetzbuch sich an einigen Stellen auf Gewohnheiten (schlechthin, welche man eben vom Gewohnheitsrecht strenge zu scheiden nicht gewohnt war) berief.<sup>114)</sup> So sicher dies aber auch ist, so übereilt ist der Schluß,<sup>115)</sup> es dürfe auch auf Gewohnheiten schlechthin bei Entscheidung von Rechtsstreitig-

den Miethzins vorauszubezahlen, bald Gewohnheitsrecht, bald Gewohnheit nennt. — In unserer neueren Praxis kommt jedoch die Unterscheidung von Rechts- und factischen Gewohnheiten allerdings vor, z. B. Sammlung V Nr. 2402. Zöll (oben Note 51) verwirft diesen Unterschied als einen für das österreichische Recht überflüssigen und zugleich, weil es kein Kriterium gebe, das die Durchführung desselben im praktischen Leben ermöglichen würde. Es genügt, dagegen auf das oben im Texte über die Ausübung der Consulargerichtsbarkeit Gesagte zu verweisen, wenn auch unbedenklich zugegeben werden soll, sowohl, daß es Gewohnheiten schlechthin geben kann, deren Inhalt ganz wohl Gegenstand einer Rechtsregel sein könnte (vgl. die folgende Note), als auch, daß es bei solchen Gewohnheiten zweifelhaft sein kann, ob sie nicht bereits als Ausdruck eines Gewohnheitsrechtes erscheinen. Die Verwechslung beider Begriffe mag dadurch sehr unterstützt worden sein, daß sich von jeher Gesetze sehr häufig auf Gewohnheiten schlechthin beriefen. Sturm S. 19.

<sup>114)</sup> Oben S. 229 a. A. Die beiden von den Redactoren in's Auge gefaßten Beispiele betreffen die Art, öffentliche Kundmachungen zu erlassen (westgal. G. B. II §. 118 f., a. b. G. B. §§. 389, 390, aus späterer Zeit Patent v. 27. December 1852 Nr. 260 §. 13: „andere landesübliche Mittel der Verlautbarung“ von Gesetzen und Verordnungen) und die Zeit der Entrichtung des Miethzinses (westgal. G. B. III §. 233, aus späterer Zeit vermandt, betreffend die Räumungstermine gemieteter Objecte: §. 2 der kais. Verordnung v. 16. Nov. 1858 Nr. 213, §. 2 des Gesetzes v. 2. Mai 1873 Nr. 93). Es bedarf keines Beweises, daß beides sehr wohl auch den Gegenstand einer Rechtsregel bilden kann, ebenso gut aber rücksichtlich des einen, wie des andern eine Gewohnheit schlechthin bestehen kann. Im westgal. G. B. war entschieden die Art der Ausbietung des Fundes als Gegenstand einer Rechtsnorm gedacht (es war vorgeschrieben Kundmachung in der Kirche und eventuell in den öffentlichen Zeitungsblättern) und auch im §. 390 a. b. G. B. ist wenigstens die zweite der da vorgesehenen Kundmachungen (die durch die Zeitungen), was die Art und Weise ihrer Vornahme anbelangt, durch eine objective Rechtsnorm bestimmt; „die an jedem Orte gewöhnliche Art,“ die nun bloß das factisch Uebliche bezeichnet und mit diesem wechselt, wurde in der ersten Lesung (16. Mai 1803) an die Stelle der keinen Spielraum gewährenden Norm des westgal. G. B. gesetzt, ohne daß aus den Protokollen etwas über die Motive dieser Aenderung erhellt. Die Vorausbezahlung des Bestandzinses wird (III §. 233 westgal. G. B.) dem Bestandnehmer zur Pflicht gemacht, „wenn es Landesitte ist“. Daß diese Landes- (oder Orts-) Sitte aber z. B. in Wien schon geraume Zeit bestand, dennoch aber „nirgends als eine gesetzmäßige Gewohnheit“ (= Gewohnheitsrecht) angesehen war, ist uns von Donner (oben Note 96) bezeugt. Diesfalls ist übrigens zu beachten, daß zu der Zeit, da §. 10 b. G. B. seine gegenwärtige Fassung erhielt (4. Mai 1807), die fragliche Bestimmung des §. 233 bereits gefristet war. Zeiller hatte offenbar nicht mehr gegenwärtig, daß er bei der Berathung des §. 233 (7. Nov. 1806) sich unter Zustimmung seiner Collegen einverstanden erklärt hatte mit der Erinnerung der Freiburger Universität, man solle, da man oben alle Gewohnheitsrechte abgeschafft und aufgehoben habe, derselben auch hier nicht mehr gedenken, sondern die Vorauszahlung nur im Falle besonderer Verabredung eintreten lassen; er selbst hatte eine ganze Reihe von Motiven für diese Regelung der Frage angeführt, und darunter auch, daß es kaum irgendwo eine unbestrittene allgemeine Landesitte sei, den Zins vorauszubezahlen; selbst in Wien sei es in den Vorstädten nicht üblich, und in der Stadt schon öfters freitig geworden. Vgl. Zeiller Comm. III S. 400. Hieraus ergibt sich wohl, daß Zeiller unter der §. 233 erwähnten Landesitte ein Gewohnheitsrecht verstand, seinerseits aber zweifelte, daß ein solches wirklich bestehe, weil die im Joseph. G. B. aufgestellten Kriterien des Gewohnheitsrechtes nicht nachweisbar waren. Damit aber jaht die wirklich bestehende Sitte auch in seinen Augen zu einer bloß factischen Gepflogenheit herab.

<sup>115)</sup> Es versteht sich, daß unsere Schriftsteller, denen Gewohnheiten und Gewohnheitsrecht eine ununterschiedene Masse bilden, diesen Schluß so gerabzu aussprechen nicht Veranlassung haben. Aber sie würden denselben kaum abgelehnt haben. Vgl. namentlich Stubenrauch (1. Aufl.) I S. 101, und unten Note 119.

keiten nur dann Rücksicht genommen werden, wo ein Gesetz dies insbesondere anordnet. Vielmehr ist zu behaupten, daß 1) auf bestehende, namentlich locale Sitten als Interpretationsmittel des Parteiwillens<sup>116)</sup> überall schon darum wird Rücksicht genommen werden dürfen und müssen, weil das Gesetz bei den Regeln und Winken, die es für die Auslegung von Rechtsgeschäften an die Hand gibt (vgl. z. B. §§. 558, 655, 673, 683, 914 u. f. w.), nie auch nur die leiseste Hindeutung darauf enthält, daß irgend ein für die Erkenntniß des Willens des Disponirenden werthvoller Umstand zu diesem Zwecke nicht verwerthet werden dürfe, vielmehr die Absicht des Gesetzes überall die ist, den (erlaubten) Willen des Verfügenden nach seinem ganzen, gleichviel durch Benutzung welcher Mittel, erkannten Inhalt zur Geltung kommen zu lassen.<sup>117)</sup> 2) Wo

<sup>116)</sup> Winivarter I §. 91: „Auf Gewohnheit muß . . . auch in den Fällen Rücksicht genommen werden, wo das Gesetz die gangbaren, nach Zeit und Ortsverhältnissen gebildeten oder modificirten Begriffe voraussetzt, und eine nach allen Umständen bestimmte Anordnung gar nicht erlassen konnte, z. B. in Ansehung des anständigen Unterhaltes, eines angemessenen Heirathsgutes u. dgl.“ Unger Syst. I §. 40 f. In dieser Rücksicht will §. 10 jene Regel nicht ausschließen, welche das sächs. bürgerl. G. B. §. 28 (vgl. S. G. B. Art. 279) ausdrücklich ausspricht; dazu Unger Der revidirte Entwurf §. 17. — Zoll I S. 448, 452.

<sup>117)</sup> Danach versteht es sich von selbst, daß zur Interpretation des Parteiwillens nicht nur örtliche Sitten, sondern und sogar in erster Linie auch individuelle Gewohnheiten des Verfügenden, die einen Schluß auf seinen Willen zulassen, in Betracht zu kommen haben. L. 50 §. 3 D. de leg. I: . . . ante omnia ipsius patris familias consuetudo, deinde regionis, in qua versatus est, exquirenda est. §§. 655, 673 a. b. G. B.: „daß der Erblasser mit gewissen Ausdrücken einen ihm eigenen besonderen Sinn zu verbinden gewohnt gewesen ist.“ . . . aus dem stillschweigenden, durch die bisherige Unterstützung erklärten Willen des Erblassers erhellt . . .“ Vielleicht ist auch §. 498 v. „der ruhige dreißigjährige Besitz“ nicht von einer Erstigung, sondern von dem zu verstehen, was unter den Interessenten durch lange Zeit Gepflogenheit war, und darum als ihrem Willen entsprechend erscheint. Aus dem Text erhellt zugleich, daß wir die (bei uns zum Theil beschrifteten) Fälle bei Unger Syst. I §. 40 f. für richtig entschieden erachten: Individuelle Gewohnheit oder Ortsgebrauch wird entscheidend sein für Lösung der Frage, in welcher Währung ein ausgesetztes Legat auszubezahlen sei; besteht an einem Orte die Gewohnheit, den Diensthoten das Handgeld als Drausgeld zu belassen, oder den Miethzins zu pränumeriren, so ist daran festzuhalten, auch wenn es nicht ausdrücklich bedungen ist — vorausgesetzt, daß die Parteien diese Sitte kannten und sich ihr somit stillschweigend (oder gar ausdrücklich, indem sie „auf das Uebliche“ contrahirten) unterwarfen. (Vgl. Note 119.) Wird diese Voraussetzung festgehalten, so sind wir auch keineswegs im Widerspruch mit der aus Note 114 sich ergebenden Intention, in welcher III §. 233 weßgal. G. B. so geändert wurde, wie dies nun aus §§. 1100 und 1102 erhellt. Ebenso versteht es sich, daß die Frage der Beweislast eines solchen Gebrauchs durchaus nach den gewöhnlichen Grundsätzen zu beurtheilen ist. Unger a. a. D. Vgl. Sammlung VII Nr. 3338 und V Nr. 2488 (Erkenntniß der II. Instanz). Nicht befriedigen können die Motive der Entscheidung des in der Ger. Ztg. 1866 Nr. 78 mitgetheilten Rechtsfalles; die II. Instanz (das Wiener O. L. G.) entschied nämlich: „da sich jedoch der Beklagte auf die hier in Wien übliche notorische Gewohnheit beruft, wonach der Miethzins stets selbstverständlich voranzuzahlen ist, diese Gewohnheit auch thatsächlich in Wien besteht“ (vgl. Sammlung V Nr. 2671), „so war der Beklagte allerdings nach §§. 1062 und 1092 a. b. G. B. berechtigt, das Einziehen der Klägerin in die von ihr gemiethete Wohnung zu verweigern.“ Das Erkenntniß deutet (soweit gewiß richtig) durch seine Sylbe an, daß es diese Gewohnheit für ein Gewohnheitsrecht halte (vgl. oben Note 113). Unklar bleibt, ob nicht übersehen wurde, daß eine Notorietät, die als feststehend angenommen wird, „das Ereigniß“ (hier die Sitte der Vorauszahlung), „zwar im Ganzen außer Zweifel setzen kann, nie aber dessen Umfang hinsichtlich einzelner . . . Personen“ (hier die Kenntniß der Klägerin von der bestehenden Sitte, ohne welche von stillschweigender Unterwerfung nicht die Rede sein kann) . . . daß es vielmehr in diesen Beziehungen . . . eines förmlichen Beweises bedarf“ (Martin Vorl. über die Theorie des . . . bürgerl. Processes II §. 26), — oder ob es nur überflüssig war, auf diese Seite der Frage einzugehen. Gewiß unpassend aber ist die Berufung auf die §§. 1062 und 1092. Denn wenn es, wie diese Verbindung der beiden Gesetzesstellen voraussetzt, richtig wäre, daß die Worte „wie das Kaufgeld“ auch auf die Zeit der Entrichtung des Miethzinses gehen (bagegen mit Recht Kopecky a. a. D.

es sich dagegen nicht um die Auslegung des Parteiwillens handelt, da ist wieder §. 10 maßgebend, der soweit offenbar an den Gedanken des Joseph. G. B. §. 11 (oben S. 222 bei Note 16, 17) anknüpft, und von den Redactoren selbst diesem ähnlich gefunden wurde (oben Note 41 und vgl. Note 29). Danach darf auf eine Gewohnheit (schlechtthin — im Joseph. G. B. war freilich damit auch das Gewohnheitsrecht bezeichnet —) nicht ohne weiteres, sondern „nur dann gesehen werden, wenn ein Gesetz zwar die Hauptsache entscheidet, in Betreff der Umstände aber dabei sich auf den Landesgebrauch und die bisherige Beobachtung bezieht.“ In den Rahmen des so verstandenen §. 10<sup>117a)</sup> ordnen sich ungewungen alle jene Fälle, in welchen unsere älteren Schriftsteller und wahrscheinlich auch die Redactoren Beziehungen des Gesetzesbuches auf Gewohnheitsrecht erblickt haben: §§. 389, 390, 501, 549, 1029, 1109,<sup>118)</sup> und im Ganzen gilt dasselbe auch von den bekannt gewordenen Entscheidungen der obersten Instanz.<sup>119)</sup>

§. 72 f.), so würde sich daraus der gesetzliche Rechtsatz ergeben, daß abgesehen von besonderer Verabredung der Mietzins immer vorausbezahlt werden müsse. Dieser Entscheidungsgrund aber steht in offenbarem Widerspruch mit §. 1100, und es würde, wenn er richtig wäre, die danebenstehende Berufung auf die notorische Gewohnheit müßig. Und doch kann das Gericht nicht wohl etwas anderes gemeint haben, als daß eine stillschweigende Verpflichtung zur Vorauszahlung übernommen worden sei. Dieser Sinn ergäbe sich auch ohne Zwang, wenn wir, wie in der Ueberschrift des Falles in der Ber. Ztg. gesehen ist, an Stelle des §. 1062 den §. 1100 setzen dürften.

<sup>117a)</sup> Es scheint, daß auch Schiffner Syst. Lehrb. des österr. allg. Civ. R. S. 28 den §. 10 wesentlich in demselben Sinne auffaßt: . . . „factische Gepflogenheiten, die . . . an sich unverbindliche örtliche Lebenssitten enthalten, zu deren Berücksichtigung erst der Gesetzgeber speciell verpflichtete . . .“ Vgl. Zoll S. 432 ff.; auch Helfert Kirchenrecht (2. Aufl.) I S. 44 a. E.

<sup>118)</sup> Nicht alle hier in Betracht kommenden Schriftsteller nennen alle diese Paragraphen; Zeiller I S. 80 und Scheidlein nennen — freilich nur enunciatio — §§. 389, 501, 549; Wagner S. 130 ebenfalls beispielsweise, Schuster S. 183 f. und Nippel tarativ die §§. 389, 390, 501, 549; Esslinger ad §. 10 fügt noch §. 1109 und Stubenrauch (erste Aufl.) I S. 101. den §. 1029 hinzu, der jedoch in der zweiten Auflage gestrichen ist (vgl. Unger I S. 39 Note 28). Alle bisher genannten Paragraphen finden sich aber bei Michel Grundr. S. 21 (her im Handb. I S. 10 auch §§. 395 und 397, nicht aber §§. 1029 und 1109 allegirt), Kirchstetter ad §. 10 und Schiffner a. a. O. (die beiden letztgenannten erblicken jedoch ebensovienig als Stubenrauch seit der zweiten Auflage in diesen Paragraphen Berufungen auf Gewohnheitsrecht), und in der That dürfen alle nebeneinander genannt werden, ohne daß man Gefahr liefe, einer „leichten Commentirweise“ (Berger S. 54) bezichtigt zu werden, wenn man die im Text vertretene Unterscheidung billigt, die übrigens, wie wir glauben möchten, in einer vom Joseph. G. B. her nachwirkenden Reminiscenz schon Schuster bei den Gruppen vorgeschwebt haben dürfte, in welche er die vier von ihm allegirten Paragraphen ordnet. In der That fallen von den obigen sechs Paragraphen die vier ersten unter den Gesichtspunkt sub 2, die beiden anderen passen in beide Kategorien.

<sup>119)</sup> Wir machen hier (ausschließend die wenigen den Gerichtsgebrauch betreffenden Entscheidungen und den nur nebenbei und hypothetisch ein Stück aus der Lehre von derogatorischen Gewohnheitsrechten behandelnden Fall der Sammlung IV Nr. 1946) aufmerksam auf die nachstehenden Entscheidungen, aus denen sich u. E. ergibt, daß wiederholt mehr als das gebührende Gewicht gelegt wurde auf den Gesichtspunkt sub 2 des Textes, während der sub 1 zu sehr zurücktritt. Rein unter den letzteren gestellt sind nur 1) Sammlung V Nr. 2671: Das Versprechen „pünktlicher“ Zinszahlung bedeutet, wenn der Mietvertrag nach den ortsüblichen Bestimmungen geschlossen war und diese Vorauszahlung verlangen, ein Versprechen, die Zahlung am ersten Tage der Mietzeit zu leisten, und dieses Versprechen erscheint erfüllt, wenn bei einer durch ein nachfolgendes Gesetz auf einen späteren Termin gerückten Zinszahlungszeit der Zins an dem neuen gesetzlichen Verfalltag bezahlt wurde. (Sammlung X Nr. 4428, wo neben dem Kaufpreis ein „übliches Trinkgeld“ von 50 Kreuzern für eine dritte Person bedungen war, ist für unsere Frage ohne Interesse.) 2) VIII Nr. 3650: Der dritte Besteller eines „pomphösen Leidenbegännisses“ wurde von der (Klägerischerseits kraft einer Gewohnheit behaupteten) Verbindlichkeit, die Kosten desselben zu tragen, (unter Bezugnahme auf §. 10) freigesprochen, weil „die Bestellung des Begräbnisses als eine conclusive Handlung im Sinne des §. 863 b. G. B.

Auch die Begründung<sup>120)</sup> der gesetzlichen Bestimmung in der hier vertretenen Auffassung macht keine Schwierigkeit: Das bloße Maß einer Leistung, die Modalitäten der Vollziehung eines Actes sind mehr oder weniger willkürlich; es versteht sich daher nicht von selbst, daß eine Gewohnheit über Maß oder Modalität entscheide. Sehr begreiflich daher, daß §. 10 auch das Gewicht solcher Gewohnheiten durch das Gesetz geregelt wissen will.

III. Die Autonomie.\*) „Die Gesetzgebung ist . . . Attribut des

sich nicht darstellt. (Vgl. über diese Entscheidung diesen Comm. II S. 51 f. Note 17, 18.) 3) VII Nr. 3338: Der unbestrittene (bezw. erwiesene) Umstand, daß Beklagter dem Kläger die von diesem gelieferten Waaren wiederholt an des letzteren Wohnort bezahlt hat (also eine unter den Streitparteien bestehende Gepflogenheit), berechtigt zu dem Schluß „vermöge der im Verkehre zwischen Geschäftsleuten voranzusetzenden Absicht eines gleichmäßigen Vorganges bezüglich der zu leistenden Zahlungen, . . . daß zwischen den beiden Streittheilen ein Uebereinkommen auf (diesen) Zahlungsort . . . bestanden habe.“ Dagegen wurde der Gesichtspunkt sub 2 als maßgebend angesehen 1), wie es scheint, in Sammlung V Nr. 2488: Der Thatbestand ist dem des vorigen Falles wesentlich gleich, nur waren hier auch Anhaltspunkte dafür vorhanden, daß Beklagter versprochen habe, eben die streitige Zahlung an dem Domicil des Klägers zu leisten. Der bei dem vorigen Fall gezoogene Schluß wurde aber abgelehnt, „indem daraus, daß der Geklagte früher an den Kläger Zahlungen in Wien leistete, noch nicht gefolgert werden kann, daß er sich durch einen Vertrag verpflichtet habe, alle (!) Zahlungen hier zu leisten.“ Diese Motivirung und der Umstand, daß §. 10 nicht allegirt ist, deuten allerdings darauf hin, daß die Frage als eine Interpretationsfrage aufgefaßt sei; in der Entscheidung der II. Instanz, die es auf den Beweis der Gepflogenheit ankommen lassen wollte, ist es entschieden der Fall; da aber der oberste Ger. S. diesen Theil der Argumentation ablehnt, scheint bei ihm (wie wir glauben, mit Unrecht) der Gedanke der durchschlagende gewesen zu sein, daß eine vom Gesetz nicht berufene Gepflogenheit irrelevant sei. 2) Unzweifelhaft ist letzteres der Fall in III Nr. 1154: „Was die Gewohnheit betrifft, wonach die für das Mahlen zu entrichtenden Gebühren am Orte der Mühle selbst, ohne Rücksicht auf den Wohnort des Schuldners zu bezahlen sind, so könne einer solchen Uebung, wenn auch deren Bestand außer Zweifel gesetzt ist, nach §. 10 a. b. G. B. Gesetzeskraft nicht eingeräumt werden.“ Der Fall ist übrigens dem vorigen nicht gleich, denn es handelt sich nicht um eine zwischen den Streittheilen bestehende Gewohnheit. Dennoch scheint uns die Begründung insofern nicht erschöpfend, als sie die Frage nicht einmal auswirft, ob Beklagter die bestehende Uebung gekannt und sich derselben stillschweigend unterworfen habe. Dagegen ist es gewiß richtig, daß 3) in V Nr. 2402 die Ausdehnung einer Handelsgewohnheit auf ein Gebiet, für welches sie nicht galt, unter Anwendung des §. 10 abgelehnt wurde. 4) Die u. E. richtige Entscheidung IX Nr. 4231 hinwieder ließe sich richtiger arg. §. 1222 a. b. G. B. begründen. Der Beleidiger und der körperlich Mißhandelte hatten sich nach der strafgerichtlichen Verurtheilung des Ersteren versöhnt. Der erhobenen Schmerzensgeldklage wurde die Einwendung entgegengesetzt, die Versöhnung involvire einen Verzicht auf das Schmerzensgeld. Diese Einwendung wurde zurückgewiesen, dabei aber nicht nur betont, daß (was auch wir für richtig halten) der Ausgleich nur eine Versöhnung der gegenseitigen Gefäßigkeit herbeigeführt, nicht aber die privatrechtlichen Ansprüche berührt habe, sondern auch gesagt, daß „auf den Gebrauch, wonach in der Versöhnung . . . der Verzicht auf vor derselben gestellte Entschädigungsansprüche liegen soll, nach §. 10 a. b. G. B. kein Bedacht zu nehmen wäre.“ Wir halten diese Frage für eine reine Interpretationsfrage. 5) Gewiß richtig ist XII Nr. 5431.

<sup>120)</sup> Auch uns aber erscheint es unpassend, daß im §. 10 völlig heterogene Bestimmungen, gleich als enthielten sie einen einzigen Rechtsatz, zusammengefaßt sind. Allein einer Doctrin, die Gewohnheitsrecht und Gewohnheit schlechthin nicht unterscheidet, mag man zwar vorwerfen, daß sie eben hiemit Verschiedenartiges (objectives Recht, Willensdisposition der Parteien . . .) unter einem Gesichtspunkt bringt, man darf ihr aber nicht jede einzelne Konsequenz ihres Standpunktes zu selbständigem Vorwurf anrechnen. Vgl. Bethmann-Hollweg a. a. D. S. 40.

\*) J. Chr. Majer Autonomie vornehmlich des Fürsten- und übrigen unmittelbaren Abstandes im N. deutschen Reiche. Tübingen 1782. Erstes und zweites Stück. (Da das Werk, dessen Tendenz dahin ging, „die Grundlehre [der Autonomie] zu entwerfen,“ die zu entwerfen noch „Niemand auf den Gedanken gerathen“ war, unvollendet blieb, entspricht sein Inhalt schon darum nicht dem Titel desselben.) Mit diesem Werke hängt zusammen, ohne dessen Fortsetzung zu sein, desselben Verfassers Allgemeine Einleitung in Privat-Fürstenrecht überhaupt. Tübingen 1783. Von späteren Arbeiten sind vorzüglich zu vergleichen: Wilda in Weiske's Rechtslex. I (1839) S. 539 ff., P. A. Pfizger in

Staates. Es kann aber vorkommen, daß für einen engeren Kreis ein Wille, welcher nicht der Staatswille ist, Rechtsnormen zu begründen im Stande ist. In diesem Falle spricht man von Autonomie,<sup>121)</sup> und nennt „die Producte derselben Statuten“<sup>122)</sup> oder auch mit anderen Namen.<sup>123)</sup> Das bürgerl. Gesetzbuch erwähnt der Autonomie in diesem umfassenden Sinne nicht; es gedenkt im §. 11 nur der „Statuten einzelner Provinzen und Landesbezirke“, um ihre Gesetzskraft von der nach der Kundmachung des Gesetzbuches in Aussicht genommenen ausdrücklichen Bestätigung des Landesfürsten abhängig zu machen, beruft sich einigemale auf die Landesverfassung oder die Provinzialgesetze,<sup>124)</sup> sowie die Verfassung der Gemeinden,<sup>125)</sup> läßt „die Rechte der Mitglieder einer erlauchten Gesellschaft unter sich“ auch durch „den Vertrag“ bestimmt werden (§. 26), spricht im §. 1287 von dem „Vertrag, wodurch vermittelt einer Einlage ein gemeinschaftlicher Versorgungsfond für die Mitglieder, ihre Gattinnen oder Waisen errichtet wird“, und läßt aus §. 20 (vgl. §. 289) errathen, daß es für Privatrechtsverhältnisse, „die das Oberhaupt des Staates betreffen“, auch außerhalb des bürgerl. Gesetzbuches Rechtsnormen geben müsse, insofern es sich nämlich nicht um „solche Rechtsgeschäfte (handelt), die . . . auf dessen Privateigenthum oder die in dem bürgerlichen Rechte gegründeten Erwerbungsarten sich beziehen.“<sup>126)</sup>

Notte und Welter Staatslexikon (Neue Aufl.) II S. 11 ff., Gerber im Civ. Archiv XXXVII Nr. II S. 35 ff. (1854) und in Ihering's Jahrb. III Nr. VI (1859) (abgebr. in den Ges. jur. Abh. Jena 1872 Nr. II S. 36 ff.), R. Maurer Krit. Ueberschau II Nr. VIII S. 229 ff. und in Bluntzschli und Brazer Staatswörterb. (1857) I S. 605 ff., Sokly Krit. Ueberschau VI Nr. XVI S. 330 ff. (1859), Gierke Das deutsche Genossenschaftsrecht (1868, 1873) passim, Brunner in Holtendorff Rechtslex. (2. Aufl. 1875) I S. 146 ff. — Von österr. Juristen: Wagner Quellenverhältniß (1818) S. 22 ff., Schuster Comm. S. 184 ff., Unger Syst. I §. 4. — Vgl. noch bes. Befeler System §§. 26 ff., Wächter Würtemb. P. R. II S. 48 ff., Brinz Pand. Erste Aufl. S. 1014 ff., zweite Aufl. S. 116, Thöl Einleitung s. 49 f., Windscheid Pand. s. 19, Stobbe Handb. I s. 19 f., Bühlau Medl. Landr. I §§. 56 ff., Dernburg Preuß. P. R. s. 16, Roth Bayr. C. R. s. 8. — Speciell die Autonomie des hohen Adels betreffend: Kohler Handb. d. deutschen Privatfürstenthums der vormals reichsfürstlichen . . . Fürsten und Grafen. Sulzbach 1832. S. Schulze im Anhang zu Stobbe's Geschichte der deutschen Rechtsquellen II S. 498 f., Befeler Erbverträge II, 2 S. 1 ff., Gierke Genossensch. R. I S. 413 ff., bes. S. 418 ff., Heffter Die Sonderrechte der fouveränen und der mediatisirten vormals reichsfürstlichen Häuser Deutschlands 1871 bes. §§. 44 ff., und die Abhandlungen von D. Mejer, Befeler und Gierke in Grünhut's Zeitschrift Bd. V (1878) Nr. V S. 229 ff., Nr. X S. 540 ff., Nr. XI S. 557 ff., Vb. VI Nr. V S. 201 ff.

<sup>121)</sup> Windscheid Pand. s. 19. Uebereinstimmend die herrschende Lehre, wenn auch in vielfachen Einzelheiten dissentirend; vgl. z. B. Puchta Gew. R. I S. 159: Autonomie ist „das gewisse der Staatsgewalt unterworfenen Personen, also ihnen als Einzelnen, zustehende Recht, durch Privatdispositionen wirkliche Rechtsfähe hervorzubringen, sei es auch, daß die Wirkung derselben in Vergleichung mit dem Product der eigentlichen Rechtsquellen in mancher Hinsicht beschränkt wäre“. Cursus der Instit. §. 14 (8. Aufl. I S. 20): „eine der Gesetzgebung analoge Thätigkeit, die man . . . Autonomie genannt hat,“ die sich aber auch äußert „in stillschweigenden (Satzungen), die unausgesprochen in der Uebung sich darlegen“. Thöl Einleitung s. 49. Stobbe a. a. D.: „... eine untergeordnete Art von Gesetzgebung, welche neben der des Staates besteht . . .“ „untergeordnete rechtssetzende Thätigkeit“. Bühlau s. 56: „... eine eigenthümliche Art, sei es des Gesetzes, sei es des Rechtes.“ Jedenfalls liegt es den Schriftstellern der Gegenwart fern, den Begriff der Autonomie so maßlos weit zu fassen, als er in dem oben zuerst erwähnten Werk von Majer gefaßt ist. Ueber die Bedeutung der Autonomie bei den Griechen vgl. Wilda a. a. D. S. 539.

<sup>122)</sup> Stobbe a. a. D. S. 115. Und zwar kann im Wege der Autonomie nicht nur Privatrecht entstehen, sondern sie kann „alle Functionen der Staatsgewalt umfassen“. Pfister S. 12.

<sup>123)</sup> Büpfi Deutsche Rechtsgesch. 4. Aufl. I §. 23. Thöl Einleitung s. 49.

<sup>124)</sup> A. b. G. B. §§. 288, 298, 1132, 1142, 1146.

<sup>125)</sup> §. 867 a. b. G. B.

<sup>126)</sup> Eine abweichende, allgemeiner gehaltene Formulirung dieses letzteren Gedankens vgl. im westgal. G. B. I §. 37.

„Statuten“ sind hienach gleichbedeutend mit dem particularen Rechte einzelner Provinzen oder noch kleinerer Landesbezirke;<sup>127)</sup> das innerhalb einer „erlaubten Gesellschaft“ (= „moralische Person“ Nr. R. zu §. 26) gesagte Recht wird als durch Vertrag entstanden gedacht, und das besondere, das Oberhaupt des Staates betreffende Recht bleibt ohne technische Benennung.

Der dritte der soeben erwähnten Punkte darf einstweilen<sup>128)</sup> außer Betracht gelassen werden. Die beiden ersten sind im allgemeinen bürgerl. Gesetzbuche jeder für sich so selbständig gestellt, als sei zwischen ihnen keine wie immer geartete Gemeinschaft. Im Joseph.<sup>129)</sup> wie im westgal. G. B.<sup>130)</sup> dagegen standen sie dicht neben einander in der Lehre „von den Gesetzen“, „von den Rechten und Gesetzen überhaupt“. Willig dürfen wir fragen: Besteht wirklich ein Unterschied in der Auffassung dieser drei Gesetzbücher? Und — wie auch die Antwort auf obige Frage ausfallen mag — welches ist die richtige Auffassung?

Die Auffassung der drei Gesetzbücher dürfte in der Hauptsache die gleiche sein, nur daß die späteren schärfer und schärfer die Exklusivität des Gesetzgebungsrechtes des Regenten<sup>131)</sup> hervortreten lassen. Von den beiden älteren kann man noch behaupten, daß sie bewußt von jenem Begriff der Statuten ausgehen, der darunter versteht „die verbindlichen Regeln, welche für eine Personen-Gemeinschaft . . . ausdrücklich festgesetzt worden sind“. Diese können dann sein entweder statuta legalia, wenn sie entweder vom Landesherrn selbst in einer Gemeinschaft promulgirt worden sind, oder wenn er die „gesetzgebliche Gewalt“ einer Gemeinschaft auf eine von ihm abhängige Weise in einem gewissen Bezirke des Staates verliehen hat; in beiden Fällen liegt ein eigentliches Gesetz vor; oder aber es sind statuta conventionalia, „die unter den Mitgliedern einer Gemeinschaft vertragweise sind errichtet worden, und also nur als Verträge verbinden.“<sup>132)</sup>

<sup>127)</sup> Vgl. das officielle Register des bürgerl. G. B. s. v. Landesgesetze, Provinzialgesetze. An beiden Stellen findet sich nur eine Verweisung auf das Schlagwort Statuten, und bei diesem ist nur §. 11 a. b. G. B. bezogen.

<sup>128)</sup> Vgl. unten bei Note 246 und bei §. 20 b. G. B.

<sup>129)</sup> Joseph. G. B. I §. 8: „Wie die allgemeinen Gesetze, also haben auch Satzungen und Anordnungen, welche nur auf ein besonderes Land oder eine eigene Orttschaft gerichtet sind, vollkommene Verbindlichkeit, und dieses nicht nur, wenn solche besondere Gesetze unmittelbar von dem Landesfürsten erlassen, oder ausdrücklich von ihm bestätigt sind, sondern auch, wo in Ermangelung von beiden dennoch die besondere landesfürstliche Bewilligung vorhanden ist, daß die untergeordneten Obrigkeiten, Gerichte, Gemeinden, Vorsteher und Mittel dergleichen Satzungen und Anordnungen nach Erforderniß des Amtes und zur Erhaltung guter Ordnung machen mögen, deren Einsicht, Aenderung und Aufhebung dem Landesfürsten aber zu allen Zeiten vorbehalten bleibt. (Vgl. Leyser medit. spec. VIII. §. 2: „unaquaque civitas statuta recte conficit, etsi principis hanc ei facultatem singulari privilegio non indulsit.“ §§. 3–5: „Potius sua vi derogabant iuri communi, sive . . . Gesetze und Willkür bricht Landrecht.“ Freilich aber auch: „Principi . . . illa tollere et abrogare semper liberum est.“ Majer Auton. S. 226 f.) Ohne solche besondere Bewilligung können die von einer Gemeinde getroffenen Schlüsse und Verabredungen nicht als Satzungen, sondern bloß als freiwillige Verträge angesehen werden.“ Vgl. ebenda V §. 18: . . . „die vom Landesfürsten genehmigten Familienordnungen.“

<sup>130)</sup> Westgal. G. B. I §. 23: „Auch Statuten, oder solche Verordnungen, welche einzelnen Provinzen, Landesbezirken und Gemeinden gegeben worden sind, haben in Rücksicht auf Privatrechte keine gesetzliche Kraft: wenn nicht die Abweichung von dem allgemeinen Gesetze ausdrücklich zugestanden worden ist.“ §. 25: „Satzungen und Vorschriften, welche kleinere Gesellschaften für sich entworfen haben, mögen gleich anderen Verträgen bestehen, wenn sie den allgemeinen bürgerlichen Gesetzen nicht zuwider laufen.“ Vgl. A. L. R. Einl. §. 2.

<sup>131)</sup> Ebenso trotz der Mahnung Schlosser's (Briefe S. 178: „Mich dünkt, eine Landesregierung thut immer übel, wenn sie auf ihr Recht, Gesetze zu geben, so eifersüchtig ist“ — das A. L. R. Dernburg I §. 16.

<sup>132)</sup> Glük I S. 500 f. Ganz übereinstimmend der Wiener Heinemann II S. 11 f. (während schon Majer Allg. Einl. S. XIX f. die Begriffe Statut und Vertrag

Das Gesetzbuch von 1811 hat auffallenderweise<sup>133)</sup> diese Nebeneinanderstellung von Gesetz und Vertrag, in welcher der Vertrag, weil er maßgebende Norm für ein concretes Rechtsverhältniß wird, wie eine Rechtsquelle behandelt erscheint, verworfen. In der ersten Lesung wurde zwar §. 25 I. Thl. westgal. G. B. mit einem seinen Inhalt kaum wesentlich ändernden Amendement angenommen (oben S. 81 Note 12);<sup>134)</sup> bei der Revision aber (Prot. 4. Mai 1807) bemerkte Zeiller, es verstehe sich von selbst, daß solche Statuten nicht allgemeine Gesetze seien,<sup>135)</sup> und fügte hinzu: „das Rechtsverhältniß . . ., in welchem Mitglieder einer Gesellschaft unter sich und gegen Andere stehen, gehöre zum folgenden Hauptstücke.“ Auf diese Bemerkung wurde I §. 25 gestrichen, und entstand noch in derselben Sitzung der §. 26 beinahe in seiner gegenwärtigen Fassung, ja, soweit er hier von Interesse ist, durchaus in der gegenwärtigen Textirung.

Nun wäre es wohl keineswegs unmöglich, daß die Streichung des §. 25 cit. veranlaßt wäre durch den Gedanken, nur statuta legalia seien Quellen des objectiven, statuta conventionalia aber nur Quellen des subjectiven Rechtes, es sei darum der Gattungsbegriff Statuten aufzugeben und darum auch in dem von den Gesetzen handelnden Abschnitte des Gesetzbuches die statuta conventionalia mit Stillschweigen zu übergehen. Wenn dies des Gesetzes Gedanke wäre, dann hätte es als Producte der Autonomie — abgesehen von den Hausgesetzen des kaiserlichen Hauses, die nicht als Acte privatrechtlicher Gesetzgebung gedacht wurden (S. 95 Note 71) — nur die Provinzialstatuten gelten lassen wollen; und da diesen, soweit sie privatrechtlichen Inhalts waren, wenige Wochen nach dem Erscheinen des bürgerl. Gesetzbuches die Bestätigung verweigert wurde,<sup>136)</sup> so ließe das Ergebnis auf die Negation aller privatrechtlichen Autonomie hinaus.<sup>137)</sup>

In der That aber haben die Redactoren den Gedanken, Gesetz und Ver-

vereinbar fand). — Thibaut Syst. (8. Aufl. 1834) §. 22 (vgl. §. 15) weicht nur insofern ab, als er auch die stat. convent. als „vertragsmäßige Gesetze“ bezeichnet, die jedoch auch nur die Gemeinheit selbst, nicht Dritte binden. Im Joseph. G. B. §. 8 a. E. cit. bezeichnet der Ausdruck Satzungen als technischer nur die statuta legalia; im westgal. G. B. §. 25 cit. wird er geradezu für stat. convent. gebraucht.

<sup>133)</sup> Auffallenderweise — denn die andere in der älteren Doctrin gewöhnliche Gleichstellung von Vertrag und Gesetz, vermöge deren das Gesetz als Entstehungsgrund concreter Rechtsverhältnisse neben dem Vertrag genannt wird, kehrt auch im bürgerl. G. B. oft genug wieder. S. Unger I S. 25 und vgl. Zöpfl Deutsche R. G. I §. 1 Note 12, 13, Vierke Genoss. R. II S. 466 f., 633, 735, Stobbe Handb. I S. 117.

<sup>134)</sup> Nur Sonnenfels wollte es damit nicht genug sein lassen, daß die fraglichen Satzungen den Gesetzen nicht zuwiderlaufen; er wollte sie nur unter Voraussetzung der Genehmigung des Landesfürsten gelten lassen, „weil überhaupt ohne höhere Bewilligung keine derlei Satzungen und Vorschriften gemacht werden könnten und sollten“ (Prot. 11. Jänner 1802). Vgl. Sonnenfels Grundsätze I §. 61 x: „Daher die Satzungen der Zünnungen oder was immer für Gemeinden ihre Gültigkeit und Verbindlichkeit erst von der landesherrlichen Bestätigung erhalten.“

<sup>135)</sup> Im Joseph. G. B. §. 8 cit. (Note 129) werden die Satzungen den allgemeinen Gesetzen geradezu entgegengestellt.

<sup>136)</sup> Hofd. 13. Juli 1811, oben S. 89 Note 42, S. 230 und überhaupt S. 223 ff. Wenn wir, mit Rücksicht auf das Material, das den Redactoren vorlag, das Urtheil, das Arndts Civ. Schr. III S. 263 über die bairischen Particularrechte fällt („In der That . . . sind bei weitem die meisten Verschiedenheiten der Particularrechte der Erhaltung gar nicht werth“), in noch höherem Grade auch von den österreichischen Provinzialstatuten gerechtfertigt finden, so kann der Beweis hierfür erst in den Excursen zu §§. 10, 11 erbracht werden.

<sup>137)</sup> Damit wären aber noch keineswegs alle provinziellen Rechtsverschiedenheiten negirt. Was der Landesfürst an particularen Gesetzen für kleinere Gebiete erlassen hätte, wäre darum nicht weniger particulares Recht geblieben; nur wäre es eben Staatsgesetz, nicht autonome Satzung gewesen — wie ja auch gegenwärtig nicht selten Rechtsätze im Wege der Reichsgesetzgebung für einzelne Kronländer entstehen.

trag müßten streng von einander getrennt gehalten werden, auch wenn wir nur die eine, hier in Frage stehende Seite in's Auge fassen, keineswegs unverbrüchlich festgehalten; <sup>138)</sup> noch weniger kam ihnen, auch nachdem sie entschlossen waren, die bis dahin in Geltung stehenden Provinzialrechte zu beseitigen, jemals bei, die Rechtsinheit der Erblände dahin zu verstehen, als müsse in denselben völlige Uniformität des Privatrechtes hergestellt werden; <sup>139)</sup> selbst dann aber, wenn beides sich umgekehrt verhielte, wäre damit noch nicht entschieden, ob nicht Normen, die im Gesetzbuche als vertragmäßige gedacht sind, ihrem wahren Wesen nach unter diesem Gesichtspunkte Platz zu finden nicht vermögen, und ob nicht seither die österreichische Gesetzgebung auf irgend welchen Gebieten der privatrechtlichen Autonomie Raum gegeben habe. Soviel nun darf wohl behauptet werden, daß keine der hier in Frage kommenden Erscheinungen in jener gedankenmäßigen Selbständigkeit auftritt, wie sie die gemeinrechtliche Wissenschaft der Autonomie gegenüber der Staatsgesetzgebung vindicirt; <sup>140)</sup> was die Wissenschaft Autonomie zu nennen pflegt, ist in der österreichischen Gesetzgebung bald geradezu als Staatsgesetzgebung gedacht, bald erlangt sie ihre verbindende Kraft wirklich erst durch einen nachfolgenden Act der letzteren, bald stützt sie sich auf einen vorausgehenden allgemeinen Rechtsatz, oder verbindet unmittelbar in Kraft eines Actes des Verordnungsrechtes und somit doch wieder auf Grund eines allgemeinen Rechtsatzes, der die Basis der Verordnung ist (vgl. hiezu oben S. 220) <sup>141)</sup> — aber trotz dieses ihres Lebens nur von Gnaden der Staatsgesetzgebung ist der wissenschaftliche Centralpunkt, um den alle diese Fälle sich gruppiren, doch kein anderer als der Begriff der Autonomie. Folgende Fälle kommen hier in Betracht:

1) Das privatrechtliche Gesetzgebungsrecht, sofern es geübt wird „unter Mitwirkung der gesetzlich versammelten Landtage“ der einzelnen „Königreiche und Länder“ <sup>142)</sup> Daß dieses Gesetzgebungsrecht nicht eben sehr weit reicht, <sup>143)</sup> kommt hier nicht in Betracht; hier ist vielmehr nur das Eine zu betonen, daß

<sup>138)</sup> §. 26 a. b. G. B. stellt neben den Vertrag auch (den Zweck und) die besonderen für die Gesellschaft bestehenden Vorschriften. Wohl spricht er ex professo von den (subjectiven) Rechten der Mitglieder einer erlaubten Gesellschaft; aber Niemand wird finden, sein Inhalt sei unrichtig wiedergegeben, wenn wir ihn dahin verstehen, es fänden sich die Normen, aus denen sich die auf die Rechtsverhältnisse der Mitglieder anzuwendenden Rechtsätze ergeben, in dem Vertrage und den besonderen Vorschriften.

<sup>139)</sup> Wie die oben (Note 124) angeführten Verweisungen des Gesetzbuches selbst zeigen, sollten vor Allem jene Verschiedenheiten erhalten bleiben, die als mit der Landesverfassung im Zusammenhang stehend angesehen wurden. Aber man wollte dabei durchaus nicht stehen bleiben. Anderer Beispiele ganz zu geschweigen — der nämliche Vortrag vom 22. Jänner 1810, der die Nichtbestätigung aller Provinzialstatuten beantragt, hob hervor, daß für die Bukowina ein Verbot der Pfandpacht bestehe, daß dieses selbstverständlich auch fortan bestehen bleibe, und daß durch ein Circulare auf das Fortbestehen dieser Ausnahmsbestimmung aufmerksam gemacht werden könne.

<sup>140)</sup> Daher mag es denn wohl auch rühren, daß in unserer Literatur diese Fälle noch nie unter einen einheitlichen Gesichtspunkt zusammengefaßt worden sind.

<sup>141)</sup> In der Hauptsache übereinstimmend Fhering Zweck im Recht S. 319: „Das Recht der Selbstgesetzgebung . . . hat seinen juristischen Grund in der ausdrücklichen Verleihung oder stillschweigenden Duldung von Seiten des Staates, es besteht nicht aus eigener Kraft, sondern durch Ableitung von Seiten des Staats . . .“ Vgl. schon Majer Auton. S. 278 ff. Eine andere Auffassung aber bei Maurer im Staatswörterb. S. 606: „Diese Unterordnung darf nicht so verstanden werden, als ob die engere Verbindung ihre rechtserzeugende Kraft erst vom Staate erlangte“ . . . es ist auch hier der Gesamtwille thätig, der „auf die eigene Natur der Verbindung selbst begründet, nicht erst durch eine Uebertragung von Außen her gewonnen“ ist. Vgl. S. 608 f.

<sup>142)</sup> Kaiserl. Diplom v. 20. October 1860 J. 1, III. Pat. v. 26. Febr. 1861 J. III. Landes-*DD.* §§. 16 ff.; Gesetz v. 21. December 1867 R. G. B. Nr. 141 §. 12.

<sup>143)</sup> Immerhin reicht es weit genug, um die Rechtseinheit nicht entstehen zu lassen oder wieder aufzuheben an Punkten, wo deren Bestand von jedem unbefangenen Denkenden gewünscht werden müßte. Vgl. oben S. 132, bes. Note 25.

wir es in dieser Landesgesetzgebung mit der reinsten in Oesterreich anerkannten Form der Autonomie zu thun haben, die jedoch in der Gesetzgebung keineswegs als solche anerkannt ist. So gewiß nämlich hier ein Wille, der nicht der Staatswille ist, Rechtsnormen für einen vom Staate umfaßten engeren Kreis begründet, so gewiß ist in den Staatsgrundgesetzen die Staats- und die Landesgesetzgebung so aufgefaßt, als seien sie ihrem Wesen nach völlig gleichartig,<sup>144)</sup> und verschieden nur rücksichtlich der Gegenstände, die der einen und der andern (entschieden zum Theil aus bloßen Utilitätsrücksichten) zugewiesen sind. Eben darum aber scheint auch jene Anschauung den Staatsgrundgesetzen fremd, welche diese Autonomie denkt als etwas nicht „Ureigenes . . . sondern aus Verleihung von Oben entsprungen“.<sup>145)</sup> Das ist nur richtig, wenn man betont, daß die Anerkennung dieser Landesgesetzgebung von der absoluten „Machtvollkommenheit“<sup>146)</sup> ausging, die bis dahin unbeschränkt Gesetze gab. Diese nämliche Machtvollkommenheit erließ aber bis dahin ganz ebenso auch Reichsgesetze — es war derselbe absolute Wille, der die einen und die anderen schuf; und insoferne in ganz gleicher Weise auch die „Mitwirkung . . . des Reichsrathes“ bei dem „Recht, Gesetze zu geben, abzuändern und aufzuheben“, etwas Neues war, paßt allerdings auch darauf und gleich gut der Gesichtspunkt der „Verleihung von Oben“. Allein das Recht der Staatsgesetzgebung kann nicht von Oben verliehen sein, es ist dem Staate immanent. Und ebenso — meinen wir — erscheint den Staatsgrundgesetzen ein Gesetzgebungsrecht der Königreiche und Länder als etwas diesen Immanentes, das ihnen nicht erst verliehen zu werden brauchte, ihnen nicht erst verliehen werden konnte. Und eben weil es Ein Wille gewesen war, der bis dahin dem ganzen Staate, wie den einzelnen Ländern Gesetze gab, und dieser Wille sich nun den Reichsrath und die Landtage zur Mitwirkung bei der Gesetzgebung beigesellte, fassen die Staatsgrundgesetze beide Gesetzgebungen als wesentlich gleichartig auf, und verwischen damit praktisch den Unterschied der Staatsgesetzgebung und der Selbstgesetzgebung des Landes innerhalb des Staates. Darum fehlt in den österreichischen Verfassungsgesetzen der Satz, daß das Reichsgesetz den Landesgesetzen vorgehe.<sup>147)</sup>

2) Daß die drei Gesetzbücher den Statuten ganzer Provinzen die Statuten einzelner „Landesbezirke und Gemeinden“ („eigener Ortschaften“) durchaus gleichgehalten wissen wollten,<sup>148)</sup> ist unzweifelhaft. Es sind demnach die älteren Statuten dieser Art, soweit sie privatrechtlichen Inhalts waren, seit der Wirksamkeit des allgemeinen bürgerl. Gesetzbuches außer Kraft getreten (Hofb. vom 13. Juli 1811). Ebenso gewiß ist, daß eine Befugniß der Gemeinden zu selbständiger Satzung objectiver Rechtsnormen vor dem Jahre 1849<sup>149)</sup> nicht bestand. Das prov. Gemeindegesetz vom 17. März 1849 (R. G. B. Nr. 170) läßt aber wenigstens die Frage erlaubt erscheinen, ob den Gemeinden nicht etwas mehr, als eine bloße sogen. Verwaltungsautonomie eingeräumt werden sollte. Denn es definiert (Allgemeine Bestimmungen Punkt III) den natürlichen Wirkungsbereich der Gemeinden dahin, daß er umfasse „Alles, was das Interesse der

<sup>144)</sup> Octoberdiplom cit.; Patent vom 22. Februar 1861 a. N. und VI; Gesetz vom 21. December 1867 Nr. 141 §. 11, 12; Landes-*DD.* §. 16.

<sup>145)</sup> Brinz, *Pand.* (1. Aufl.) S. 1017.

<sup>146)</sup> Octoberdiplom *Abf.* 4, Febr. Patent a. N.

<sup>147)</sup> *Vgl.* oben S. 133 Note 32.

<sup>148)</sup> *Joseph. G. B.* I §. 8, *westgal. G. B.* I §. 23, (oben Note 129, 130) a. b. *G. B.* §. 11. Ueber die Auffassung der früheren Zeit *vgl.* *Cocceji ius civ. contr. Franf. u. Leipz.* 1729 I p. 64: „Civitates omnino statuta condere possunt . . . modo nihil contra legem generalem disponant.“ Ob eine Confirmation erforderlich sei, war sehr streitig.

<sup>149)</sup> Anders in einer früheren Zeit. *Wilba* S. 552 f., 555.

Gemeinde zunächst berührt und innerhalb ihrer Grenzen vollständig durchführbar ist“ und daß er „nur mit Rücksicht auf das Gesamtwohl durch das Gesetz die notwendigen Beschränkungen“ erhalte. In offener Anlehnung an diese Sätze bestimmt das Gemeindegesetz vom 5. März 1862 (R. G. B. Nr. 18) Art. V: „Der selbständige, d. i. derjenige Wirkungskreis, in welchem die Gemeinde mit Beobachtung der bestehenden Reichs- und Landesgesetze nach freier Selbstbestimmung anordnen und verfügen kann, umfaßt überhaupt Alles, was das Interesse der Gemeinde zunächst berührt, und innerhalb ihrer Grenzen durch ihre eigenen Kräfte besorgt und durchgeführt werden kann.“<sup>150)</sup> Wirklich ist auf Grund dieser Bestimmung auch schon ein Gesetzgebungsrecht der Gemeinden innerhalb ihres Wirkungskreises und ihres Gebietes behauptet worden.<sup>151)</sup> In der That aber enthalten die Gemeindeordnungen — abgesehen von dem Rechte des Ausschusses, in Ermangelung einer bestehenden unangefochtenen Uebung „die die Benützung des Gemeindeeigenthums regelnden Bestimmungen zu treffen“,<sup>152)</sup> (was nicht leicht durch Aufstellung objectiver Rechtsätze, sondern regelmäßig durch Verträge<sup>153)</sup> oder gar einseitige Verfügungen geschehen dürfte) und dem weiteren Rechte des Ausschusses, „innerhalb der bestehenden Gesetze ortspolizeiliche für den Umfang der Gemeinde gültige Vorschriften (zu) erlassen“<sup>154)</sup> — nichts, was auf eine Befugniß der Gemeinden zur Rechtssetzung gedeutet werden könnte.<sup>155)</sup> Im Uebrigen haben Gemeinden und Bezirksvertretungen Autonomie nicht auf dem Gebiete der Gesetzgebung, sondern dem der Verwaltung.<sup>156)</sup> Insbesondere ist die „Civilrechtsgesetzgebung“, soweit sie nicht in den Wirkungskreis der Landtage gehört, dem Wirkungskreis des Reichsrathes zugewiesen.<sup>157)</sup> Auch die Statute der bedeutenderen Städte und Curorte erscheinen nur insofern als Producte der Autonomie, als sie seit dem Gemeindegesetze von 1862 durch die Landesgesetzgebung erlassen worden,<sup>158)</sup> es ist aber keineswegs wesentlich, daß der Ent-

<sup>150)</sup> Wörtlich übereinstimmend die durch einzelne Landesgesetze geschaffenen Gemeindeordnungen. Vgl. die übersichtliche Zusammenstellung derselben in der Manz'schen Taschenausgabe der österr. Gesetze Band IX §. 29.

<sup>151)</sup> Vgl. die Mittheilung über die in der Wasserversorgungscommission des Wiener Gemeinderathes gestellten Anträge in den Jur. Blätt. 1873 Nr. 32 S. 380.

<sup>152)</sup> Gemeindeordnungen cit. §. 66.

<sup>153)</sup> Vgl. Subwinski Erkenntnisse des Verwaltungs-Gerichtshofes II Nr. 265 S. 266.

<sup>154)</sup> Gemeindeordnungen cit. §. 36, cf. §. 58. Immerhin ein Ordnungsrecht, das Organen zusteht, die nicht eigentlich „Staatsbehörden“ (Art. 11 des St. G. G. vom 21. Dec. 1867 R. G. B. Nr. 145) sind.

<sup>155)</sup> Vgl. auch Gierke Genossenschaftsrecht I S. 667 ff., 708 f., 749 ff.

<sup>156)</sup> Vgl. E. Jäger in den Jur. Blätt. 1875 Nr. 8.

<sup>157)</sup> St. G. G. v. 21. Dec. 1867 (R. G. B. Nr. 141) §. 11 lit. k.

<sup>158)</sup> Das Gemeindegesetz von 1849 bestimmte §. 6: „Landeshaupt- und Kreisstädte erhalten durch Gesetze eigene Verfassungen. Auch anderen bedeutenden Städten ist das Recht vorbehalten, um Bewilligung einer eigenen städtischen Verfassung im Wege der Gesetzgebung einzuschreiten.“ Die auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Statute erflossen übrigens (mit einziger Ausnahme der Verfassung der reichsunmittelbaren Stadt Triest, deren Stadtrath zugleich mit der „Eigenschaft eines Landtages“ ausgestattet wurde — Pat. v. 12. April 1850 R. G. B. Nr. 139) durch Ministerialverordnungen. Das kais. Patent v. 24. April 1859 R. G. B. Nr. 58 Art. VII gestattete eine Revision der bis dahin bestandenen, vom Kaiser genehmigten Statute bei der politischen Landesstelle durch eine vom Chef derselben „bestellte Commission, welcher Mitglieder der bezüglichen Gemeindevertretung und nach Umständen andere sachkundige Männer“ beigezogen werden sollten. Ebenso sollte (Art. VIII) vorgegangen werden, wenn andere Städte um ein neues Statut ansuchten; in beiden Fällen war der Entwurf der kaiserlichen Schlußfassung vorzulegen. Das Gesetz von 1862 Art. XXII weist die Verleihung neuer, wie die Abänderung und Ergänzung bestehender Städtestatute ausdrücklich der Landesgesetzgebung zu, und es sind auf dieser Grundlage mehrere Statute revidirt und zahlreiche neue gegeben worden.

wurf des Statutes von der betreffenden Stadtvertretung berathen und beschlossen werde. <sup>159)</sup>

3) „Die Autonomie bildet ein Lebensprincip der Kirche;“ <sup>160)</sup> ja „die katholische Kirche konnte nach Umfang, Einheit und Wiederung, Selbstgesetzgebung und Selbstregierung einst sogar dem Reiche, geschweige denn unseren Staaten an die Seite gestellt werden.“ <sup>161)</sup> Das durch ihre Selbstgesetzgebung <sup>162)</sup> geschaffene Recht stand — auch soweit es privatrechtlichen Gehaltes war — durch Jahrhunderte in Oesterreich nicht minder als anderwärts in unangefochtener Geltung. Mehr und mehr aber erfüllte jene Theorie, welche, seit der Kirchenreformation entstanden, die gesammte Kirchengewalt als einen Ausfluß der Landeshoheit auffaßte, auch die österreichische Gesetzgebung, namentlich in der zweiten Hälfte des vorigen Jahrhunderts. <sup>163)</sup> Wohl suchte schon dessen letztes Decennium die Härten des Systems zu mildern, das System selbst aber dauerte fort. <sup>164)</sup> Die Consequenz dieses Systems war die Anschauung, „daß das ganze Kirchenrecht kaum mehr den Namen eines canonischen (durch Kirchengesetze, Canonen, zu bestimmenden) verdient, sondern vielmehr nur eine Sammlung österreichischer Verordnungen über kirchliche Angelegenheiten enthält“ (oben S. 92 Note 57). <sup>165)</sup> Daher denn auch die ver kümmerte Aufrechthaltung des Kirchenrechtes im Kundmachungspatente des bürgerl. Gesetzbuches (oben S. 88, 92, 95 f. und Note 71). Wohl zeigt die Gesetzgebung seit Franz II. „den guten Willen, den Einfluß der Kirche und ihrer Organe wieder zu erhöhen, ihre Wirksamkeit zu steigern, soweit dies eben möglich war, ohne die Grundprincipien der bestehenden Gesetzgebung zu verleugnen“, <sup>166)</sup> und die Doctrin der Zeit lehrte gerabezu, die Partikularkirche sei unabhängig von dem Staate „in Allem, was ihr inneres Leben, die sacra interna und die freie Wirksamkeit für ihren Zweck angeht“, abhängig nur soweit, als „jede Körperschaft der Staatsgewalt unterworfen ist und ihre Mitglieder gleich anderen Bürgern des Staates Staatsunterthanen sind.“ <sup>167)</sup> Trotzdem aber galten „die Vorschriften des allgemeinen Kirchenrechtes . . . nur soweit, als der Landesfürst sie gelten ließ . . . Wenn von Rom eine Verfügung erwirkt

<sup>159)</sup> Vgl. übrigens über Gemeindestatuten auch den Text sub 4 und die dazu gehörigen Noten.

<sup>160)</sup> Maassen Neun Capitel über freie Kirche und Gewissensfreiheit (1876) S. 389. Vgl. zum Folgenden auch Actenstücke zur Geschichte des Verhältnisses zwischen Staat und Kirche im 19. Jahrh. Mit Anmerk. hgg. von G. v. Kremer-Auenrode 1873 ff. I S. 191 ff., II S. 143 ff., 157 f., 297 ff., III S. 97 f.

<sup>161)</sup> Brinz Pand. (1. Aufl.) S. 1019.

<sup>162)</sup> Daß das Kirchenrecht auf dieser und nicht auf einem pactum ecclesiasticum ruht, wie die ältere Doctrin lehrte, wird heut zu Tage nicht mehr bestritten werden. Vgl. Groß Zur Begriffsbestimmung und Würdigung des Kirchenrechtes 1872 S. 5 Note 1 und unten Note 190.

<sup>163)</sup> Maassen a. a. D. Siebentes Capitel, S. 288 ff., bes. S. 315 ff. Geffken Staat und Kirche in ihrem Verhältniß geschichtlich entwickelt 1875. S. 304 ff., 325 ff. Soweit es sich um das Kirchenrecht handelt, erklärt diese Auffassung für die principiell richtige Theorie a. (oben Note 91) a. D.: „Der einzige Weg, um den Normen, welche sie für ihre Mitglieder aufstellt, den Charakter von Rechtsnormen zu vindiciren, ist der obige; ob ihre eigene Auffassung und die des mittelalterlichen Staates eine andere war, ob ein Jahrtausend hindurch das ius canonicum als selbständige Rechtsquelle galt, kann für die heutige Wissenschaft . . . (nicht) maßgebend sein.“

<sup>164)</sup> Maassen S. 371 ff.

<sup>165)</sup> Vgl. Maassen S. 389. Daher der von Gustermann Oesterr. Kirchenrecht (1807) S. II und Bb. I §. 11 erfundene Begriff eines „weltlichen Kirchenrechtes“, auf welchen, nachdem er zeitler ziemlich vergessen gewesen sein dürfte, Groß a. a. D. S. 4 Note 2, S. 32 Note 1 wieder aufmerksam gemacht hat.

<sup>166)</sup> Maassen S. 383, 387. Geffken S. 458 ff.

<sup>167)</sup> Helfert Handb. des Kirchenrechtes I (Prag 1845 2. Aufl.) §. 49 vgl. mit Ss. 48, 50 ff.

werden sollte, so war dazu die staatliche Erlaubniß erforderlich . . . Die Anordnungen des Papstes und der römischen Curie bedurften zu ihrer Kundmachung und Vollziehung des landesherrlichen Placet . . .“, den Bischöfen war „verwehrt, in Gegenständen ihrer Amtsgewalt Belehrungen und Anordnungen ohne Genehmigung der Staatsbehörde zu erlassen.“<sup>168)</sup> Ohne Zweifel ist eben das Placet der reinste und bestimmteste Ausdruck dieser ganzen Auffassung von dem Verhältniß der staatlichen zur kirchlichen Gesetzgebung. Möchte dasselbe auch in früheren Zeiten nur eine „präventive Maßnahme“ gewesen sein, bestimmt, der fürstlichen Gewalt Schutz zu geben gegen die Uebergrieffe der geistlichen Macht,<sup>169)</sup> so hatte sich doch später seine Bedeutung wesentlich verändert: In ihm war die selbständige Geltung der Kirchengesetze für die der Staatsgesetzgebung Untermworfenen geradezu negirt,<sup>170)</sup> denn sie galten nicht kraft ihrer kirchlichen Emanation und Publication, sondern nur kraft der Gestattung des weltlichen Gesetzgebers; und daß dieser seine Gesetze, namentlich seine Ehegesetzgebung, selbst in Hauptpunkten, der kirchlichen<sup>171)</sup> Anschauung accomodirte, konnte die Thatsache nicht ändern, daß die kirchliche Gesetzgebung als solche aller selbständigen Bedeutung entkleidet war.

Dem eben geschilderten Rechtszustand gegenüber wächst, praktisch genommen, die Bedeutung der kirchlichen Gesetzgebung<sup>172)</sup> vom Ende des fünften Decenniums unseres Jahrhunderts mehr und mehr, und verdrängt die des Staates auf Gebieten, auf denen die letztere seit mehr als einem halben Jahrhundert unbestritten geherrscht hatte; fragen wir aber, wie wir hier müssen, nach dem Charakter dieser neuen Gesetzgebung, so wird nicht verkannt werden können, daß der Bruch mit der Vergangenheit ein viel weniger vollständiger ist, als man nach seiner praktischen Bedeutung glauben möchte und die Gesetzgebung selbst, wenigstens auf dem Höhepunkt dieser neuen Entwicklung anerkannte. Denn möchte sie immerhin aussprechen, daß sie nur zur Geltung bringen wolle, was nach „göttlichem Gesetze“ ohnedies zu Recht bestehe<sup>173)</sup> — juristisch betrachtet ruhte doch alle Geltung der Kirchengesetze auf jenen Sätzen des Staatsgesetzes, welche den Kirchengesetzen fortan Kraft und Geltung zusprachen,<sup>174)</sup>

<sup>168)</sup> Maassen S. 389 f. Genauerer über das placetum regium in Oesterreich bei Helfert S. 182.

<sup>169)</sup> Richter Kirchenrecht (7. Aufl. v. Dove) S. 123 und Note 9, S. 263, 267 Note 7. Bluntschli Allg. Staatsrecht (5. Aufl.) S. 433, Finschins in Holtendorffs Rechtslex. II (2. Aufl.) S. 318.

<sup>170)</sup> Der Rechtszustand unter dem Placet läßt sich etwa dahin charakterisiren: der Staat räumt den Kirchenobern kein auch noch so enges Gebiet ein, auf welchem sie sich frei bewegen könnten, sondern es bedarf jede einzelne Verfügung der Kirche zu ihrer Wirksamkeit seiner speciellen Genehmigung.

<sup>171)</sup> Vorwiegend, wenn auch nicht ausschließend, der katholischen. Noch weiter, geradezu die kirchliche Autonomie anerkennend, gehen die das bürgerl. G. B. in Ungarn und dessen Nebenzländern einführenden Patente vom 29. Nov. 1852 Art. I ff., 29. Mai 1853 Art. III ff.

<sup>172)</sup> Allerdings ist dabei nicht nur an das Privatrecht zu denken; aber bei einer Untersuchung, wie die vorliegende, ist es eben unmöglich, andere Gebiete ganz unberührt zu lassen. Namentlich geht die Tendenz dieser Zeit entschieden dahin, „das kirchliche Vereinsleben als eine innerkirchliche Institution zu betrachten und die . . . religiösen Associationen von jeglicher Einwirkung des Staates zu befreien“. Hugelmann Studien zum österr. Vereins- und Versammlungsrechte 1879 S. 58.

<sup>173)</sup> Vgl. z. B. Art. 2 und 16 des Concordats vom 18. August 1855 (publ. mit kais. Pat. v. 5. Nov. 1855 R. G. B. Nr. 195).

<sup>174)</sup> Vgl. die Grundrechte im Patent v. 4. März 1849 (R. G. B. Ergänz. B. Nr. 151) S. 2; ferner: Aufhebung des Placet in der kais. Verordnung v. 18. April 1850 (bei Richter a. a. O. S. 267 Note 7 verdruckt: 1830) §§. 1, 2 und Concordat Art. 2, 3 vgl. mit Pat. 31. Dec. 1851 (R. G. B. 1852 Nr. 3); fobann die Anerkennung der bindenden Kraft der Kirchengesetze in den Concordatsartikeln 1, 4, 10, 11, 17, 21, 26, 27, 28, 30, 34. — Regelung der Angelegenheiten der evangelischen Kirche: Patent 8. April 1861

und selbst das Concordat<sup>175)</sup> konnte nicht umhin, dies ausdrücklich auszusprechen.

Ganz Aehnliches gilt endlich auch von der neuesten Wendung, die bezeichnet wird durch das derzeit in Geltung stehende Gesetz vom 7. Mai 1874 (R. G. B. Nr. 50), „wodurch Bestimmungen zur Regelung der äußeren Rechtsverhältnisse der katholischen Kirche erlassen werden.“ Wohl wurde durch dieses Gesetz (Art. 1) das Concordat („das Patent vom 5. October 1855“), „seinem vollen Inhalte nach aufgehoben“ und (Art. II) „die äußeren Rechtsverhältnisse der katholischen Kirche“ eben durch dieses Gesetz „geregelt“; wohl traten somit, wie das Gleiche schon mehrere Jahre früher durch verschiedene andere Gesetze bewirkt worden war, zahlreiche Kirchengesetze fortan außer Wirksamkeit; allein an der principiellen Anerkennung der kirchlichen Autonomie als einer vom Staate zugelassenen und kraft staatlicher Zulassung verbindenden Gesetzgebung wurde nichts geändert. Unverändert aufrecht blieb das Recht jeder gesetzlich anerkannten Kirche und Religionsgesellschaft, „ihre inneren Angelegenheiten“ selbständig zu ordnen und zu verwalten,<sup>176)</sup> und in Betreff der „äußeren Rechtsverhältnisse der katholischen Kirche“, die allerdings durch das cit. Staatsgesetz geregelt wurden, war auch dieses Gesetz selbst weit entfernt davon, eine exklusive Geltung in Anspruch zu nehmen, vielmehr verweist es in wichtigen Beziehungen auf die innerhalb der Staatsgesetze „geltenden kirchlichen Vorschriften“, „statutarischen Anordnungen“ u. s. w.,<sup>177)</sup> in anderen Beziehungen die Anwendung des staatlichen Ordnungsrechtes nach vorausgegangener Einvernehmung der Bischöfe in Aussicht stellend.<sup>178)</sup> Wurde hienach das Gebiet, auf welchem die Autonomie der Kirche frei walten mag, sehr bedeutend verengert,<sup>179)</sup>

(R. G. B. Nr. 41) §. 1: „Die Evangelischen des augsburgischen und helvetischen Bekenntnisses sind berechtigt, ihre kirchlichen Angelegenheiten selbständig zu ordnen, zu verwalten und zu leiten.“ §§. 5, 9: „Die von der Generalsynode beschlossenen Kirchengesetze bedürfen zu ihrer Gesetzeskraft unserer landesfürstlichen Bestätigung . . .“ §. 14. Dazu Min. Verordnung v. 9. April 1861 (R. G. B. Nr. 42), §§. 6, 7, 100 („Zum Wirkungsbereich der Generalsynode gehören: 1) die kirchliche Gesetzgebung . . .“), 108 und Bekanntmachung der von der Generalsynode beschlossenen Kirchenverfassung (23. Jänner 1866 Nr. 15) §§. 4, 6, 117.

<sup>175)</sup> Concordat Art. 35: „. . . und der Vertrag selbst wird . . . die Geltung eines Staatsgesetzes haben.“

<sup>176)</sup> Art. 15 des St. G. G. über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger. Vgl. Ges. 7. Mai cit. §. 14: „Die Erzbischöfe, Bischöfe und bischöflichen Vicare verwalten die inneren kirchlichen Angelegenheiten ihrer Diocesen nach den kirchlichen Vorschriften, insoweit diese nicht den Staatsgesetzen widersprechen.“ Erworben wird dieses Recht für Anhänger eines bisher gesetzlich nicht anerkannten Religionsbekenntnisses durch die von dem Cultusminister auf Grund des Gesetzes vom 20. Mai 1874 (R. G. B. Nr. 68) ausgesprochene Anerkennung derselben „als Religionsgesellschaft“. Vgl. die Vbg. v. 18. October 1877 (R. G. B. Nr. 99).

<sup>177)</sup> Ges. v. 7. Mai cit. §. 1: „Für die Befähigung zur Erlangung kirchlicher Aemter und Pfünden sind die Staatsgesetze und die innerhalb derselben geltenden kirchlichen Vorschriften, sowie in besonderen Fällen die Stiftungsurkunden maßgebend.“ §. 44: „Die Verwaltung des Bisthums-, Capitel- und Klostervermögens richtet sich unbeschadet des staatlichen Aufsichtsrechts . . . nach den diesfalls bestehenden statutarischen Anordnungen.“ §. 45: „Innerhalb der Grenzen der voranstehenden Bestimmungen verbleibt den Bischöfen . . . der ihnen nach den kirchlichen Vorschriften zukommende Einfluß auf die Verwaltung des . . . Kirchenvermögens, insofern diese kirchlichen Vorschriften den Staatsgesetzen nicht widersprechen.“

<sup>178)</sup> Ges. v. 7. Mai cit. §. 5 (Bestimmungen über den für Besetzung erledigter Canonicate und weltgeistlicher Seelsorgerpfründen auszuscheidenden Concurr), §. 24 (Abänderung der Stoltzordnungen).

<sup>179)</sup> Ges. cit. §. 16: „Die Bischöfe sind verpflichtet, ihre Erlässe . . . zugleich mit deren Publication der politischen Landesbehörde zur Kenntniznahme mitzutheilen.“ §. 17: „Findet die Regierung, daß einer den öffentlichen Gottesdienst betreffenden kirchlichen Anordnung öffentliche Rücksichten entgegenstehen, so hat sie dieselbe zu untersagen.“ Vgl. noch §. 28 ebda. — Am wichtigsten ist diesfalls unzweifelhaft die Thatsache, daß der

so kann doch an dem Fortbestand dieser Autonomie selbst nicht wohl ein Zweifel aufkommen. <sup>160)</sup>

Staat das Recht in Anspruch genommen hat, selbst und allein zu bestimmen, was zu den „inneren Angelegenheiten“ und was zu den „äußeren Rechtsverhältnissen“ gehöre — ein Grundsat, über dessen Richtigkeit und Zulässigkeit denn auch die Meinungen noch sehr getheilt sind. Vgl. Geßcken a. a. D. S. 8 f., 641 ff. Maassen a. a. D. S. 437 ff. <sup>160)</sup> Ihre privatrechtliche Bedeutung kann jedoch freilich, seitdem der Staat die Ehegesetzgebung an sich genommen hat, keine sonderlich erhebliche sein. Ueber Statuten kirchlicher Anstalten und Corporationen vgl. im Text die folgende Nummer. — Die Praxis hat begreiflicherweise wenig Anlaß gehabt, zu unserer Frage in jener Allgemeinheit, in welcher sie hier untersucht wird, Stellung zu nehmen. Doch läßt sich erkennen, daß sie im Allgemeinen bemüht war, die Geltung des Staatsgesetzes (des bürgerl. G. B.) auf jenen Gebieten aufrechtzuhalten, auf denen eine vage Fassung späterer gesetzlicher Bestimmungen (namentlich des Concordates) interessirten Parteien nahe lege, zu versuchen, ob Ansprüche sich als durchsetzbar erweisen würden, die nur unter der Voraussetzung als begründet erscheinen konnten, daß das bis dahin geltende Staatsgesetz geändert sei. So hat der oberste Gerichtshof (Sammlung I Nr. 474) es abgelehnt, aus Art. XIV des Concordates den Schluß zu ziehen, es könne der Schuldenarrest gegen einen Geistlichen nur dann verhängt und vollzogen werden, wenn der Executionsführer bei der bischöflichen Curie die Bestimmung eines Ortes für den Vollzug des Arrestes erwirkt habe. Die Versuche, Erbschaften, die (nicht fäcularisirten) Mitgliedern geistlicher Orden zugefallen wären, wenn diesen nicht ihre Eigenschaft als Professoren im Wege gestanden wäre, dem Orden selbst zu vindiciren, oder den Ordensmann selbst durch Dispens seiner Erbschaften zu lassen, wurden abgewiesen, und streng daran festgehalten, daß die Art. XXIX und XXXV des Concordates, wenn sie auch in Betreff der Erwerbsfähigkeit die Kirche und die geistlichen Gemeinden allen anderen Personen gleichgestellt haben, doch an jenen Staatsgesetzen nichts geändert haben, welche die Erwerbsunfähigkeit der Ordensmitglieder statuiren. „Das österreichische Concordat befreite die Kirche von der Herrschaft der weltlichen Gesetze in allen rein kirchlichen Sachen, d. i. in jenen Angelegenheiten, die sich auf Gegenstände der kirchlichen Lehre, des Cultus, der Sacramente beziehen. Ebenso mag das Dispositionsrecht der Kirche und der geistlichen Gemeinden über ihr Vermögen, das Recht der Verwaltung und Verwendung desselben nunmehr auch in Oesterreich nur dem Kirchengesetze unterliegen. Alle Fragen aber über die rechtliche Natur der Objecte des Kirchengermögens, über Erwerb und Besitz desselben gehören nach wie vor dem Privatrechte des Staates an, nach dessen Normen sie zu entscheiden sind, und in Betreff solcher nicht kirchlicher, sondern rein privatrechtlicher Fragen bleibt die Kirche und die geistliche Gemeinde dem allgemeinen Gesetze des Staates fortan unterworfen“. (Sammlung I Nr. 270 = Peitler Nr. 103 und 319. Sammlung VI Nr. 2815 und die ausführlichere Mittheilung dieses Rechtsfalles in der G. H. 1867 S. 377. Vgl. auch Comm. II S. 22 Note 17, S. 23 Note 19, 23). Gleichermassen wurde das Ansuchen eines Klosters, ihm das Vermögen eines mit Bewilligung des Pupillargerichtes in den Orden getretenen, nun großjährig gewordenen Professoren auszufolgen, in allen Instanzen zurückgewiesen (Sammlung XII Nr. 5396); vor Abschluß des Concordates und während der Dauer der auf diesem beruhenden Ehegesetzgebung wurde nicht bezweifelt, daß eine Ordensperson, so lange die Auflösung ihres Gelübdes nicht im ordnungsmäßigen Wege erfolgt ist, durch den eigenmächtigen Austritt aus dem Orden und den Uebertritt zu einer anderen (der evangelischen) Confession die Ehesfähigkeit keineswegs erlange (Peitler Nr. 17), und daß es ebenso auch bei dem mit höheren Weihen versehenen katholischen Geistlichen stehe, — eben weil es als feststehend angesehen werden konnte, daß im bürgerl. G. B. §. 63 die Begriffe: „höhere Weihen“ und „feierliche Gelübde“ als wesentlich kirchenrechtliche aus dem Kirchenrechte zu erklären seien; an dieser Auffassung hat der oberste Ger. H. auch in neuester Zeit festgehalten (s. die Entscheidung v. 16. Mai 1876 Z. 4663 in d. Jur. Blätt. 1876 Nr. 26 Beilage S. 323 ff.). In der Praxis hat aber auch die Anschauung bereits Geltung gefunden, daß der eigenmächtige Austritt eines Geistlichen aus der katholischen Kirche die Eigenschaft als Geistlicher aufhören mache und somit auch die Ehesfähigkeit gewähre, da das Gesetz nicht bestimme, „daß Jeder, welcher die höheren Weihen empfangen hat, nicht mehr berechtigt sei, eine Ehe zu schließen,“ sondern das Hinderniß nur auf Geistliche beschränkte, nirgends aber bestimmt sei, daß wer die höheren Weihen empfangen habe, „für immer ein Geistlicher bleibe.“ (Entsch. des Prager Landesgerichtes v. 4. November 1876 Nr. 33553 in den Jur. Blätt. 1876 Nr. 48 S. 595. Irrelevant für unsere Frage ist die Entscheidung in Sammlung XIII Nr. 5904, da die Motive ein anderes Moment als das durchschlagende ansehen.) Die gleiche Tendenz, das Staatsgesetz gegenüber religiösen Anschauungen zu wahren, denen das Gesetz nicht nachgeben will, zeigt die Entscheidung in

4) Während die Redactoren des bürgerl. Gesetzbuches den vieldeutigen<sup>181)</sup>

Sammlung XIII Nr. 5807, in welcher der Anspruch, die Cerimonie der sogen. Chaliza zu vollziehen, zurückgewiesen wurde, obwohl er nicht auf die israelitischen Ritualgesetze, sondern auf eine schriftliche Urkunde gestützt wurde, in welcher sich der Beklagte ausdrücklich verpflichtet hatte, diese Ceremonie über sich ergehen zu lassen. Dem „an der Wahrheit und Natur der Chaliza, da sie eine kirchlich-rituelle Ceremonienhandlung ist, wurde hiedurch nichts geändert . . . Seit 1812 ist in dieser Richtung das a. b. G. B. maßgebend . . . Durch §. 125 . . . ist sogar zwischen der Klägerin und dem geklagten Bruder ihres Mannes ein öffentliches Ehehinderniß aufgestellt, so daß die Chaliza zur Constaturung des Willens des Geklagten, die Klägerin, welche er ohnehin nicht heirathen darf, nicht ehe-lichen zu wollen, mindestens zwecklos ist. Dazu kommt . . . St. G. G. v. 21. December 1867 R. G. B. Nr. 142 Art. 14 . . . wobei kein Unterschied zu machen ist, ob man sich dazu etwa durch eine besondere Urkunde verbunden hat oder nicht.“ Diese Entscheidungen des obersten Ger. S. verdienen unseres Erachtens volle Zustimmung. Dagegen stehen nicht alle von ihm gefällten, das Kirchstuhlrecht betreffenden Entscheidungen mit einander im Einklang. Die meisten zwar harmoniren mit dem vom Reichsgericht neuestens zur Anwendung gebrachten Rechtsatz (Sye Sammlung III Nr. 124; vgl. die ausführliche Mittheilung des Falles in Samitsch's Oesterr. Ztschft. f. Gesetg. und Rechtsprechung auf dem Gebiete der Berv.-Rechtspflege I 1877 S. 175 ff.): „Die Bestimmung darüber, in in irgend einer Kirche einzelnen Parochianen besondere Kirchenstühle . . . zugewiesen werden mögen und sollen, sowie die Vertheilung der Kirchenstühle und alle übrigen Verwaltungsmaßregeln betreffs derselben gehört . . . grundsätzlich zur kirchlichen Amtsgewalt. Streitigkeiten jedoch, die darüber entstehen, ob Jemand einen Kirchenstuhl durch einen Privatrechtstitel erworben hat, gehören zur Competenz der Gerichte.“ Vgl. in ersterer Richtung: Sammlung XIII Nr. 5876 (Bestimmung der Plätze für die einzelnen Bestuhle „mit Rücksicht auf den jeweiligen Kirchenbesuch und auf die ungestörte Ausübung der gottesdienstlichen Functionen . . . selbstverständlich nur den zur Aufrechthaltung der kirchlichen Disciplin und Ordnung berufenen Organen überlassen“ . . .); in letzterer Richtung: Sammlung II Nr. 771 (Execution auf einen Kirchenstuhl in einer Synagoge zugelassen), VII Nr. 3412 (Zulassung der Geltenmachung des ausschließlichen Besitz- und Benutzungsrechtes von drei Kirchenstuhlplätzen als eines Zubehörs einer im Executionswege eingantworteten Eigenschaft durch Klage bei den ordentlichen Gerichten, XI Nr. 4982 (Störung im Besitz eines Kirchenstuhles durch Verkauf desselben Seitens der Kirchenorgane wegen Weigerung des Besitzers, einen erhöhten Sitzgroßchen zu bezahlen: Zulassung der Besitzförderungsklage), XIII Nr. 5861 (dem vorigen ähnlicher Fall). Vgl. noch die in dieser Note mitgetheilten Motive der Entscheidung in Sammlung I Nr. 270. — In Sammlung VI Nr. 3215 aber wurde entschieden, daß Verhandlung und Entscheidung darüber, ob der Käufer eines Kirchenstuhls von dem verkaufenden Dechant die Einräumung des Kirchenstuhls verlangen könne, nur den Behörden zustehe, „die über Kirchendisciplin und Kirchenverwaltung zu entscheiden haben“; und bei den unteren Instanzen lehrt in mehreren der eben allegirten Rechtsfälle die letztere Anschauung wieder, dadurch motivirt, es handle sich bei der Kirchstuhlfrage um eine interne Angelegenheit der Kirche und um eine Sache, die nicht im Verkehr stehe. — Für verfehlt halten wir die Entscheidung in der Sammlung VIII Nr. 3765: eine erst nach dem Wirksamwerden des Ehegesetzes vom 25. Mai 1868 nach §. 21 der Anweisung für die geistlichen Gerichte in Ehefachen (Anhang II des Pat. vom 8. October 1856 R. G. B. Nr. 185) erteilte päpstliche Nachsicht war unseres Erachtens von den weltlichen Gerichten nicht mehr als maßgebend anzusehen; wie denn auch in den Motiven dieser Entscheidung in einem Athem (richtig) betont und (unrichtig) negirt wird, daß §. 21 cit. eine gültig eingegangene Ehe voraussetzt, und ein unausschließliches Schwanfen zwischen den Rechtsbegriffen des bürgerl. G. B. und denen des canonischen Rechtes unverkennbar ist. Die richtige Entscheidung hätte in dem Abgehen auf das zweite Petit (Nichtigterklärung der Ehe wegen Impotenz) bestehen müssen. Ebenso halten wir die Geneigtheit der Gerichte (Sammlung VIII Nr. 3654, 3680), von den geistlichen Gerichten erkannte zeitweilige Scheidungen von Tisch und Bett als immerwährende zu behandeln, im Widerspruch mit dem Ehegesetz von 1868. Dessen Art. IV §. 1 steht mit ib. §. 3 nur dann im Einklang, wenn man den ersteren dahin versteht, es sei fortan auf Trennung und Scheidung einer vor Wirksamkeit dieses Gesetzes geschlossenen Ehe nur nach den Bestimmungen des bürgerl. G. B. und nach den im gegenwärtigen Gesetze getroffenen Anordnungen zu erkennen — sonst wäre nicht abzusehen, wo die Rechtskraft der unter der Geltung des Patentes vom 8. October 1856 ergangenen Entscheidungen bliebe, die ja doch unverändert bleiben sollte. Vgl. auch Sammlung VIII Nr. 3721.

<sup>181)</sup> Wer noch heut den Namen Statuten-Collision zur Bezeichnung der Lehre vom sogen. internationalen Privatrecht braucht, umfaßt mit dem Ausdruck Statuten auch das Gesetzes- und Gewohnheitsrecht, so wahr es auch ist, daß jene Bezeichnung ursprünglich

Ausdruck Statuten in einem ganz eng begrenzten Sinne gebrauchten (oben Note 127), versteht von jeher der juristische Sprachgebrauch<sup>182)</sup> unter Statuten entweder alle Producte autonomischer Rechtssetzung im Gegensatz der von der höchsten Gewalt im Staate ausgehenden Gesetze,<sup>183)</sup> oder — und dies ist der herrschende Sprachgebrauch — man nennt Statuten insbesondere die autonomen Satzungen der (öffentlichen wie Privat-) Corporationen und Vereine der verschiedensten Art<sup>184)</sup> [z. B. Universitäten,<sup>185)</sup> kirchliche Orden und Congregationen,<sup>186)</sup> Zünfte und sonstige gewerbliche Genossenschaften,<sup>187)</sup> freigewillkürte Vereine der verschiedensten Art<sup>188)</sup>]. Dieser Sprachgebrauch ist auch in der österreichischen Legislation vollauf anerkannt, in älteren, wie in den derzeit geltenden Vereinsgesetzen. Das eine der letzteren<sup>189)</sup> definiert die (Vereins-) Statuten geradezu als die „vorhinein verabredete Gesellschaftsregel“.

Wesen und juristische Bedeutung der Statuten in diesem Sinne sind, so

nur die Collision der Particular- und Localrechte im Auge hatte. Vgl. unten bei §. 34 Befeler Syst. 3. Aufl. §. 26, Bar Das internat. Priv. u. Strafr. S. 6 f., Stobbe Handb. I S. 174. In ganz anderem Sinne spricht man davon, Frankreich habe vor der Codification Länder des statutarischen (= ungeschriebenen) und des geschriebenen Rechtes umfaßt u. s. w. Vgl. überhaupt Majer Auton. S. 220 ff.

<sup>182)</sup> Leyser medit. spec. VIII §. 1: *Civitates municipales et collegia non leges sed statuta conduunt*. Kreittmayr Num. I S. 83. Preuß. R. N. Einl. §. 2: „Statuten einzelner Gemeinheiten und Gesellschaften“ Säch. G. B. §. 29: „Statuten, Hausgesetze und Familienverträge . . . gehen den allgemeinen bürgerlichen Gesetzen vor.“<sup>183)</sup> Befeler a. a. D. bei Note 2: „Ein Statut war ihnen jede Satzung außerhalb des gemeinen Rechts.“ Eben in diesem Sinne spricht man auch von Provinzial- und Familienstatuten. — Die Gegensetzung im Text verwirrt Bruns in Holtendorff's Encycl. (2. Aufl.) I S. 320. Er will den Begriff des Gesetzes so weit fassen, daß er jede Satzung des objectiven Rechtes, also auch die Autonomie der Gemeinden und Corporationen umfaßt.

<sup>184)</sup> Note 182. Befeler a. a. D. bei Note 5. Stobbe I S. 115 f. „Den rein privatrechtlichen, mit dem Staat in keinem Zusammenhange stehenden Genossenschaften“ will freilich Stobbe S. 125 die Autonomie abprechen. Ebenso Böhlau S. 347.

<sup>185)</sup> Vgl. z. B. über das der Wiener Universität a. 1384 eingeräumte ius statuendi Rink Gesch. der k. Univ. zu Wien I, 1 S. 29 f., II Nr. 11 S. 72 f. Aschbach Gesch. der Wiener Univ. im ersten Jahrh. ihres Bestehens S. 41 ff. Die Statuten der Universität und der einzelnen Facultäten bei Rink II Nr. 12—15. Ueber die (ohne Aufhebung der schon bestehenden Statuten, vgl. Gesetz v. 27. April 1873 N. G. B. Nr. 63 §. 19) durch a. h. Entschließung vom 30. Mai 1832 (Verordnung der Stud. Hof-Comm. v. 30. Juni 1832) erfolgte Beseitigung dieses ius statuendi „weil (es) der bestehenden Gesetzgebung widerspreiten“ würde — Rink I S. 624 ff. und Note 840. Damit hat aber die Corporationsqualität der Universitäten und ihrer Facultäten keineswegs aufgehört, vielmehr ist dieselbe noch neuestens gesetzlich anerkannt worden: Gesetz von 1873 cit. §. 23 a: „Vermögen . . . der Facultät oder Universität.“ Vgl. Lemayer Die Verwaltung der österr. Hochschulen von 1868—1877, Wien 1878 S. 50 f. (Das Recht, unter Genehmigung des Unterrichtsministers Geschäftsordnungen aufzustellen — §. 22 Gesetz cit. — ist hier ohne Interesse.)

<sup>186)</sup> Gesetz vom 7. April 1874 N. G. B. Nr. 50 §. 31: „Für die äußeren Rechtsverhältnisse der . . . kaiserlichen Genossenschaften sind die für solche Genossenschaften überhaupt geltenden besonderen Bestimmungen“ (die freilich nicht ausschließlich in Statuten enthalten sind) „maßgebend.“

<sup>187)</sup> Gierke Genoss. R. I S. 360, 396 f. Ueber die Beschränkungen der Autonomie der Zünfte in Oesterreich seit den dreißiger Jahren des 18. Jahrh. vgl. Marchet in Samitsch's Oesterr. Ztschr. f. Gesetzgebung und Rechtsprechung auf dem Gebiete der Verwaltungs-Rechtspflege II S. 3 ff. (die Zunftgeneralien) und unten Note 215.

<sup>188)</sup> Bähr Rechtsstaat S. 33: „Es kann auch eine Genossenschaft ihr besonderes, nur für sie geltendes Recht besitzen. Gewillkürte Genossenschaften pflegen sofort mit einem solchen in's Leben zu treten, welches in dem Grundgesetz oder Statut seinen Ausdruck findet.“

<sup>189)</sup> Pat. v. 26. Nov. 1852 Nr. 253 §. 1, vgl. §§. 21, 24 b ebd. (Wörtlich übereinstimmend schon das Hoff.-Decr. v. 5. Nov. 1843 J. G. S. Nr. 763 §. 2.) Das neueste Vereinsgesetz vom 15. Nov. 1867 Nr. 154 setzt den Begriff der Statuten als bekannt voraus und unterläßt es daher, ihn zu definiren.

wenig man darüber einig ist, in unserer Literatur eingehend noch nicht untersucht worden. Von den älteren Schriftstellern über das Gesetzbuch hat wohl keiner vollständiger und treuer den Sinn jener Theorie getroffen, welche die Redactoren recipiren wollten, indem sie die Statuten eines Vereines als Verträge dachten und bezeichneten, als Wagner;<sup>190)</sup> allein seinen Ausgangspunkt kann die moderne Jurisprudenz nicht als den ihrigen erkennen; denn dieser sein Ausgangspunkt liegt in dem Sage:<sup>191)</sup> „Positive Gesetze . . . sind . . . entweder vertragsmäßige oder oberherrschastliche Gesetze“ . . . und es „muß auch jedes oberherrschastliche, zwar nicht zunächst, aber doch zuletzt (aus den Grundverträgen) ein vertragsmäßiges sein,<sup>192)</sup> wenn man nicht zugeben will, daß auch Anmaßungen eines Despoten, die sich nicht auf Grundverträge zurückführen lassen, Gesetze seien.“ Die späteren Commentatoren<sup>193)</sup> begnügen sich in unserer Lehre mit wenigen theils vagen, theils unrichtigen Sätzen. Unger<sup>194)</sup> endlich leugnet ganz und gar, daß die Autonomie in Oesterreich noch Entstehungsgrund von Privatrechtsnormen sei; er anerkennt nur einerseits Privilegien, welche Corporationen, wie anderen Personen, ertheilt sein können, und andererseits die sogen. Privatautonomie,<sup>195)</sup> „das Recht der Corporationen und Gesellschaften, sowohl ihre inneren Verhältnisse, als ihre concreten Beziehungen zu dritten Personen durch freie Vereinbarung ihrer Mitglieder zu normiren.“ Diese Privatautonomie schafft aber keine objective Rechtsnorm, „und wird an diesem Charakter auch dadurch nichts geändert, daß solche Normen . . . statuta conventionalia . . . unter Umständen einer Vorlage an die Regierung und einer Genehmigung seitens derselben bedürfen.“

So grundverschieden diese Lehren auch sind, äußerlich kommen sie in dem Einen überein, daß sie den Vertragscharakter<sup>196)</sup> der Statuten stark betonen.

<sup>190)</sup> Das Quellenverhältniß des bürgerl. G. B. zu den besonderen Zweigen . . . des Privatrechts. §§. 3, 4. Statuten sind ihm Normen, „welche ihren Verbindlichkeitsgrund zunächst in einem Verträge oder in dem Willen des Oberhauptes eines Privatvereines haben“; der damals herrschenden Lehre anhängend, die Kirche sei weiter nichts, als „eine Gesellschaft, deren Endzweck darin besteht, Gott auf eine und dieselbe Weise zu verehren“, und alle „bedingten Gesellschaften“ seien nur Theile des Staates (Martini Lehrbegriff III §. 206, 51), sieht Wagner (§§. 60, 71) auch den „Inbegriff aller in Kirchenfachen erlassenen Kirchenanordnungen“, insbes. „das gemeine Kirchenrecht im ganzen Umfange“ („in rein geistlichen Gegenständen“) „als bloße Statute der Kirchengesellschaft“ an. Den Unterschied der Staatsgesetze und der Statuten bestimmt er so: „Unter den Staatsregierungsgesetzen stehen die Staatsunterthanen als solche; unter Statuten aber die verbundenen Glieder als Glieder einer Privatgesellschaft. Jene verbinden, weil sie der Wille des Staatsoberhauptes, diese aber, weil sie entweder der übereinstimmende Wille aller Glieder, oder der Ausspruch des gesellschaftlichen Privatoberhauptes sind.“ Daher kann der Regent als solcher ein Statut schlechterdings nicht erlassen, sondern die im Staate bestehenden Gesellschaften nur durch seine Gesetze verbinden. Und umgekehrt: „Ein Statut wird auch dadurch noch nicht zum Regierungsgesetz, daß dessen Giltigkeit von der landesherrlichen Bestätigung abhängt. Denn diese Bestätigung fließt nicht aus dem Gesetzgebungsrecht des Regenten, sondern aus dem obersten Inspectionrechte desselben, und nur aus dem ersteren können Regierungsgesetze fließen. Auch kann diese Bestätigung selbst nicht als Gesetz angegeben werden, weil es auch nach der Bestätigung noch immer von der Gesellschaft abhängt, ob sie dieses bestätigte Statut wirklich einführen will.“ Vgl. noch §. 79, wonach der „Inbegriff der Statuten einer Privatgesellschaft, einer Zunft oder Zünung . . . dem Vertragsrechte angehört“.

<sup>191)</sup> Quellenverhältniß §. 2.

<sup>192)</sup> Vgl. Martini III §. 28 ff. und §. 81 unter Berufung auf L. 1 D. de leg. 1, 3.

<sup>193)</sup> Vgl. z. B. Winiwarter I S. 93 f.; Stubenrauch (1. Aufl.) I S. 103, 145 B. 6.

<sup>194)</sup> System I S. 32 f.

<sup>195)</sup> Darüber bes. Wilda a. a. D. S. 545 ff.

<sup>196)</sup> Soweit nicht in den Statuten ein — meist von der gesetzgebenden Gewalt ertheiltes — Privilegium enthalten ist.

Die ältere dieser Lehren denkt sich aber den Vertrag als Entstehungsquelle objectiven,<sup>197)</sup> die neuere nur als Entstehungsgrund subjectiven Rechtes. Wir halten beide für nicht zutreffend; und so gewiß die ältere Lehre dem bürgerl. Gesetzbuche zu Grunde liegt, so ist sie doch schon in der späteren österr. Gesetzbuchgebung weder dem Ausdrucke, noch der Sache nach consequent festgehalten.<sup>198)</sup>

Das einzige Argument, das sich zu Gunsten des Vertragscharakters der Statuten vorbringen läßt, liegt in der Thatfache, daß Statuten oft durch den übereinstimmenden Willen mehrerer Personen zur Entstehung gelangen, daß diese Personen fortan als Mitglieder an dem unter der statutarischen Regel stehenden Organismus theilnehmen, und daß auch weiterhin die später Eintretenden sich allen statutarischen Bestimmungen ausdrücklich oder stillschweigend zu unterwerfen pflegen, wie denn endlich auch dritte Personen, die zu diesem Organismus in gewisse rechtliche Beziehungen treten, sich nicht selten einzelnen in den Statuten festgesetzten Normen ausdrücklich unterwerfen. Allein diese Momente treffen für's erste keineswegs überall vollständig zu; es ist vielmehr sehr wohl möglich, daß Statuten<sup>199)</sup> entstehen und gelten, die gar nicht von einer Personenmehrheit, sondern von einem einzigen Vereinsgründer ausgegangen sind, bei denen also zum mindesten der Vorgang ihrer rechtsgiltigen Entstehung nichts Vertragsmäßiges aufweist.<sup>200)</sup> Sodann aber auch angenommen, es seien die Statuten von einer

<sup>197)</sup> Daß es so gemeint war, darüber läßt schon die Einreihung der Lehre von den Statuten unmittelbar nach der von den *leges* keinen Zweifel aufkommen. Vgl. insbes. Leyer a. a. D. §. 1: „... *statuta* . . . tamen in eo a lege proprie dicta differunt, quod non ex voluntate superioris, sed ex pacto et conventione auctoritatem suam accipiunt.“ Martini II §. 383: „Die Gültigkeit der Verträge hängt von dem Willen der Contrahirenden ab; . . . die Gesellschaft . . . kann . . . die gesellschaftlichen Gesetze aufheben, abändern, andere an deren Stelle geben, und so find zwar die einzelnen Gesellschafter an die Gesetze gebunden, aber die ganze Gesellschaft nicht.“

<sup>198)</sup> Vgl. Hoff.-Decr. 22. Jänner 1818 J. G. S. Nr. 1408: Die „Glieder des priesterlichen Malteser-Ordensconventes“ haben „bei ihren Ordensgelübden zu verbleiben“ und sind „in Ansehung ihres Nachlasses an die Gesetze des Ordens . . . gebunden“. Pat. 28. Juni 1840 J. G. S. Nr. 451 §. 11: „Dispensation von den Ordensgesetzen.“ Min. Erl. v. 13. Juni 1858 (unten Note 204): „Ordensvorschriften.“ Zu der „ersten Codification des österr. Vereinsrechts“ (Hugelmann Studien zum österr. Vereins- und Versammlungsrechte 1879 S. 5) dem Hoff.-Decr. 6. August 1840 J. G. S. Nr. 462 heißt es §. 6: „Die Gesellschaften kommen . . . im Wege eines von den Mitgliedern unter sich vorläufig verabredeten Vertrages, oder durch bloßen Beitritt zu einem vorläufig oder nachträglich verfaßten Statut zu Stande (pacificirte und statutarische Gesellschaften).“ Das Hoff.-Decr. 5. Nov. 1843 Nr. 763 (die zweite Codification des österr. Vereinsrechts) macht entschieden den Eindruck, als erschienen ihm die Statuten als objectiv Rechtssätze (vgl. z. B. §. 7: „Vereinsstatuten“, §. 16: „Normen in den Statuten“, §. 18 deutet die Statuten als fallend unter die durch die Bewilligung des Vereins vorgezeichneten Bestimmungen“) und §. 19 stellt sie neben die bürgerlichen Gesetze, enthält aber keine Spur der Vertragstheorie. Das Nämlche gilt von dem Vereinsgesetz vom 17. März 1849 C.-B. Nr. 171, und den derzeit in Geltung stehenden Vereinsgesetzen vom 26. Nov. 1852 und 15. Nov. 1867. Das erstere stellt sogar ausdrücklich und wiederholt (§§. 8, 9, 12 c) Verträge und Statuten neben einander. — Ueber Art. 208 J. G. B., welcher seinen Worten nach Gesellschaftsvertrag und Statut identificirt, vgl. Jur. Blätter 1873 Nr. 23.

<sup>199)</sup> Statuten — nicht etwa bloß Entwürfe solcher. Darüber, daß die Statutenentwürfe, die behufs Gründung von Actienvereinen vorgelegt werden, in der Praxis regelmäßig auch äußerlich nichts an sich haben, was auf den Vertragscharakter hinwiese — vgl. Jur. Blätter a. a. D. S. 271.

<sup>200)</sup> So die Statuten so mancher kirchlicher Orden, die vom Monarchen geschaffenen Statuten von Verdienstorden, vgl. z. B. Cod. Austr. V S. 1289 (Maria-Theresienorden v. 12. Dec. 1758): „durch Unseren Ordenskanzler . . . Statuten und Satzungen entwerfen lassen . . . und aus großmüthiger Macht und Vollkommenheit . . . beguehmet;“ Cod. Austr. VI S. 572 (Statuten des Stephansordens v. 6. Mai 1764); Statuten des Franz-Josephsordens, kais. Pat. v. 2. Dec. 1849 (R. G. B. Nr. 26), und 25. Dec. 1850 (R. G. B. 1851 Nr. 24); Patent v. 3. Nov. 1841 J. G. S. Nr. 569: „ . . . sind von

Mehrheit von Personen in übereinstimmender Willenserklärung aufgestellt, so folgt daraus noch immer nicht, daß in dem Act ihrer Aufstellung ein Vertrag gelegen sei. Denn es handelt sich dabei nicht „um die Begründung, Aenderung oder Aufhebung eines Rechtsverhältnisses der Mitstifter zu einander, noch überhaupt zunächst um ein Rechtsverhältniß . . ., sondern vielmehr um die Schaffung eines neuen Rechtssubjectes“, <sup>201)</sup> bzw. um die Umgestaltung eines solchen, daher den Hauptinhalt von Vereinsstatuten immer die Aufstellung der Verfassung des Vereines bildet. Die Willenserklärungen, die, wenn auch übereinstimmend, ihren Ausdruck in dem Statut finden, schließen sich also nicht zu einem Vertrage zusammen. Wohl pflegt aber daneben ein obligatorischer Vertrag einherzugehen, durch welchen sich die Stifter verpflichten, für die Errichtung des beabsichtigten Vereines zu wirken, allein dieser Vertrag ist kein Bestandtheil der Statuten, und die letzteren werden Satzungen des Vereines „nicht durch Vertrag, sondern dadurch, daß die Gesellschaft auf deren Grundlage constituirt worden ist“. <sup>202)</sup>

der Landtagsversammlung in . . . Galizien und Lodomerien . . . die Statuten der gedachten (galizisch-ständischen) Credit-Anstalt entworfen worden;“ oder man denke (Sparcassenregulativ 26. Sept. 1844 Z. G. S. Nr. 832 §. 3) an die von Gemeinden errichteten Sparcassen, bei denen Voraussetzung der Errichtung gewiß nicht ein Vertrag, sondern ein „giltig zu Stande kommender, die ganze Gemeinde verpflichtender Beschluß“ ist — ein Beschluß eben dieser Einen, juristischen Person.

<sup>201)</sup> Renaud Das Recht der Actiengesellschaften (2. Aufl.) S. 300. (Vgl. auch, auf anderem Gebiete, das oben Note 176 cit. Gef. v. 20. Mai 1874 §§. 1—3, 6) — Welcher Art sollte auch der Vertrag nur sein, durch welchen das Statut angeblich entstehen soll? Ein obligatorischer? Man müßte die Frage vom Standpunkt der älteren Doctrin aus wohl bejahen, wenn die letztere überhaupt präcis zwischen den verschiedenen Arten der Verträge unterschieden und nicht vielmehr von einem Vertragbegriff ausgegangen wäre, der bald bloß auf einen nicht weiter bestimmten Consens hinauslief (Martini II §. 360; vgl. Schloßmann Vertrag S. 57 f.), bald aber den Vertrag exclusiv nur als Vertrag des Obligationenrechtes kannte (Martini II §. 148, Höpfner Comm. s. 732, a. b. G. V. S. 861), wobei denn freilich in die Augen springt, daß es wohl nie Statuten gegeben haben dürfte, deren Bestimmungen sich sammt und sonderß als Punkte eines obligatorischen Vertrages denken ließen. Wenn aber dieser Vertrag kein obligatorischer ist, so wird auch damit kaum etwas gewonnen sein, daß man ihn „eher einen Subjectionstrag“ nennt (Bähr Rechtsstaat S. 33; vgl. Martini III §. 28 ff.) Denn wo bleiben die juristisch faßbaren Paciscenten, wenn „das Eigenthümliche“ dieses Vertrages darin liegt, „daß der juristische Factor, dem sich die Einzelnen unterwerfen, erst durch den Vertrag selbst geschaffen wird, und in einer personificirten und organisirten Idee besteht“? (Bähr a. a. D.; vgl. auch Stobbe I S. 125.) Selbst wenn wir diesen Factor schon als geschaffen, den Verein als bestehend denken — also selbst für die dem Verein erst später beitretenden Mitglieder — möchte die „Unterwerfung“ nicht als ein selbständig in Betracht kommendes Moment zu denken sein. Wohl scheinen die Vereinsgesetze von 1843 §. 2 b und 1852 §. 1 a die Unterwerfung „unter die gesellschaftliche Regel“ als Voraussetzung des Eintritts in den Verein zu denken. Aber das möchte kaum genau sein; das Entscheidende ist vielmehr der Beitritt zum Verein, damit ist das Mitglied von selbst auch dessen Statuten unterworfen — so wie man durch Erlangung der Staatsbürgerschaft den Gesetzen des Staates unterworfen wird. Wohl spricht auch in den Fällen der letzteren Art unsere Gesetzgebung noch von einem „Aufnahmevertrag“ (Hofz. v. 31. Mai 1831 bei Michel Handb. Nr. 57; allein wie wenig dieser Vertrag wesentlich sei, um die angegebene Wirkung hervorzubringen, ergibt sich von selbst daraus, daß man die Staatsbürgerschaft erlangen und den Staatsgesetzen unterworfen werden kann auch ohne jeden Willensact (Geburt). Und wie der Staatsbürger den Gesetzen, so ist das Vereinsmitglied den Statuten unterworfen, auch wenn es deren Inhalt gar nicht kennt, oder ihn irrigerweise für einen anderen hält, als der er wirklich ist. Und auch das ist nicht richtig, wenn „man sagt: die neu in die Corporation Eintretenden schließen durch ihren Eintritt einen stillschweigenden Vertrag mit den in der Corporation Befindlichen ab. Wie aber, wenn die in der Corporation Befindlichen von dem Eintritt des neuen Mitgliedes nichts wissen? Man mußte hier doch dem Begriff des stillschweigenden Vertrages mehr zu, als er leisten kann.“ Windscheid §. 19 Note 4. Wilda S. 545 f.: „Der Vertrag . . . geht hier gewissermaßen über seine Sphäre hinaus“; und s. noch Brinz I. Aufl. S. 1016.

<sup>202)</sup> Renaud S. 301.

Und wenn Actienzeichnungen auf Grund eines Prospectes stattfanden, der nur einen Theil der Satzungen des projectirten Vereines enthält, so ist es gar nichts Unerhörtes, daß die künftigen Actionäre durch einen Majoritätsbeschluß die Statuten vervollständigen.<sup>203)</sup> Nach alledem sind die Vereinsstatuten, was ihre Entstehung anbelangt, nicht auf einen Vertrag zurückzuführen; weder auf einen Vertrag der Mitglieder oder künftigen Mitglieder unter einander, noch auf einen Vertrag der Mitglieder mit dem künftigen Verein;<sup>204)</sup> sondern das Gesetz erlaubt ihnen unter gewissen Voraussetzungen (Genehmigung des Vereines und seiner Statuten, Nichtuntersagung desselben innerhalb einer gewissen Frist seitens eines bestimmten staatlichen Organs), Normen, die sich innerhalb der durch allgemeine und besondere Gesetze gezogenen Schranken bewegen,<sup>205)</sup> durch ihre Anerkennung als Vereinsnormen wirklich zu solchen zu gestalten.

So wenig nach ihrer Entstehung, so wenig tragen die Statuten Vertragscharakter auch nach ihrem eigenen Inhalt. Das ist zunächst soweit unbestritten und unbestreitbar, als Statuten nicht selten Bestimmungen enthalten, die sich als Privilegien, namentlich als von der gesetzgebenden Gewalt erteilte Privilegien<sup>206)</sup> darstellen. Wohl gehen der Ertheilung solcher Privilegien oft genug vertragsartige Unterhandlungen und Einigungen (z. B. zwischen der Regierung und dem schon bestehenden Verein) voraus, aber diese Einigungen sind nicht das Statut, sondern bilden nur den Anlaß der Verleihung der fraglichen Elemente desselben, das Statut selbst kommt zu Stande durch einseitigen Act der Gesetzgebung, und solche Statuten bedürfen unzweifelhaft auch, wie andere durch Gesetz verliehene Privilegien, der Publication durchaus nach den gewöhnlichen Regeln.<sup>207)</sup>

<sup>203)</sup> Renaud S. 302 ff.

<sup>204)</sup> Wo dagegen ein mit dem Verein in rechtliche Beziehungen tretender Dritter sich einzelnen statutarischen Bestimmungen unterwirft, steht nichts im Wege, diese Unterwerfung als eine vertragsmäßige zu denken.

<sup>205)</sup> Vgl. schon Vereinsgesetz von 1840 §. 11 c: „... ist zu untersuchen, ob die projectirten Statuten keine Bestimmungen enthalten, welche den bestehenden Gesetzen entgegen sind.“ Vgl. Gesetz von 1843 §. 11 d; 1852 §. 14 c; 1867 §§. 6, 10.

<sup>206)</sup> Vgl. z. B. die Statuten der bei der österr. Nationalbank errichteten Abtheilung für den Hypothekar-Credit vom 20. März 1856 R. G. B. Nr. 36 und dazu Sammlung V Nr. 2432, VI Nr. 3029, VII Nr. 3509, IX Nr. 4108; Statuten der österr.-ungar. Bank, publicirt als „integrierender Bestandteil“ des Gesetzes v. 27. Juni 1878 Nr. 66; Privilegien der allgem. österr. Bodencreditanstalt im Min. Erlaß (Nothverordnung) vom 1. Juni 1864 Nr. 49, dazu Sammlung Nr. 2757; in Statuten von Landesversicherungsanstalten findet sich die Bestimmung, daß die wechselseitigen Brandversicherungsbeträge nach Art der Landesumlage einzubehalten seien, was auch die Bedeutung hat (Sammlung IX Nr. 4187, vgl. VII Nr. 3296, aber auch XIII Nr. 5731), daß sie als Vorzugspost zu behandeln sind; Statuten der galizisch-sländischen Creditanstalt (Pat. 3. Nov. 1841 Z. G. S. Nr. 569) §. 11: „Die einzelnen Zinsraten werden erst in 30 Jahren verjährt;“ Pat. vom 28. Juni 1840 (Z. G. S. Nr. 451) Einleitung: „... sind die Statuten des (deutschen) Ordens mittelst einhelligen Beschlusses seines Großcapitels erneuert und durch mehrere... Aenderungen und Zusätze näher bestimmt worden. Wir haben... den auf solche Art errichteten neuen Statuten unsere landesfürstliche Genehmigung erteilt, und wollen, um diejenigen Verfügungen derselben, welche sich auf die staats- und privatrechtlichen Verhältnisse des Ordens und seiner einzelnen Mitglieder beziehen, zur allgemeinen Kunde und Nachachtung zu bringen, hiermit Folgendes verordnen: ...“ (folgt eine Reihe von Bestimmungen, deren mehrere wichtige Privilegien enthalten). Vgl. Renaud S. 210 ff.

<sup>207)</sup> Unsere Gesetzgebung hat das, wie die Allegate der vorigen Note zeigen, auch wirklich so gehalten. Und zwar sind bald die Statuten nach ihrem vollen Inhalt als Gesetz publicirt worden (z. B. die der Nationalbank), auch soweit sie nicht privilegienartig sind, bald (so bei der Bodencreditanstalt) nur ein Auszug aus den Statuten, der nur die „über die bestehenden allgemeinen Justizgesetze hinausgehenden Bestimmungen“ enthielt. Während aber die solchen citirten Bestimmungen und das Patent v. 3. Nov. 1841 (Nr. 569) Gesetz (Ministerialerlaß) und Statuten (Statutenauszug) äußerlich trennen, ist im Patent v. 28. Juni 1840 dasjenige, was von den Statuten des deutschen Ordens zur Publication gelangt, in den Inhalt des Gesetzes selbst aufgenommen („Wir... wollen... hiermit

Aber auch im Uebrigen enthalten Statuten sehr oft Bestimmungen staats-<sup>208)</sup> wie privatrechtlicher Natur, die durch ein Uebereinkommen von Privatpersonen entweder schlechthin nicht,<sup>209)</sup> oder wenigstens durch ein Uebereinkommen dieser Vereinsmitglieder<sup>210)</sup> rechtswirksam nicht vereinbart werden könnten. Noch andere Bestimmungen sind so gear tet, daß sie zwar als durch Vertrag vereinbart gedacht werden können, ihre Behandlung als rein vertragsmäßige aber eine verfinstelte und unangemessene wäre, oder geradezu zu unrichtigen Ergebnissen führen würde.<sup>211)</sup> Durchaus entscheidend ist aber, daß den Statuten in so manchen

Folgendes verordnen“), und der weitere Inhalt der Statuten gelangt gar nicht zur Veröffentlichung. — Uebereinstimmend mit dem Text die Praxis der Gerichte: Sammlung XI Nr. 5533, 5534. Hier findet sich unter den Gründen der Abweisung eines Anbringens öffentlicher Geldinsstitute auch der, „daß eine solche allgemeine Delegation nicht einmal in den angeführten Statuten der Anstalten eine Begründung findet, und diese, wenn gleich vom Ministerium des Innern genehmigten Statuten weder durch das Reichs- noch durch das Landesgesetz kundgemacht worden sind, daher nicht die Kraft eines Gesetzes haben.“

<sup>208)</sup> Dahin gehört z. B. eine größere Anzahl von Bestimmungen der cit. Statuten des deutschen Ritterordens.

<sup>209)</sup> Ordensregeln beeinträchtigen regelmäßig die persönliche Fähigkeit der Ordenspersonen zur Vornahme gewisser privatrechtlicher Acte, zu gewissen Rechtserwerbungen u. s. w. Die Minoriten- und Capuzinerorden selbst sind durch ihre Ordensregel von dem Besitz unbeweglicher Güter ausgeschlossen. Soweit das Staatsgesetz einen solchen Rechtsatz, übereinstimmend mit der Ordensregel, aber ohne Beziehung auf dieselbe, ebenfalls functionirt (vgl. b. G. B. §§. 63, 539, 573), kann es nicht zweifelhaft sein, daß dieser Satz ein Satz des objectiven Rechtes ist; ebenso klar ist, daß, soweit das Staatsgesetz die Ordensregel negirt, die letztere für den weltlichen Bereich auf Geltung keinen Anspruch hat. Es kommt aber auch vor, daß das Gesetz die Ordensregel als solche schlechtweg als geltend anerkennt oder den Rechtsatz, den sie enthält, ausspricht, weil sie ihn enthält (vgl. z. B. Min. Vdg. v. 13. Juni 1858 R. G. B. Nr. 95, Hofb. v. 7. Juni 1833 J. G. S. Nr. 2618); — in solchen Fällen ist das Statut, indem es einen Satz aufstellt, der durch Vertrag nicht geschaffen werden kann, als Quelle objectiven Rechtes anerkannt. Oder, um ein weiteres Beispiel anzuführen: Ein pactum de compromittendo unterliegt den Regeln des §. 936 b. G. B.; auf §. 60 der Statuten der Creditanstalt (Fin. Min. Erlaß v. 6. Nov. 1855 R. G. B. Nr. 186) diese gesetzliche Bestimmung anzuwenden, sind wir nicht berechtigt. Vgl. auch Sammlung II Nr. 1007.

<sup>210)</sup> Sammlung VI Nr. 3304. Statuten einer Versicherungsanstalt bestimmen, daß dieselbe durch ihren Bevollmächtigten oder Agenten ohne gerichtliche Intervention den (Brand-) Schäden mittelst Beziehung von Sachverständigen (maßgebend nicht nur für die contrahirenden Theile, sondern auch für den Beschädigten) erheben könne, und daß alle Rechte und Ansprüche des Versicherten an dritte Personen auf Schadenersatz kraft der von der Anstalt geleisteten Entschädigung und bis zum Belaufe der letzteren auf sie übergehen. Auch zahlreiche besondere Rechtsverhältnisse, in welchen so manche Corporation statutenmäßig zum Staate steht, können unmöglich durch Vertrag der Mitglieder unter einander geregelt sein. Zahlreiche Beispiele bei Renaud S. 211 ff.

<sup>211)</sup> Im Falle der Sammlung IX Nr. 4352 enthielten die Asscuranzstatuten die Bestimmung: „Die Versicherung hat . . . nur dann Gültigkeit, wenn sie von der Direction oder . . . Generalagentenschaft angenommen und die bedungene Prämie hiefür bezahlt wurde.“ Entschieden wurde, daß hiemit (freilich unter dem Gesichtspunkt der „Vertragsstipulationen“) allerdings ein ungewöhnlicher Perfectionsmoment des Versicherungsvertrages statuir ist. — Entscheidung v. 31. Oct. 1872 J. 9206 (bei Wintersperger Das allg. österr. b. G. B. S. 810 f.) und v. 20. März 1879 J. 1556 (in den Jur. Blätt. 1879 Nr. 20 S. 253 f.): Die Bestimmung der Statuten einer Versicherungsanstalt, daß im Falle des Selbstmordes des Versicherten die Versicherungssumme dessen Erben nicht zu entrichten sei, ist maßgebend. — Nicht selten kommen in statutarischen Ordnungen auch Strafbestimmungen vor, z. B. in der Arrangementordnung der Wiener Börse (Beilage zum 25. Stück des Verordnungsblattes der Wiener Börsekammer 1877) §§. 4, 9. Alle diese Bestimmungen lassen sich allerdings wohl auch als vertragsmäßige denken, und die sogen. „allgemeinen Bestimmungen“ mancher Statuten enthalten auch wirklich die Schablone, nach welcher die Verträge mit den einzelnen Contrahenten abgefaßt werden; allein damit ist doch die Bedeutung dieser allgemeinen Bestimmungen nicht erschöpft; für den Vorstand und die Organe der Anstalt sind sie nicht nur Vertragsbestimmungen, sondern in erster Linie Normen, an welche sie sich bei ihren Vertragsschlüssen zu halten haben; nicht minder schief wäre es, wenn man in der so oft vorkommenden Gesetzesbestimmung, daß

Beziehungen auch für dritte Personen (Nichtmitglieder), die sich denselben keineswegs unterworfen haben, selbst soweit es sich nicht um Privilegien handelt, verbindende Kraft zukommt.<sup>212)</sup>

Alle diese Erwägungen führen dahin, in den Statuten Normen zu erkennen, denen ebenfalls der Charakter objectiver Rechtsnormen<sup>213)</sup> zukommt. Nur sind sie freilich nicht mehr, wie in vergangenen Zeiten, Rechtsnormen, die dieses aus eigener Kraft sind; sie strahlen, nach der Auffassung der modernen und namentlich der österreichischen Gesetzgebung, als Rechtsnormen nur in erborgtem Lichte,<sup>214)</sup> so daß trotz ihrer Geltung wahr bleibt, daß nur die staatliche Gesetzgebung Entstehungsgrund des materiellen Privatrechts ist. Die Basis für die rechtliche Geltung der Statuten bildet nach den älteren Vereinsgesetzen regelmäßig eine *constitutio personalis*,<sup>215)</sup> nach dem neuesten das Vereine überhaupt oder Ver-

Statuten Bestimmungen über eine Anzahl von Punkten enthalten müssen, die für die Organisation, den Charakter, das Leben des Vereines wichtig sind, nur eine Regelung der *essentialia negotii* erblickten wollte (vgl. *Sierke Genoss. R. I S. 1010 f.*); ebenso würde die „Ordnungsgebühr“ der Arrangementsordnung ungezwungen unter den Begriff der Conventionalstrafe nicht einzureihen sein; und so müßte man auch in anderen Fällen, um mit dem Vertragsgehaltspunkt auszureichen, die Vorgänge, die sich wirklich zugetragen haben, umdeuten oder Vorgänge, die sich nun einmal nicht zugetragen haben, fingiren. Ganz gewiß aber hieße es mit offenen Augen nicht sehen wollen, wenn man Rechtsverhältnisse, die zur Zeit ganz anders gestalteter Rechtszustände unter der Herrschaft vielhundertjähriger Gewohnheitsrechte sich ausgebildet haben (z. B. die Nachbarschaften) und trotz der seither veränderten Grundlagen der Gesetzgebung unverändert, von den Gemeindegesetzen anerkannt, fortbestehen, damit für erklärt halten wollte, daß man von ihnen ausläßt, sie seien durch einen Vertrag entstanden, der eine Gemeinschaft des Eigentums oder eine Servitut geschaffen habe. Vgl. z. B. Sammlung VI Nr. 2862 und die lehrreichen Erörterungen des Reichsgerichts in *Sve Sammlung I Nr. 33 (II Nr. 52)* und in dem „Berichte des n. ö. Landesaussschusses, betreffend die Regelung der Besitz- und Nutzungsverhältnisse des Gemeindeeigentums“ (1878 *R. Nr. XXVII* der Beilagen zu den stenograph. Prot. des n. ö. Landtages). Vgl. auch *Budwinski Erkenntnisse des k. k. Verwaltungsgerichtshofes 1879 I Nr. 144.*

<sup>212)</sup> Vgl. Note 210.

<sup>213)</sup> Vgl. den präcisen Ausdruck in dem Gesetz vom 1. April 1875 Nr. 67 §. 3: „Die Börseleitung“ (sie ist bestimmt durch ein „auf Grund dieses Gesetzes“ festgestelltes „besonderes Statut“ §. 2 des cit. Ges.), „erläßt die Normen zur Regelung des Börseverkehrs innerhalb der gesetzlichen Grenzen . . .“ Von diesem Recht hat die Wiener Börsekammer Gebrauch gemacht durch Feststellung der vom 1. Mai 1877 in Geltung getretenen „Bedingungen für den Handel in Effecten, Devisen und Valuten an der Wiener Börse“ und der „Arrangement-Ordnung“. (Beilage zum 25. Stück des Verordnungsblattes der Wiener Börsekammer 1877.) Vgl. *S. G. B. Art. 331* und §. 16 des cit. Ges. Weniger präcis *Pat. v. 11. Juli 1854 R. G. B. Nr. 200 §. 68.* — Zu dem im Text aufgestellten Satze drängt auch jene alte Lehre, die so bestimmt im *Joseph. G. B.* (oben Note 129) recipirt war: Nichtconfirmirte Statuten seien freiwillige Verträge, confirmirte aber Satzungen. Und ist es nicht ein objectiver Rechtsatz, den §. 867 b. G. B. aus der „Verfassung“ der Gemeinden „und den politischen Gesetzen“ entnehmen heißt?

<sup>214)</sup> Vgl. den bezeichnenden Ausdruck des *Hofkanzlei-Decr. v. 29. Februar 1844 S. G. S. Nr. 789*: „. . . a. h. Entschlieung, welche den Jesuiten gestattet, nach ihren Statuten zu leben . . .“ *Min. Vbg. v. 31. December 1866 (R. G. B. 1867 Nr. 4)*: „. . . nach Maßgabe der ihnen vorgezeichneten Statuten . . .“ Hiernach (nach vorausgegangenem Beschlusse des deutschen Ritterordens) wird . . . verordnet . . .“

<sup>215)</sup> Vgl. schon (fast wörtlich) übereinstimmend mit *Reichsöchl. v. 16. Aug. 1731 §. 1*, dazu *Sierke Genoss. R. I S. 934 ff.*) die *Handwerksordnung v. 19. April 1732 (Cod. Austr. IV S. 755)*. Erstens: „. . . hingegen alle diejenigen (Handwerks-Artikel, Geräthe und Gewohnheiten), welche von Handwerks-Leuten, Meistern und Gesellen allein für sich und ohne unsere Erlaubniß, Approbation oder Confirmation aufgerichtet worden oder in's Künftige aufgerichtet und eingeführt werden möchten, null, nichtig, ungiltig und unkräftig sein.“ Wohl lehrte schon in früherer Zeit *Coccejus l. c. p. 64*: „*Collegia licita . . . itidem statuta de rebus et iuribus sui collegii facere possunt . . . modo legibus non sint contraria . . . neque opus est confirmatione, quia lex ea iam confirmat*“ — und daß er in ihnen objectives Recht erkennt, zeigt p. 41, wonach auch Statuten *vi promulgationis* verpflichtet, selbst wenn sie nicht observirt werden; aber

eine bestimmter Art gestattende Gesetz,<sup>216)</sup> so daß schon hiernach die statutarischen Rechtsnormen jener Selbständigkeit entbehren, die dem Gesetzes- und Verordnungsrechte zukommt. Und noch viel unvollständiger genügen sie den Regeln über die Entstehung objectiver Rechtsnormen nach der Seite ihrer Publication.<sup>217)</sup> Zwar werden Statuten, die oder soweit sie von der Gesetzgebung ertheilte Privilegien enthalten, nach Art der Gesetze publicirt (oben Note 206, 207), und die Wiener Börsekammer hat ein eigenes Ordnungsblatt. Im Allgemeinen aber finden wir bisher (abgesehen von den handelsrechtlichen Bestimmungen) nur schüchterne Ansätze zu einer Art von Publication. Unter diesen mag die Bestimmung, welche die Bedingungen betrifft, die bei Abschließung von Rechtsgeschäften für geistliche Orden und Congregationen zu beobachten sind,<sup>218)</sup> wohl ausreichende Publicität verbürgen; die allgemeine Bestimmung aber, welche das neueste Vereinsgesetz<sup>219)</sup> enthält, erschöpft ihren praktischen Werth für den privatrechtlichen Verkehr wohl damit, daß sie demjenigen, der mit den Vertretern eines Vereines contrahiren will, einen Theil der Mittel an die Hand gibt, seiner civilrechtlichen Erkundigungspflicht (§. 866) zu genügen und sich so vor Schaden zu wahren, eventuell einen Ersatzanspruch zu schaffen. Daß der Richter Rechts-

unserer Gesetzgebung ist erst in der neuesten Zeit (vgl. Note 216) auf den gleichen Grundgedanken zurückgekommen; die ältere weicht wesentlich ab. Seit dem letzten Drittel des 18. Jahrh. herrschte durch ein volles Jahrhundert das Concessionsprincip. Vgl. Hugelmann Studien zum Herr. Vereins- und Versammlungsrecht 1879 S. 6 ff. und aus neuerer Zeit das Vereinsgesetz von 1840 §. 8: „Alle statutarischen . . . Gesellschaften . . . sind von der vorläufigen Bewilligung der Behörden . . . abhängig.“ §. 11 e. u. e. weisen die Behörden an, die Statuten-Entwürfe eventuell zu modificiren, und §. 12 spricht von dem „definitiven Act der Concessionserklärung der Statuten“; die Vereinsgesetze von 1843 und 1852 betonen weniger die Bewilligung der Statuten, als die der Errichtung des Vereines selbst; allein in der letzteren liegt unzweifelhaft die erstere inbegriffen: Gesetz v. 1843 §. 11 d, §. 15 („genehmigten Statuten“), §. 18; Gesetz v. 1852 §. 14 c, §. 21. Hiernach ist die Genehmigung der Statuten im Sinne dieser Gesetze nicht nur ein Act polizeilicher Vorsee, sondern geradezu ein Act des obrigkeitlichen Verordnungsrechtes. Vagegen Koch Comm. z. allg. L. N. 6. Aufl. I S. 20 Note 5.

<sup>216)</sup> Bei dem dem Vereinsgesetze vom 15. November 1867 unterliegenden Vereinen entfällt die positive Concessionirung der Statuten, wie des Vereines selbst; es genügt für den erlaubten Beginn der Thätigkeit des Vereins, wenn die Landesstelle binnen vier Wochen nach Ueberreichung der Anzeige die Bildung des Vereines nicht unterlagt (§. 6 ff. des cit. Ges.). Da das Unterbleiben der Untersagung nicht als Uebung des Verordnungsrechtes gelten kann, so ist nun insoferne die in der Aufstellung der Statuten liegende Autonomie um einen Grad selbständiger geworden — eine Art Verordnungsrecht der Statuirenden selbst, freilich an alle rechtlichen Schranken gebunden, welche die Vereinsgesetzgebung aufstellt, die namentlich auch von jeher mehr oder weniger eingehend vorschreibt, über welche Gegenstände die Statuten sich verbreiten müssen.

<sup>217)</sup> Schon Eggers (Bemerkungen zur Verbesserung der deutschen Gesetzgebung, Kopenhagen 1798) I S. 4, 5 mahnte, „ohne alle Ausnahme die öffentliche Bekanntmachung solcher Statuten zu gebieten, sobald sie von dem Landesherrn bestätigt werden und dadurch verbindliche Kraft gegen einen Dritten erhalten.“ denn „Statuten einzelner Gesellschaften, Zünfte und Gewerbe enthalten sehr oft Vorschriften, die einen Dritten auch mit betreffen. Gewöhnlich werden sie ihm aber erst bekannt, wenn ihm kraft derselben eine gewisse Handlung untersagt werden, oder wenn er gar in eine gewisse Strafe verfallen soll.“

<sup>218)</sup> Min. Vdg. v. 13. Juni 1858 (N. G. V. Nr. 95) §. 5: „Hiebei werden sie, abgesehen von den tausenden Geschäften des gewöhnlichen Wirtschaftsbetriebes, durch ihre Localoberen vertreten, welche jedoch, wenn sie, der Ordensverfassung gemäß, einem Provinzialoberen unterstehen, sich über die Zustimmung desselben ausweisen müssen. Ordensvorschriften, durch welche die Localoberen bei Eingehung von Rechtsgeschäften anderweitigen Beschränkungen unterworfen werden, sind dem Ministerium für Cultus und Unterricht vorzulegen, und werden zur allgemeinen Kenntniß gebracht werden. Nur wider die Gültigkeit von Rechtsgeschäften, welche nach dieser erfolgten Kundmachung abgeschlossen wurden, kann aus solchen Statuten eine Einwendung hergeleitet werden.“

<sup>219)</sup> Gesetz von 1867 §. 5: „In die bei der Landesstelle erliegenden Statuten ist Jedermann Einsicht und von denselben Abschrift zu nehmen gestattet.“ Vgl. auch §. 9 ebda.

normen, die nicht nach Art der Gesetze publicirt sind, von Amtswegen zu kennen nicht verpflichtet ist, versteht sich von selbst. Die Praxis<sup>220)</sup> hat, wenn auch nicht unberührt von der Auffassung, daß Statuten Verträge seien,<sup>221)</sup> nie Bedenken getragen, die in denselben, wofern sie rechtsbeständig zu Stande gekommen waren<sup>222)</sup> und ihre rechtliche Existenz unbestritten war, enthaltenen Normen als maßgebend zur Anwendung zu bringen; ob sie dieselben, auch soweit sie nicht in Gesetzesform erscheinen, für objective Rechtsnormen ansieht, muß fraglich bleiben; zuweilen läßt sie erkennen, daß sie geneigt ist, statutarische Normen einschränkend zu interpretiren.

5) In der heutigen gemeinrechtlichen Doctrin der Autonomie ist wohl keine Frage so lebhaft bestritten, als die nach der Autonomie der vormalig reichsfürstlichen Häuser Deutschlands (des hohen Adels). Man ist nicht einig über die Begriffsmerkmale des Hochadels, auf welche es hier ankommt; man streitet namentlich darüber, ob das hochadelige Haus als eine Corporation zu denken sei, oder nicht;<sup>223)</sup> wer das Recht der Familiengesetzgebung übe, ob das Haupt des Hauses nur im Verein mit den Agnaten oder auch allein; man streitet darüber, ob die Hausgesetze und Familienverträge<sup>224)</sup> ihrem juristischen Wesen nach nur Rechtsgeschäfte, also nur Erzeugnisse der sogen. Privatautonomie oder ob sie Producte einer Art Gesetzgebung seien, die sich bis auf unsere Tage erhalten habe,<sup>225)</sup> oder aber beides zumal seien; endlich — einiger anderer Fragen gar nicht zu gedenken, die sich aus der etwas unklaren Fassung des Art. XIV der deutschen Bundesacte<sup>226)</sup> ergeben — ist streitig, ob diese Hausgesetze, um verbindende Kraft zu erhalten, der Genehmigung des Souverains (bzw. der staatlichen gesetzgebenden Gewalt) bedürfen oder nicht, und ob diese Genehmigung ein materielles oder nur ein formelles Erforderniß sei, insbesondere, ob sie versagt werden dürfe oder nicht.

Die Redactoren des bürgerl. Gesetzbuches hatten keinen Anlaß, sich diese Fragen aufzuwerfen; jene, die erst durch die Bundesacte gestellt wurden, existirten zur Zeit der Codification noch nicht; auch die übrigen aber wurden als rein staatsrechtliche<sup>227)</sup> angesehen, die eben darum nicht in das Gebiet des bürgerl. Gesetzbuches einschlugen. Es mag das fortwirkende Schwergewicht dieser Auffassung gewesen sein, das dahin geführt hat, daß auch später in unserer<sup>228)</sup>

<sup>220)</sup> Vgl. Note 206, 207, 210, 211.

<sup>221)</sup> Jedenfalls kann aus Sammlung XI Nr. 4928 der Schluß nicht gezogen werden, der Oberste Gerichtshof sehe alle Vereinsstatuten oder auch nur die Statuten aller Leibrenten-, Pensionsanstalten u. dgl. als Verträge an. Denn die Argumentation in seinen Motiven beruht wesentlich darauf, daß die da in Frage stehenden Statuten „einen gesellschaftlichen Versorgungsvertrag“ enthalten, der „auch als Gesellschaft der Leibrentengeber beurtheilt werden“ müsse. — Vgl. auch Höpfer in der Ztschft. f. österr. R. G. 1828 II S. 104. Renaud S. 209 f.

<sup>222)</sup> Ihre Rechtsbeständigkeit, soweit sie nicht Gesetze sind, zu prüfen, ist der Richter ohne Zweifel befugt.

<sup>223)</sup> Hauptsächlich um diese Frage (bei der sogar unsicher bleibt, ob die Autonomie Folge oder Voraussetzung der Corporationsqualität sei — Majer V S. 254 f.) dreht sich die in den neuesten a. G. der Note \* (oben S. 252) angeführten Schriften eingehend behandelte Controverse.

<sup>224)</sup> Die für dieselben vorkommenden Namen bei Köhler S. 311 f.

<sup>225)</sup> Zwischen diesen Auffassungen steht die von Böhlau S. 352 f.

<sup>226)</sup> Vgl. vorzüglich Heffter §§. 30—34, 44—47.

<sup>227)</sup> Vgl. oben S. 95 Note 71.

<sup>228)</sup> Die neueren Germanisten dagegen pflegen im Privatrecht von dieser Autonomie zu handeln. Vgl. Majer Allg. Einleitung S. VI, 167 ff., Köhler S. 82: „Das deutsche Privatrecht war ein unmittelbarer Bestandtheil des Territorialstaatsrechts, und wurde deswegen auch Familienstaatsrecht, persönliches oder Privatstaatsrecht genannt, und zum größten Theil in die Lehrbücher des deutschen Staatsrechtes gezogen, . . . in Hinsicht der Wurzel, aus welcher es empor wuchs; in Hinsicht der Quellen, in welchen

civilistischen Literatur das für unsere Lehre maßgebende österreichische Gesetz von so vielen Schriftstellern entweder völlig unbeachtet blieb oder doch nicht nach der ihm zukommenden Tragweite gewürdigt wurde.<sup>229)</sup> Unsere ältere civilistische Literatur hat jedenfalls nach der Autonomie des hohen Adels gar nicht gefragt, und Unger, der die Frage allerdings beachtete, hat sie, ausgehend davon, daß dem Adel überhaupt niemals Autonomie im technischen Sinne zugestanden habe, in einem kurzen Satze rundweg verneint.<sup>230)</sup> Erst nach ihm, und nachdem ein späterer gesetzgeberischer Act stattgefunden hatte, der geeignet war, manche Zweifel zu lösen und neue anzuregen,<sup>231)</sup> ist das einschlagende legislative Material auch literarisch unter den richtigen Gesichtspunkt gebracht worden,<sup>232)</sup> hat aber trotzdem, soviel wir sehen, in der civilistischen Literatur noch nicht die entsprechende Beachtung gefunden.

Das auf der a. h. Entschliesung vom 9. September 1836 beruhende Hofdecret vom 19. September 1836 (S. G. S. Nr. 156), — die formelle Basis<sup>233)</sup> der Autonomie des hohen Adels, soweit eine solche in Oesterreich anerkannt ist — bestimmt:

„Durch den 14. Artikel der deutschen Bundesacte vom 8. Juni 1815 ist den vormalig reichsständischen und reichsunmittelbaren Familien<sup>234)</sup> in Deutschland die Zusicherung erteilt worden, daß ihre noch bestehenden Familienverträge nach den Grundsätzen der früheren deutschen Verfassung aufrecht erhalten werden, und daß diese Häuser die Befugniß haben sollen, über ihre Güter und Familienverhältnisse verbindliche Verfügungen zu treffen.“

„Dem zufolge haben Seine k. k. Majestät anzubefehlen geruhet, daß auch in den zum deutschen Bunde gehörigen österreichischen Staaten die von vormalig reichsständischen oder reichsunmittelbaren Familien, welche daselbst ihren Wohnsitz haben oder künftig nehmen werden, vor Unterzeichnung der Bundesacte errichteten noch bestehenden Familienverträge, oder nach Abschließung der Bundesacte getroffenen Verfügungen über ihre Güter und Familienverhältnisse, jedoch nur dann volle Kraft haben und von den Gerichten für gültig und verbindlich geachtet werden sollen, wenn sie Seiner k. k. Majestät landesfürstliche Genehmigung erhalten haben. Die Gesuche um die Allerhöchste Genehmigung solcher Familienverträge und Verfügungen werden an die k. k. geheime Haus-, Hof- und Staatskanzlei zu überreichen sein.“

Der hiemit zur Geltung gebrachte Rechtsatz gibt kein entscheidendes Argument zur Lösung der vielbesprochenen Frage, ob die hochadelige Familie als eine Corporation anzusehen sei. Zwar ist nach den schon im bürgerl. Gesetzbuch (arg. §. 849) ausgedrückten theoretischen Anschauungen der Redactoren gewiß

allein das Verständniß des Grundbegriffes liegt, und in Beziehung auf den Inhalt, welcher eine privatrechtliche Natur in Anspruch nimmt, ist es ein Theil des deutschen Privatrechts und als solcher von den Gelehrten behandelt.“

<sup>229)</sup> Michel hat daselbe in sein Handbuch gar nicht aufgenommen, scheint es also für ein das Privatrecht gar nicht berührendes Gesetz zu halten. In Winiwarter's Handbuch II S. 240 f. und bei Stubenrauch II S. 413 (2. Aufl. I S. 830) wird es zwar erwähnt, aber nur im Zusammenhange der Lehre von den Familien-Fideicommissen, gleich als ob es nichts anderes enthielte, als etwa eine Anwendung des §. 627 in pr. auf die Standesherrn.

<sup>230)</sup> Syst. I S. 32 Note 3. — Kirchstetter gedenkt der Autonomie des Adels nur historisch und nur bei der Lehre von den Fideicommissen. (3. Aufl. S. 329.)

<sup>231)</sup> S. unten bei Note 243 f.

<sup>232)</sup> Vesque von Püttlingen Handb. des in Oesterreich geltenden internationalen Privatrechts 1860 (2. Aufl. Handbuch des in Oesterreich-Ungarn u. s. w. 1878) §. 51.

<sup>233)</sup> Die Bundesacte ist in Oesterreich als Gesetz nie publicirt worden. Vgl. S y e Sammlung II Nr. 55 S. 259.

<sup>234)</sup> Art. XIV cit. spricht von „den im Jahre 1806 und seitdem mittelbar gewordenen ehemaligen Reichsständen und Reichsangehörigen.“

nicht zu zweifeln, daß sie die Familie (aber nicht nur die hochadelige, sondern unter Umständen jede Familie) als eine Corporation ansahen, und das ist ja sicher genug, daß bei Uebung der gewährten Autonomie der Wille der hochadeligen Familie als ein einheitlicher von rechtlicher Bedeutung wird. Aber weder dies, noch die sonst geltenden Rechtsätze nöthigen zur Annahme oder Rechtfertigen auch nur die Behauptung dieser Corporationsqualität. Die Familie tritt (§. 849 cit.) nicht in höherem Grade, denn eine Gesellschaft oder Gemeinschaft als Rechtseinheit auf, und die freilich oft behauptete Corporationsqualität der beiden letzteren ist sicher nicht zu rechtfertigen; bei der Familie ist aber selbst diese Einheit im bürgerl. Gesetzbuch nicht durchgeführt (§. 529 und Bd. II S. 320). Die autonomieberechtigte hochadelige Familie aber darum allein, weil der Wille ihres Hauptes oder ihrer Mitglieder<sup>235)</sup> den Anlaß zu einer gesetzgeberischen Verfügung geben kann — um ein Anderes oder Mehreres handelt es sich nicht — schlechtthin und gar im Privatrecht als eine Corporation zu bezeichnen, während sie doch nach allen anderen privatrechtlich in Betracht kommenden Richtungen jeder anderen Familie gleichsteht, heißt den Begriff der Corporation geradezu verkennen.

Dagegen ist durch die cit. a. h. Entschliezung unzweideutig entschieden:

a) Die Begünstigung ist gewährt den „vormals reichsständischen oder reichsunmittelbaren Familien“; nach österreichischem Recht ist es somit keine unerlässliche Voraussetzung, daß der betreffenden Familie ehemals die Reichsstandschaft zugestanden habe,<sup>236)</sup> — der Begriff der begünstigten standesherrlichen Familien ist ein weiterer;<sup>237)</sup>

b) doch sollen nur jene Familien der bezeichneten Kategorie der Begünstigung theilhaft werden, welche „in den zum deutschen Bunde gehörigen (gehörig gewesen) österreichischen Staaten . . . ihren Wohnsitz haben oder künftig nehmen werden.“<sup>238)</sup>

<sup>235)</sup> Die Begünstigung ist ertheilt den „Familien“, den „Häusern“. Es liegt näher, den Chef der standesherrlichen Familie mit dem „Haupt der Familie“ (§. 91 b. G. B.) als mit dem Vorstand einer Corporation in Parallele zu bringen oder zu identificiren. Und daß zu Rechtsacten, die für die Familie von Bedeutung sind, die Zustimmung ihrer Mitglieder nothwendig ist, kommt auch nicht nur bei adeligen oder gar standesherrlichen Familien vor, z. B. §. 644 b. G. B. Mögen die „Verfügungen“ die Form von „Verträgen“ oder von „Constitutionen“ haben, mögen sie auf der Willenseinigung der Familienglieder beruhen oder als einseitige Verfügungen unter Lebenden oder auf den Todesfall auftreten — keine dieser Erscheinungen verlangt zu ihrer Erklärung die Corporationsqualität der hochadeligen Familie. Vgl. Mejer VI S. 210.

<sup>236)</sup> Dagegen die herrschende Lehre der Germanisten. Kohler S. 100: „Das wesentliche und entscheidende Merkmal des hohen Adels in Deutschland war die Reichsstandschaft.“ Majer Auton. S. 3 erklärt dagegen diese Autonomie für ein Vorrecht des unmittelbaren Adelsstandes.

<sup>237)</sup> Vgl. übrigens das Verzeichniß der mittelbar gewordenen, ehemals reichsständischen fürstlichen Häuser (14 in, 33 außerhalb Oesterreich domicilirt), denen in Ausführung des Bundestagsbeschlusses vom 18. August 1825 das Prädikat „Durchlaucht“ ertheilt wird, in dem Hofb. v. 24. September 1825 J. G. S. Nr. 2133 (dazu Hofb. v. 18. Nov. 1825 ebda. in Note \*, Hofb. v. 2. Juni 1827 J. G. S. Nr. 2282, Hofzlb. v. 4. Febr. 1845 J. G. S. Nr. 865); sodann das Verzeichniß der (6) „mittelbar gewordenen, ehemals reichsständischen gräflichen Häuser, welche in der österreichischen Monarchie domicilirt sind“, denen in Ausführung des Bundestagsbeschlusses vom 12. März 1829 das Prädikat „Erlaucht“ gewährt wird, im Hofb. v. 13. October 1829 J. G. S. Nr. 2433 (dazu Hofzlb. vom 23. Febr. 1841 J. G. S. Nr. 511); endlich das umfassendste „Verzeichniß der fürstlichen und gräflichen Familien, deren Häupter in Folge von Bundestagsbeschlüssen das Prädikat „Durchlaucht“ und „Erlaucht“ ertheilt wird“ (49 fürstliche, 50 gräfliche Häuser), im Hofzlb. v. 22. Febr. 1847 J. G. S. Nr. 1038 und Hefster a. a. D. S. 327—432, dessen Angaben in einigen Punkten aus den eben angeführten österreichischen Gesetzen ergänzt und berichtigt werden können.

<sup>238)</sup> An dieser Voraussetzung (als einer wesentlich bedingenden) hat jedoch die österreichische Gesetzgebung nicht festgehalten. Beide Fälle, in denen Hausgesetze standesherr-

c) „Volle Kraft haben“ und „für gültig und verbindlich“ werden erklärt:  
 α) die von solchen Familien „vor Unterzeichnung der Bundesacte errichteten, noch bestehenden Familienverträge“, sowie  
 β) die „nach Abschließung der Bundesacte getroffenen Verfügungen über ihre Güter und Familienverhältnisse“.

Diese Bestimmungen schließen sich auf's engste an den Art. XIV c. 2 der Bundesacte an; umsomehr ist nicht zu zweifeln, daß sie auch in Oesterreich „nach der Grundsätze der früheren deutschen Verfassung“ auszulegen sind; es werden hienach nicht nur zweiseitige Acte aus der Zeit vor, und nicht nur einseitige Acte aus der Zeit nach der Unterzeichnung der Bundesacte als rechtsgültig anzusehen sein, wie man nach dem mitgetheilten Wortlaut („Familienverträge“, „Verfügungen“) zu meinen versucht sein könnte, sondern ebenso auch „Verfügungen“ aus älterer und „Familienverträge“ aus neuerer Zeit; und das Object dieser Verfügungen können sein „ihre Güter und Familienverhältnisse“, — m. a. W. sie können ändernd eingreifen in die verschiedensten Gebiete der privatrechtlichen Gesetzgebung.<sup>239)</sup> — Während aber

d) die Bundesacte nun verlangt, daß diese Verfügungen „dem Souverain vorgelegt und bei den höchsten Landesstellen zur allgemeinen Kenntniß und Nachachtung gebracht werden“,<sup>240)</sup> ist nach dem österreichischen Gesetze die „volle Kraft“ und Verbindlichkeit sowohl der sub α<sup>241)</sup> als der sub β erwähnten Acte davon abhängig gemacht, daß sie „Seiner k. k. Majestät landesfürstliche Genehmigung erhalten haben“. Die bloße Mittheilung an den Kaiser oder irgend welche Staatsbehörde reicht demnach unzweifelhaft nicht hin, es war gewiß eine positive Genehmigung, die auch verweigert werden konnte, schon nach dem cit. Gesetze unerläßlich.<sup>242)</sup> Wohl aber konnte noch immer zweifelhaft bleiben, welche juristische Bedeutung der kaiserlichen Confirmation zukomme, insbesondere, ob sie nicht ein dem Monarchen als solchem zustehendes Recht sei. Auch diesfalls aber ist jeder Zweifel durch die Praxis der Gesetzgebung behoben. Die fürstlich Thurn-Taxis'schen Hausgesetze vom 17. September 1776<sup>243)</sup> und 21. Februar 1831

sicher Familien in Oesterreich gesetzliche Geltung erlangten, betreffen Familien, die nicht in Oesterreich domicilirt sind. Vgl. unten Noten 243, 245.

<sup>239)</sup> In der That greift auch z. B. das alsbald zu erwähnende, in Oesterreich in Geltung stehende fürstlich Thurn-Taxis'sche Hausgesetz in sehr verschiedene Partien des Privatrechts ändernd ein. In manchen Hausgesetzen kommen selbst Strafbestimmungen vor. Kohler S. 155. Gerber Hausgesetz . . v. Grafen . . v. Giech (1855) S. 67, 89 (Ss. 75, 108 a. E.) Den regelmäßigen Inhalt der Hausgesetze s. bei Schulze a. a. O. S. 500 f.

<sup>240)</sup> Uebrigens bestimmte die Bundesacte Art. XIV g. E. selbst, es solle „bei der näheren Bestimmung der angeführten Befugnisse . . . zur weiteren Begründung und Feststellung eines in allen deutschen Bundesstaaten übereinstimmenden Rechtszustandes der mittelbar gewordenen Fürsten, Grafen und Herren die . . . k. bayrische Verordnung vom Jahre 1807 als Basis und Norm unterlegt werden“. Die königl. bayr. Declaration vom 19. März 1807 A. 12 verfügt aber: „Ihre Familienverträge und eingeführten Successionsordnungen müssen uns zur Bestätigung vorgelegt werden.“ Dazu die Erlaut. Verordnung v. 25. Mai 1807. (Crimminghaus Corpus juris Germaniae, Jena 1824. II S. 609. Kohler S. 324 f.)

<sup>241)</sup> Die herrschende Lehre (Kohler S. 332) nimmt an, die Vorlage an den Souverain und die Publication bei den höchsten Landesstellen sei durch die Bundesacte nur rüchlichlich der neueren Hausgesetze gefordert. Das österreichische Gesetz in gleichem Sinne auszulegen, wäre kaum möglich. Vgl. auch Note 243, 245.

<sup>242)</sup> Der alte Streit darüber, ob die kaiserliche Confirmation nothwendig oder nur nützlich sei (Kohler S. 322 ff.) ist damit definitiv geschlichtet. Uebrigens vgl. schon Joseph. G. B. oben Note 129 a. E.

<sup>243)</sup> Dieses Hausgesetz war schon von Kaiser Joseph II. confirmirt, „um der . . . Primogeniturconstitution ihre vollkommene Kraft und Consistenz . . . zu ertheilen“, und das „Primogeniturrecht . . . auf die fürstlichen Töchter . . . aus . . . kaiserlicher Macht zu erstrecken“.

wurden mit a. h. Entschliessung vom 31. März 1859 bestätigt, und zeigt die ganze Fassung der Confirmationsurkunde<sup>244)</sup> wie die Publication durch Min. Erlaß vom 30. Juli 1859 im R. G. B. (Nr. 145), daß sie dadurch als gesetzgeberischer Wille des Monarchen zur Geltung gebracht wurden. Wie aber auch hienach noch ein Zweifel möglich, so wäre er gelöst durch die Art und Weise, in welcher neustens der Erbvertrag des fürstlichen Gesamthauses Nassau<sup>245)</sup> rückfichtlich der darin bestimmten Erbfolgerechte und sonstigen Ansprüche von Todeswegen in Ansehung des der Nachlassabhandlung unterliegenden Vermögens in Oesterreich zur Anerkennung gebracht wurde: es geschah dies nämlich durch das verfassungsmäßig mit Zustimmung der beiden Häuser des Reichsrathes sanctionirte Gesetz vom 30. April 1873 (R. G. B. Nr. 95). Damit ist aber zum Ausdruck gebracht: Eine in einer standesherrlichen Familie einseitig getroffene Disposition als solche, oder ein von ihren Mitgliedern abgeschlossener Familienvertrag als solcher gilt als Rechtsgeschäft nicht mehr und nicht weniger, als eine gleiche einseitige oder vertragsmäßige Verfügung anderer Privatpersonen; darüber entscheiden die gewöhnlichen Sätze des Privatrechtes, und diese Geltung der Familienverträge setzt auch durchaus nicht voraus, daß noch anderen als den regelmäßigen Erfordernissen des vorliegenden Geschäftes genügt sei. Enthält aber der Vertrag oder die Verfügung Bestimmungen, die von der sogen. Privatautonomie nicht ausgehen können, dann muß, um diese zur Geltung zu bringen, die Gesetzgebung den Willen der Privaten zu dem ihrigen erheben und als den ihrigen kundmachen. Das aber ist seinem juristischen Wesen nach ganz das Nämliche, was die Gesetzgebung auch thut, indem sie in den sogen. statuta legalia irgend einer Corporation oder Anstalt eine von dem regelmäßigen Recht abweichende Regelung ihrer rechtlichen Beziehungen gewährt, und Niemand könnte die Gesetzgebung hindern, das Nämliche auch zu Gunsten einer beliebigen physischen Privatperson zu thun. N. a. W.: Was man die Autonomie des hohen Adels immerhin nennen mag, ist in Oesterreich nicht Autonomie im technischen Sinne, sondern Staatsgesetzgebung; das Hausgesetz, der Familienvertrag als solcher hat nicht Gesetzeskraft, diese gibt ihm erst ein concreter Act der Gesetzgebung;<sup>246)</sup> die Gesetzgebung aber könnte das Nämliche thun, auch wenn sie es in dem Gesetze von 1836 nicht in Aussicht gestellt hätte, und eben darum hat sie sich auch nicht genau an die oben bezeichneten Voraussetzungen gehalten. Da endlich den Standesherrn kein irgendwie geartetes Rechtsmittel zur Verfügung steht, die Gesetzgebung zu der in dem Gesetze von 1836 in Aussicht gestellten Action zu nöthigen, so hat jene Zusage für sie zwar einen factischen Werth, hat aber kein Recht für sie geschaffen. Trotzdem wäre es schief, wenn man die den standesherrlichen Häusern ertheilte Begünstigung auf eine Linie stellen wollte

<sup>244)</sup> Zwar erfolgt in derselben die Bestätigung „aus k. k. Machtvollkommenheit“, und diese müßte nicht nothwendig die gesetzgeberische sein; entscheidend aber ist der Schluppassus: „Wir ertheilen zugleich allen Unseren Behörden . . . den gemessenen Befehl, über alle in dieser Urkunde enthaltenen Bestimmungen Unseres Willens strenge und sorgfältig zu wachen und vorkommendenfalls sich danach zu achten.“

<sup>245)</sup> Auch dieser war bereits mit der „von Römisch Kaiserlicher Machtvollkommenheit“ ertheilten Confirmation Joseph's II. vom 29. September 1786 versehen.

<sup>246)</sup> Die Civilrechtsgesetzgebung gehört eben zum Wirkungsbereiche des Reichsrathes. St. G. v. 21. Dec. 1867 (R. G. B. Nr. 141) §. 11 lit. k. Daher dürften auch neue Gesetze des kaiserlichen Hauses, die unter den Gesichtspunkt der Civilrechtsgesetzgebung fallen (nicht als Ausflüsse der hausherrlichen Familiengewalt des Souverains erscheinen — Heffter §. 43), fernerhin nur auf diesem Wege entstehen, wie das in anderen constitutionellen Staaten bereits geschehen ist. Vgl. S. Schulze Die Hausgesetze der regierenden deutschen Fürstenhäuser I 1862, II 1878, z. B. I S. 207, 210, 354, 490. Heffter §. 45. Eine Uebersicht über die Hausgesetze des kaiserl. Hauses, soweit sie bekannt sind, ebenda S. 245 ff.

mit dem bloßen Rechte, einen Entwurf zu einem Gesetze den gesetzgebenden Factoren vorzulegen; an dem Inhalt eines solchen Gesetzesentwurfes können, ehe er zum Gesetze wird, die gesetzgebenden Factoren beliebig viel oder wenig ändern; das Hausgesetz aber bekümmert seinen Inhalt durch den innerhalb der Familie vollzogenen Act; der Gesetzgebung steht es frei, diesen Inhalt zu genehmigen oder zu verwerfen, ganz oder theilweise, nicht aber ein beliebiges Anderes an seine Stelle zu setzen — ähnlich, wie auch die Familien-Fideicommissstiftung ihren Inhalt durch den Willen des Stifters, ihre formelle Sanction durch den Willen der Gesetzgebung erhält.

### §. 12.

c) Richterliche Aussprüche.

Die in einzelnen Fällen ergangenen Verfügungen und die von Richtersthühlen in besonderen\*) Rechtsstreitigkeiten gefällten Urtheile haben nie die Kraft eines Gesetzes, sie können auf andere Fälle oder auf andere Personen nicht ausgehnet werden.

#### I. Redaction. Der correspondirende §. 24 westgal. G. B. I lautet:

Die in einzelnen Fällen ergangenen Verfügungen, und die von den Richtersthühlen in besonderen Rechtsstreitigkeiten gefällten Urtheile haben niemals die Kraft eines Gesetzes, und es kann sich ein Dritter nicht darauf berufen.

Wie Zeiller (Prot. 11. Sänner 1802) mittheilte, hatte die Revisions-Hofcommission vorgeschlagen, das Wort „Verfügungen“ durch die Worte: „richterlichen Amtsverfügungen“ zu ersetzen, und den Schlussatz: „und es . . . berufen“ zu streichen; „indem es vielmehr zur Gleichförmigkeit der Urtheile und zur Erhaltung des richterlichen Ansehens zuträglich sein dürfte, wenn die Richter von den Parteien auf vorhergegangene Entscheidungen in ähnlichen Fällen aufmerksam gemacht würden.“<sup>1)</sup>

Außerdem lag eine Erinnerung des niederöstr. Appell. Ger. vor, welches nachstehende Fassung vorschlug:

„Die von dem Landesfürsten in einzelnen Fällen und in Ansehung einzelner Gegenstände erlassenen Verordnungen können in anderen Fällen oder in Bezug auf andere Gegenstände als Gesetze nicht angesehen werden. Die von den Richtersthühlen . . . berufen. Auf Meinungen der Rechtslehrer soll bei gerichtlichen Entscheidungen keine Rücksicht getragen werden.“

Den letzten (die Meinungen der Rechtslehrer betreffenden) Zusatz erklärte Zeiller für überflüssig oder höchstens in die Gerichtsordnung passend. Im Uebrigen schlug er jene Fassung vor, die wir im §. 12 b. G. B. finden<sup>2)</sup> und dieselbe wurde ohne Debatte einstimmig gebilligt.

In diesem Zusammenhange ist der Verhandlungen, aus welchen §. 19 b. G. B. hervorging, insoweit zu gedenken, als sich dieselben mit westgal. G. B. I §. 39 beschäftigen. Dieser Paragraph lautet:

\*) Erste officielle Ausgabe: besondern.

<sup>1)</sup> Die Formulirung dieses Motivs gehört Zeillern; das von der Revisionscommission selbst vorgebrachte Motiv greift sogar etwas weiter, denn es heißt in dem Prot. 14. December 1795: „Es scheint dem Ansehen der Gerichtshöfe selbst abbrüchig zu sein, und das Vertrauen auf selbe zu schwächen, wenn den Rechtsthührenden sogar verboten sein sollte, sich auf die gefällten Rechtsprüche zu beziehen; vielmehr wird es der Absicht, das Publicum über die reine Justizpflege zu beruhigen, und allen Verdacht eines willkürlichen Verfahrens hintanzuhalten, ganz angemessen sein, wenn den Gerichtshöfen in ihrer Instruction die Verbindlichkeit aufgelegt würde, daß sie in derlei Fällen, wenn in dem Spruch von den beigebrachten richtigen Praejudicatis hat abgegangen werden müssen, in den hinausgehenden (sic) Beweggründen jederzeit auch die Ursachen besonders erklären, warum die vorausgegangenen Rechtsprüche nicht anwendbar gewesen, und hievon habe abgewichen werden müssen.“

<sup>2)</sup> In seiner Fassung fehlt nur das zweite „auf“.

Entscheidungen, welche ohne das vorgeschriebene richterliche Verfahren ergehen, oder sogenannte *Machtsprüche* sollen weder Kraft noch Wirkung haben.

Schon die Revisions-Hofcommission bemerkte hiezu (Prot. 14. März 1796), es solle der „gehässige Ausdruck“: „sogenannte *Machtsprüche*“ hinweggelassen werden;<sup>3)</sup> in der Sitzung vom 18. Jänner 1802 lag nebst einem Antrag des niederösterreich. Appell. Ger., statt der Worte: „richterliche Verfahren“ zu setzen: „gesetzliche Verfahren“, ein Antrag des böhmischen Appell. Ger. und der Commissionen in Oesterreich ob der Enns und in Larnow auf Streichung des ganzen Paragraphen vor, „weil er zur Widerspenstigkeit Anlaß geben könnte und die oberen Behörden im Falle des Recurses ohnehin ihre Pflicht wissen.“ Diesem Antrag schloß sich auch Zeiller an, motivirte ihn aber dahin, daß der Paragraph „in den Umfang der Gerichtsordnung gehöre.“ Dagegen sprachen für die Beibehaltung des Paragraphen der D. L. N. Haan und Nichen. Jeder Verletzte sei angewiesen, sein Recht beim ordentlichen Richter zu suchen, und die Entscheidung des Richters werde für die Parteien zur erzwingbaren Vorschrift, — allein doch nur dann, wenn die Entscheidung nicht gegen das Gesetz verstöße. Darum müsse man dieses Letztere auch hier sagen, weil es eine Ausnahme von der allgemeinen Regel sei. In der Gerichtsordnung werde nur das Verfahren behandelt, der §. 39 aber gewähre den Parteien ein sehr wesentliches Recht. — Die Majorität stimmte jedoch für den Antrag des Referenten, „weil eine sogleich Nullität der richterlichen Entscheidung, wie selbst der §. 39 aus sage, nur aus Nichtbeobachtung des vorgeschriebenen rechtlichen Verfahrens entstehe. Da nun die Arten der Nullität mehrere seien, und die Bestimmungen derselben, sowie die Vorschriften, was in derselben Fällen von den Parteien zu beobachten sei, erst in der Gerichtsordnung vorkommen, so müsse auch der gegenwärtige Paragraph hier hinweg gelassen und daselbst eingereicht werden.“

II. Die Meinungen unserer Schriftsteller über die Frage, was der Inhalt des §. 12 sei, waren schon geraume Zeit sehr getheilt und sind es noch, obwohl es nie zu einer ausgesprochenen Controverse gekommen ist. Die Einen fanden darin nur den Satz, daß Präjudicien keine über das Gebiet der einzelnen res iudicata hinausgehende bindende Kraft haben,<sup>4)</sup> die Anderen legten das Hauptgewicht umgekehrt darauf, die Lehre von der *exceptio rei iudicatae* an diesen Paragraphen anzulehnen, und erwähnen der Präjudicien nur nebenbei,<sup>5)</sup> während noch Andere beide Lehren gleichmäßig im §. 12 behandelt glauben.<sup>6)</sup> Aus den „in einzelnen Fällen ergangenen Verfügungen“ wußte aber die herrschende Lehre der Regel nach nichts bestimmt Ausgeprägtes zu machen und begnügte sich

<sup>3)</sup> Die den Protokollen der Revisionscommission beigegebenen „Unmaßgeblichen Erinnerungen des Hofrathes von Feghtig in Hinsicht auf die Prüfung des neuen Entwurfs eines bürgerl. G. B. für die österr. Staaten“ beantragen: „Will man dieses in das Gesetzbuch setzen und nicht in der Gerichtsordnung belassen, so wären doch die Worte: ‚oder sogen. *Machtsprüche*‘ wegzulassen, weil solche zu vielen Auslegungen unterworfen und überflüssig sind.“

<sup>4)</sup> Die betreffenden Schriftsteller erwähnen daher bei §. 12 der *exc. rei iud.* entweder gar nicht oder nur vorübergehend. Vgl. Zeiller Comm. I S. 85, Schuster Comm. S. 191 ff. (der sie zwar bespricht, aber nicht nennt), Winwarter I S. 95, Kirchner (3. Aufl.) S. 27 ff.

<sup>5)</sup> Ellinger ad §. 12 spricht nur von der Rechtskraft des Urtheils; nur insofern geht er weiter, als er den unten (Note 93) angeführten Aufsatz von Pratohevera citirt. Erst in der siebenten Aufl. ist weiter greifende Literatur allegirt. — Den Satz, daß das Urtheil nur für die betheiligten Parteien verbindende Kraft hat, stützen übrigens Aeltere gar nicht auf §. 12 b. G. B., sondern z. B. Guster mann Deferr. Privatrechtspraxis (3. Ausg.) 1822 I S. 333 f. auf — §. 109 A. G. D.

<sup>6)</sup> Vgl. Rippel I S. 97 ff., Stubenrauch (1. Aufl.) I S. 103 ff., (2. Aufl.) S. 52 ff.

daher damit, dieselben in mehr oder weniger vager Weise zu paraphrasiren.<sup>7)</sup> Erst Unger<sup>8)</sup> fand in §. 12 einen dreifachen Inhalt: die Negation der Gesetzeskraft der Decrete und Rescripte (im Sinne des römischen Rechtes), die Negation der bindenden Kraft der Präjudicien und die Regelung der *exceptio rei iudicatae*.

Die mitgetheilte Redaktionsgeschichte zeigt uns zum Mindesten doch den ganzen Gedankenkreis, aus welchem §. 12 hervorging.<sup>9)</sup> Man ersieht daraus:

Der Begriff der „Verfügungen“ war schon in der Redaktionszeit kein technischer; die Einen bezogen ihn auf richterliche Amtsverfügungen, die nicht Urtheile seien; die Anderen stellten daneben die vom Landesfürsten erlassenen *constitutiones personales* mit Ausnahme der sogen. Machtsprüche, als welche letztere, weil dem Proceßrecht anheimfallend, im bürgerl. Gesetzbuch nicht zu erwähnen seien. Ob die Redactoren unter den „Verfügungen“ des §. 12 landesfürstliche und richterliche Verfügungen verstanden haben, muß unentschieden bleiben, doch ist die bejahende Antwort wahrscheinlich.<sup>10)</sup>

Um so sicherer ist, daß jede gesetzesartige Kraft von Präjudicien ausgeschlossen werden sollte.

Ebenso betrachtete man es als selbstverständlich, daß mit der Codification des Privatrechtes die „Meinungen der Rechtslehrer“ keine maßgebende Autorität mehr beanspruchen dürfen.<sup>11)</sup>

Endlich aber ergibt die Redaktionsgeschichte, daß §. 12, so sehr auch seine Fassung anklingt an das berühmte Julianische: *quotiens inter easdem personas eadem quaestio revocatur*,<sup>12)</sup> nach der Absicht der Redactoren die *exceptio rei iudicatae* nicht berührt. Wie sie alles Actionenrechtliche in die Gerichtsordnung verwies,<sup>13)</sup> so erschien ihnen auch diese Materie als eine rein proceßrechtliche. Und in der That — der ganze Gedankenzusammenhang, in welchem §. 12 b. G. B. steht, führt auch gar nicht zu der Lehre von der Rechtskraft des Urtheils hin; vielmehr handelt es sich hier<sup>14)</sup> wesentlich um die Frage, in welchen „Vorschriften“ man das objective Recht zu erkennen habe.<sup>15)</sup>

Hienach bestimmen sich die Grenzen der folgenden Darstellung.<sup>16)</sup>

<sup>7)</sup> Schuster S. 189 ff. bezieht den Paragraph auf Verfügungen des Gesetzgebers, die er nicht näher qualificirt, und rechtfertigt die im Gesetze getroffene Bestimmung dadurch, daß bei solchen Verfügungen nur eine Zustellung zu eigenen Händen, nicht aber die zur Wirksamkeit des Gesetzes erforderliche Kundmachung stattgefunden habe; Winwarther S. 94 denkt nur an Verfügungen und Entscheidungen der Behörden, nicht auch an solche, die vom Regenten ausgehen; Stubenrauch dagegen (S. 103 ff.) bezieht den Paragraph, da er nicht unterscheidet, auf beide Gruppen von Verfügungen. Von welcher Art und welchem Inhalt aber diese Verfügungen seien, darüber schweigen diese Schriftsteller.

<sup>8)</sup> Unger Syst. I S. 44, 48 f. bes. Note 20, II S. 651, 666.

<sup>9)</sup> Es ist wesentlich derselbe, der auch die im Cod. Max. I 2 §. 14 (dazu Kreittmayr I S. 88 ff.) und Preuß. L. R. Einl. §§. 5, 6, 60 aufgestellten Regeln hervortrieb.

<sup>10)</sup> Zeiller erwähnt im Comm. I S. 85, 87 neben einander in Erläuterung des §. 12 der Verfügungen (Bescheide) der Gerichte und der vom Landesherrn in einzelnen Fällen ergangenen Verfügungen.

<sup>11)</sup> Vgl. Project des corp. iur. Frid. (2. Aufl. 1750) part. I lib. I tit. II §. 5: „Es soll daher künftig a) kein *ius romanum*, viel weniger die Autorität eines oder des andern Rechtsgelehrten . . . angeführt oder . . . attendirt werden.“

<sup>12)</sup> L. 7 §. 4 D. de exc. rei iud. 4. 2.

<sup>13)</sup> Beilage zum Vortrag v. 19. Jänner 1808 (Excurse I S. 64).

<sup>14)</sup> Durchaus parallel dem Gedankengang von Preuß. L. R. Einleitung §§. 1—6. Bornemann Syst. Darstellung des preuß. C. R. (1834) I S. 181 Note \*.

<sup>15)</sup> Arg. Marginalubriften zu §§. 10—13.

<sup>16)</sup> Dieselbe muß, soll sie den ganzen Gedanken des Gesetzes reproduciren, über seinen ausdrücklichen Anspruch hinausgreifen; um aber nicht auch über den Gedanken hinauszugehen, verweisen wir die Lehre von der Rechtskraft des Urtheils in einen eigenen Exkurs.

III. A. Die in einzelnen Fällen ergangenen Verfügungen. Das Wort Verfügung wäre an sich wohl geeignet, dasjenige zu bezeichnen, was im Staatsgrundgesetze über die Ausübung der Regierungs- und Vollzugsgewalt vom 21. December 1867 R. G. B. Nr. 145 §. 11 im Gegensatz zu den Verordnungen der Staatsbehörden „Befehl“ genannt wird, einerseits also eine Disposition, die an ein ausführendes Organ gerichtet, dessen concretes Handeln hervorzurufen bezweckt, und so schon durch ihren eigenen Inhalt zeigt, daß sie einen Rechtsatz gar nicht aufstellen will, andererseits eine befehlende wie erlaubende,<sup>17)</sup> an Parteien gerichtete Disposition. Auch heut aber bezeichnet Verfügung weder im Sprachgebrauch der Gesetze noch dem der Wissenschaft einen durchaus feststehenden technischen Begriff. Während z. B. Stein<sup>18)</sup> darunter im Gegensatz der eigentlichen Verordnung (als welche, wie er lehrt, von den Ministern selbst ausgeht) jene Verordnungen versteht will, „die von dem Behördensystem ausgehen,“ verstehen manche Processualisten<sup>19)</sup> darunter das, was man sonst einfache Decrete zu nennen pflegt, d. h. richterliche Erledigungen eines Parteianbringens ohne vorausgegangene Anhörung der Gegenpartei. Auch dieser Sprachgebrauch ist jedoch keineswegs technisch.<sup>20)</sup> Die Redactoren haben, abgesehen von den Verfügungen des Landesherrn, nur an richterliche Verfügungen, aber wohl nicht nur an solche gedacht, die ohne Anhörung der Gegenpartei ergehen, sondern an alle, die nicht den Charakter eines Urtheils tragen. Indessen bleibt der Satz des §. 12 wahr, auch wenn er nicht auf richterliche Amtsverfügungen beschränkt wird — auch andere Verfügungen zählen gewiß nicht zu den „bürgerlichen Gesetzen“. Die Frage hat daher wenigstens kein praktisches Interesse, ob §. 12 vielleicht zu beschränken sei auf jene Verfügungen, die von nicht richterlichen Behörden über Privatrechtsansprüche ergehen oder auf jene Verfügungen der Gerichte, die nicht Urtheile sind u. dgl.

Während aber schon ein Blick auf den Wirkungskreis der verfügenden Behörde oder die Rücksichtnahme auf das Verhältniß der betreffenden Verfügung zu dem Gesetze regelmäßig keinen Zweifel daran aufkommen lassen wird, daß in derselben eine allgemeine Rechtsnorm nicht aufgestellt werden sollte, konnte, so lange es keine schlechthin bindende Form für die Aufstellung gesetzlicher Normen gab (oben S. 137 Note 53), rücksichtlich der vom Landesherrn ausgehenden Verfügungen leicht ein Zweifel entstehen, ob sie blos für den concreten Fall gelten oder einen auch auf andere Fälle anwendbaren Rechtsatz aufstellen wollen. Die Frage, ob Rescripte und Decrete<sup>21)</sup> allgemeine oder besondere Verordnungen seien, — eine Frage, die für die heutige Wissenschaft schon längst nur historisches Interesse hat,<sup>22)</sup> — war eben darum als eine praktisch „wichtige“ stets lebhaft bestritten.<sup>23)</sup> Den Streit im Gesetze zu entscheiden, mußte der Codificationszeit

•<sup>17)</sup> Der Begriff des Befehles paßt freilich nicht ungezwungen auf diese letzteren, wohl aber ist es gewiß, daß die Staatsbehörden auch Verfügungen dieser Art zu erlassen berechtigt sind.

<sup>18)</sup> Handb. der Verwaltungslehre (2. Aufl.) S. 28.

<sup>19)</sup> Bayer Vortr. über den gem. ordentl. Civilpr. (7. Aufl. 1841) S. 244 f. Weidtel Das ordentl. Verf. in Streitssachen. Wien 1853. S. 493 ff.

<sup>20)</sup> Vgl. z. B. Martin Lehrb. S. 213. Vorlesungen I S. 535. Wegell System (1861) S. 493 ff. Renaud Lehrb. (2. Aufl.) 1873 S. 446 ff. Endemann Das deutsche Civilproceßrecht 1868 S. 139 S. 515 ff.

<sup>21)</sup> Die Begriffe Rescript und Decret bezeichnen übrigens in der Codificationszeit längst nicht mehr das, was sie in den römischen Quellen bedeuten. Vgl. oben S. 129 Note 9, Maasburg Geschichte der obersten Justizstelle (Prag 1879) S. 19 Note 44, auch Kreittmahr I S. 91 f.

<sup>22)</sup> Unger I S. 49 Note 20.

<sup>23)</sup> Vgl. Glük I S. 523—540. Höpfner Instit. §. 47. Wiener Heinemann I S. 37, II S. 4, der ganz richtig als das hier einschlagende Kriterium des Gesetzes die

angemessen erscheinen. Im Entwurfe des preuß. G. B. Einl. §§. 5, 6 geschah das in einem Zuge, im §. 5 für die Verordnungen in einzelnen Fällen, im §. 6 für die Machtsprüche. Diesem Beispiel folgte das westgal. G. B., aber mit einer die systematische Einreihung betreffenden Verbesserung; es sprach von den Verfügungen (= Rescripte) in I §. 24, reihte aber die Machtsprüche (= Decrete) zu jenen Bestimmungen, die sich auf den gerichtlichen Rechtsschutz beziehen (I §. 39). Die preußischen Redactoren strichen den §. 6, weil das Vorkommen von Machtsprüchen „als dem Wesen einer vernünftigen Regierung widersprechend theoretisch ganz unmöglich ist“; den §. 5 dagegen ließen sie stehen, nachdem Suarez ausgeführt hatte, daß die daselbst erwähnten „Verordnungen“ nicht nothwendig Machtsprüche sein müßten; denn es lasse sich denken, daß der Landesherr bei Entscheidung eines einzelnen Falles etwas verordne, ohne noch gleich einen Machtspruch zu thun; z. B. er erkläre in casu individuo, es solle Jemand erlaubt sein, seine Stieftochter zu heirathen, es solle von einem gewissen Mineral, so unstreitig ad regalia gehöre, kein Zehent gegeben werden. Die Meinung des Paragraphen sei also eigentlich die: Wenngleich der Landesherr bei Entscheidung eines einzelnen Falles einen allgemeinen Grund gebraucht habe, so solle dennoch die Entscheidung auf andere Fälle, selbst wenn derselbe Grund auf sie passe, nicht amplificirt werden.<sup>24)</sup> — Der Gedankengang der österreichischen Redactoren war ein anderer.<sup>25)</sup> Sie strichen den §. 39 einfach darum, weil sie das, was er bestimmt, wesentlich für einen Satz des Proceßrechtes hielten.<sup>26)</sup> In der That lag das Fällen von Richtersprüchen durch den Monarchen noch nicht so weit ab von der damaligen Gegenwart,<sup>27)</sup> um das Urtheil zu rechtfertigen,

legislative Absicht hervorhebt. — Wunderliche Anschauungen finden sich bei Guilleaume Theor. pract. Abhandlung der Rechtslehre von der Gewohnheit (2. Aufl. Osnabrück 1801) S. 149 f.: „Die Rescripte und Decrete wurden den constitutionibus universalibus beigezählt, und so lange, als der römische Freistaat stand, mußte natürlich durch die stillschweigende Einwilligung des Volkes daraus auf ein stillschweigendes Gesetz gefolgert werden. Die iudices pedanei entschieden gewöhnlich nur quaestiones facti und die Prätores quaestiones iuris; diese aber hatten Antheil an der gesetzgebenden Gewalt, welche unsern Richtern mangelt.“ Auch die Ausführungen bei Glück a. a. O. S. 537 ff. sind widerspruchsvoll.

<sup>24)</sup> Bornemann I S. 183. Koch Comm. (6. Aufl.) I S. 21 Note 9, der übrigens trotz dieser in den Materialien enthaltenen Daten von §. 5 cit. ausragt, es sei unklar, „welche bestimmte Beziehung diese Verordnung hat“. In der That mögen gerade diese Daten es veranlassen haben, daß das preuß. Obertribunal einmal (Koch a. a. O.) den §. 5 auf (vom Landesherrn erteilte) Privilegien bezog. So gewiß nun eine Gnadenverleihung Seitens des Landesherrn unter den Gesichtspunkt eines Privilegiums fallen kann, so war es doch von jeher nicht zweifelhaft, daß Gnadenverleihungen auf andere Fälle nicht auszudehnen seien (vgl. z. B. Glück I S. 540). Die österr. Schriftsteller haben schon darum den §. 12 b. G. B. nie auf Privilegien bezogen, weil von diesen unmittelbar nach diesem Paragraph im §. 13 b. G. B. ex professo gehandelt wird.

<sup>25)</sup> Ein anderer auch in folgender Richtung: Preussische Juristen, z. B. Förster Theorie und Praxis (2. Aufl.) I S. 68 f., lehnen an §. 5 der Einleitung, der von den „von dem Landesherrn in einzelnen Fällen oder in Ansehung einzelner Gegenstände getroffenen Verordnungen“ handelt, den Satz an, daß auch durch Verfügungen der Staatsbehörden verpflichtende Rechtsvorschriften nicht begründet werden können. Die Redactionsgeschichte des bürgerl. G. B. dagegen zeigt, daß das Verhältnis dieser beiden Gruppen von Verfügungen insofern das umgekehrte ist, als §. 12 unzweifelhaft gewisse Verfügungen der Behörden betrifft, während es unsicher bleibt, ob er auch auf Verfügungen des Landesherrn zu beziehen ist.

<sup>26)</sup> Schuster I S. 277 f. (vgl. Unger a. a. O.) vertritt die Meinung, die Streichung des Paragraphen sei erfolgt, weil sein Inhalt „aus dem Geiste der §§. 19, 20 b. G. B. von selbst verstanden werde“. Aber hat das römische Recht der Kaiserzeit nicht neben ganz ähnlichen Rechtsakten die kaiserlichen Decrete und Rescripte?

<sup>27)</sup> So ber. f. sich z. B. Sonnenfels in der Sitzung v. 22. Febr. 1802 auf eine „merkwürdige Entscheidung“ Kaiser Joseph's II. (in dem Eheproceß Apollonia Mayerinn c. Joseph Foltanegg), mit welcher, nachdem der Brünner Magistrat und die oberste Justiz-

es seien solche Vorgänge mit einer vernünftigen Regierung unverträglich; und in der Literatur der damaligen Zeit war, wenn sie auch im Allgemeinen den Machtprüchen gründlich abgeneigt war,<sup>28)</sup> doch auch eine Richtung durchaus nicht unvertreten, welche die Machtprüche principiell billigte.<sup>29)</sup> Dafür, daß durch die Streichung des §. 39. keine Lücke entstehe, war gesorgt durch das in voller Geltung verbleibende, das Verbot der Cabinetsjustiz<sup>30)</sup> enthaltende Hofdecret vom 8. Jänner 1795.<sup>31)</sup> Sollten aber Machtprüche überhaupt nicht mehr vorkommen dürfen,<sup>32)</sup> so verstand es sich von selbst, daß es überflüssig erscheinen mußte, ihre Anwendung auf andere Fälle noch ausdrücklich zu verbieten. Es blieb somit nur übrig, auszusprechen, daß andere, in einzelnen Fällen vom Landesherrn ausgegangene Verfügungen dann nicht als Gesetze anzusehen seien, wenn sie nicht erkennbar in gesetzgeberischer Absicht erlassen wurden. Zwar war auch diesfalls, wenigstens soweit es sich um die Abschaffung der an den römischen Rescriptsproceß erinnernden, noch nach dem Josephin. G. B. eine so große Rolle spielenden „Belehrungen“ handelte, schon durch §. 7 b. G. B. Vorseege getroffen;<sup>33)</sup> aber es erschien den Redactoren nicht überflüssig, die hier in Frage stehende Regel noch bestimmter und in allgemeinerer Fassung im Gesetze auszudrücken,

sielle die Ehe für gültig, das Appellationsgericht dagegen sie für ungültig erkannt hatten, der Kaiser auf ein Gesuch der Klägerin hin nach Vernehmung der obersten Justizstelle das vom Appellationsgericht gefällte Urtheil bestätigte und die von der obersten Justizstelle gefällte Sentenz gänzlich aufhob.

<sup>28)</sup> Vgl. z. B. Montesquieu Vom Geist der Gesetze bes. Buch VI Cap. 5 f., Buch IX Cap. 6, ferner die Schrift: Beweisgründe, daß in denen teutschen Landen eine Reformation der gegenwärtigen Justiz nicht allein unnöthig und unnützig, sondern auch dem gemeinen Wesen vielmehr schädlich sey. (1753.) S. 9 f.: „Ein Machtpruch ist ein Urtheil eines Regenten, welches er in Civil- oder Criminalsachen ex plenitudine potestatis, nicht nach Recht und Gerechtigkeit, sondern nach bloßem Gutblüthen abfasset. . . Ein vernünftiger und Gerechtigkeit liebender Regent wird sich der Machtprüche niemahlen bedienen.“

<sup>29)</sup> So spricht z. B. H p f n e r Naturrecht (2. Aufl. Sieben 1782) S. 171 f. dem Regenten das Recht zu, die Streitigkeiten der Untertanen zu entscheiden; nur weil er in größeren Staaten nicht alle Streitigkeiten selbst entscheiden kann, ist er besugt, Richter zu bestellen, bleibt aber auch bei dieser Einrichtung die Quelle aller Gerechtigkeit. Hugo Lehrb. des Naturrechts (4. Aufl. 1819, die erste Aufl. erschien 1798) S. 142 Note 1, §§. 384, 397 f. vertheidigt energisch die Einheit aller Gewalten im Staate. Darnach darf man wohl behaupten, daß das von Bornemann (oben im Text vor Note 24) den preuß. Redactoren unterlegte Motiv der Streichung des §. 6 schon etwas modern gefärbt ist.

<sup>30)</sup> Darunter versteht man, wenn dieser Begriff technisch genommen wird, „überhaupt eine von der Regierung oder ihren abhängigen Dienern ausgehende Einwirkung in die richterliche Verhandlung und Entscheidung einzelner Civil- und Criminalproceße.“ Welcker im Staatslexikon (Neue Aufl.) II S. 777.

<sup>31)</sup> J. G. S. Nr. 212: „In den bloßen Privat-Justizsachen kann keine andere Erledigung, als durch die ordentlichen, von dem Landesfürsten durch seine Gesetze aufgestellten Gerichtsbehörden statt haben; folglich ist ein, auf was immer für einem anderen Wege erhaltenes Erkenntniß für erschlichen und daher keiner Rücksicht würdig zu achten.“ In früheren Jahrhunderten sind Verbote dieser Art etwas ganz ungewöhnliches; doch kommt in Böhmen ein solches schon zur Zeit Carl's IV. vor: Dtt Beiträge zur Receptionsgeschichte des römisch-canonischen Processes in den böhmischen Ländern (Leipzig 1879) S. 165. Für Oesterreich im engeren Sinne aber hat Luschin in (Geschichte des älteren Gerichtswesens in Oesterreich ob und unter der Enns, Weimar 1879) S. 22, 43, 54, 58, 72, 96 ff. nachgewiesen, wie die Gerichtshoheit des Herzogs mehr und mehr den früheren Amtscharakter abkristete, um zum persönlichen Vorrecht des regierenden Hauses zu werden. Und wenn auch bei dieser Uebung des Richteramtes nicht der Herzog selbst das Urtheil zu finden hatte, so kommt doch auch das Ansichziehen der Entscheidung selbst und sonstiges persönliches Eingreifen in die Gerichtsbarkeit vor. Vgl. noch Menger Syst. des österr. Civ. Proc. R. I S. 211 ff., woselbst auch reiche Literatur-Angaben.

<sup>32)</sup> Daß die oberste Justizstelle bis 1837 die kaiserliche Genehmigung einholen mußte, wenn sie conforme Entscheidungen der untern Instanzen abändern wollte (Maasburg a. a. O. S. 44 f.), verließ nicht gegen das Hofd. v. 1795.

<sup>33)</sup> Vgl. oben S. 140 f. und bes. Excurse I S. 8 f., 72.

mügen immerhin wir, und nicht erst in der Gegenwart,<sup>34)</sup> erkennen, daß die staatsrechtlichen Voraussetzungen längst weggefallen sind, welche die „die Verfügungen“ betreffende Bestimmung des §. 12 als notwendig erscheinen lassen mochten.

Noch viel entschiedener ist dies aber nach dem derzeit in Kraft stehenden Rechte<sup>35)</sup> der Fall. Wird auch „alle Gerichtsbarkeit im Staate im Namen des Kaisers ausgeübt“ und werden „die Urtheile und Erkenntnisse im Namen des Kaisers ausgefertigt“,<sup>36)</sup> so ist doch „die Organisation und Competenz der Gerichte durch Gesetz festgestellt“ und „die Richter sind in Ausübung ihres richterlichen Amtes selbständig und unabhängig“. Der letztere Satz geht weiter als das Hofdecret von 1795. Durch ihn und durch das im Art. 7 cit. den Gerichten gewährte Recht, die Giltigkeit von Verordnungen zu prüfen, ist auch ausgeschlossen, daß der Richter selbst sein Urtheil (das sonach formell gesetzmäßig von der ordentlichen Gerichtsbehörde gefällt würde) spreche in Gemäßheit eines ihm zugetommenen Machtspruches oder einer nicht rechtsbeständigen Verordnung. So weit ab ohnedies die Möglichkeit der Wiedereinführung einer Art von Rescriptprocessen liegt — auch sie ist durch die cit. Gesetze bestimmt ausgeschlossen.

B. Die von Richtersthühlen gefällten Urtheile. (Das wissenschaftliche und Juristenrecht.) In Oesterreich wie in Preußen<sup>37)</sup> war die Codificationszeit erfüllt von dem Gedanken,<sup>38)</sup> „der Richter solle gewissermaßen nichts sein, als das lebendige, personificirte Gesetz. Könnte die Gerechtigkeit vom Himmel steigen, und den Griffel zur Hand nehmen, um das Recht so bestimmt, genau und detaillirt aufzuzeichnen, daß die Anwendung desselben sich in eine bloße Schablonenarbeit verwandeln würde, es ließe sich für die Rechtspflege nichts Vollkommeneres denken, es wäre das vollendete Reich der Gerechtigkeit auf Erden . . .“<sup>39)</sup> In Preußen suchte man diesem Ideale wirklich nach Kräften nahe zu kommen; in Oesterreich war man mißtrauisch gegen so weitgehende Casuistik, und strebte vielmehr darnach, die „Vollständigkeit der Gesetzgebung . . . durch Nachforschung des Allgemeinen in dem Einzelnen und durch Vereinfachung der Rechtsvorschriften“ zu erreichen; man verzichtete darauf, „den Richter an eine buchstäbliche Anwendung des Gesetzes binden und ihn in eine rechtsprechende Maschine verwandeln“ zu wollen, und wollte vielmehr den „Richter zum Eindringen in den Geist des Gesetzes und zum Denken“ nöthigen; er sollte „nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen entscheiden dürfen“, wo ihn das Wort des Gesetzes und dessen Analogie verlasse, indem man ein sah, daß das Gesetz, „weil

<sup>34)</sup> S. Unger a. a. D.

<sup>35)</sup> St. G. G. über die richterliche Gewalt vom 21. December 1867 R. G. B. Nr. 144 Art. 1, 2, 6, 7.

<sup>36)</sup> Art. 1 cit. Dazu Min. Vdg. vom 11. Jänner 1868 R. G. B. Nr. 6. Vgl. Menger a. a. D. S. 211 Note 1. In diesem Sinne ist auch heut der Monarch die Quelle aller Gerechtigkeit, aber es bedeutet dies etwas anderes, als bei Hüpfner (oben Note 29). S. Bluntzschli Allg. Staatsrecht (5. Aufl.) S. 226 ff.

<sup>37)</sup> Nicht ganz ebenso in Frankreich, und dieser Unterschied ist für alle spätere Zeit bedeutsam geblieben.

<sup>38)</sup> Der freilich ein noch viel älterer ist; vgl. oben S. 5 ff. und neuestens Ott a. a. D. S. 162 ff.

<sup>39)</sup> Worte Shering's (der Zweck im Recht S. 377), die freilich ohne Beziehung auf jene Zeit gesprochen sind. Aus der Codificationszeit selbst vgl. Eggers Bemerkungen zur Verbesserung der . . . Gesetzgebung (1798) S. 10 f.: „Uebrigens geht es mit der Gesetzgebung wie mit allen menschlichen Kenntnissen; sie wird immer reifer. Die Zeit kann die Veränderung mancher Verfügungen heißen, die für die gegenwärtige Zeit sehr passend sind. Je freiere Hand also der Gesetzgeber hat, und je gebundener der Richter ist, desto besser.“ Schöman Schadenersatz S. 1 f. Portalis (a. dem oben S. 10 Note 40 a. D.) S. 193: „Ausbreitung wäre es sehr zu wünschen, wenn alle Materien durch Gesetze bestimmt werden könnten,“ aber (S. 197) es ist „unmöglich, alle Fälle im voraus durch Gesetze zu bestimmen“.

die Fälle unendlich mannigfaltig sind, nie erschöpfend, nie vollständig sein kann.“<sup>40)</sup> Darüber aber waren die österreichischen, wie die preussischen Redactoren eines Sinnes, daß nur dasjenige, was sich nach des Richters bestem Wissen und Gewissen<sup>41)</sup> aus dem Gesetze ergebe, die für seinen Spruch maßgebende Norm sein dürfe, bei seinen Entscheidungen aber weder „auf Meinungen der Rechtslehrer“, noch auf „ältere Aussprüche der Richter“ Rücksicht genommen werden solle.<sup>42)</sup> Wie die Beseitigung des Gewohnheitsrechtes als Rechtsquelle der Einheit und Gleichförmigkeit des Rechtes zu Guten kommen und eine Menge unerquicklicher Streitfragen abschneiden sollte, so sind auch §. 12 b. O. B. und A. L. R. Einl. §. 6 von der gleichen Tendenz getragen. Damit aber treten beide Gesetzbücher in Widerspruch sowohl mit den zu ihrer Zeit, als mit den heut in der civilistischen Literatur herrschenden Anschauungen. Freilich wohl sind diese Anschauungen über wissenschaftliches und Juristenrecht selbst — auch wenn man davon absteht, daß manche Differenzpunkte mehr den Ausdruck, als die Sache betreffen — so sehr von einander abweichend, daß man kaum von einer eigentlich herrschenden Lehre sprechen kann. Ueber den nachfolgenden Gedankengang findet sich aber doch bei den Meisten der Hauptsache nach die gleiche Anschauung:

Wie reich auch Gesetzgebung und Gewohnheit Rechtsätze produciren mögen, — die unendliche Zahl von Fällen, welche das Leben in endloser Entwicklung und unberechenbarer Verwicklung schafft, können sie nicht erschöpfen, vorhersehen und durch klare Bestimmungen in vorhinein regeln, und so erweist sich alles Gesetzes- oder Gewohnheitsrecht über kurz oder lang als lückenhaft. Und neben diesen Mängeln zeigt es sich auch oft genug dunkel, widerspruchsvoll und starr, im Widerstreit mit den Bedürfnissen des Lebens. Diesen Mängeln abzuhelfen ist Aufgabe der Wissenschaft.<sup>43)</sup> Sie löst dieselbe auf zweifachem Wege, theils indem sie durch Induction und Deduction den schon gegebenen Stoff verarbeitet, die geltenden Rechtsätze auf ihre Principien zurückführt und aus den gegebenen Grundgedanken die Consequenzen, selbst die äußersten und entlegensten gewinnt, theils indem sie (aus der Natur der Sache oder selbst irgehend) absolut neuen Stoff hervorbringt. Da auch die erstere Thätigkeit den Charakter freien künstlerischen Schaffens hat, und durch Verbindung isolirter Sätze des geltenden Rechtes neue Sätze wenigstens zum Bewußtsein bringt, so kann man auch von ihr sagen, daß sie selbstthätig fortbildend auf das Recht einwirke, daß sie neue Rechtsätze erzeuge, daß sie also eine Rechtsquelle sei. Zwar geben sich diese Sätze nur als Entwicklungen, als Auseinanderlegungen des anderweitig schon geschaffenen Rechtes — ob sie es aber auch wirklich sind, läßt sich nicht überall mit Sicherheit erkennen. Schon darum ist es für ihre äußere Wirksamkeit von der größten Wichtigkeit, daß sie auch von Seiten der Gerichte als richtig angenommen und

<sup>40)</sup> Excurse I S. 8 ff., 56, 61 ff., 69, 85. Vgl. Fhering a. a. D. S. 386. Portalis S. 194 f.: Der Richter darf nicht vergessen, „daß, wenn auch Einiges blos nach Vernunftgründen zu entscheiden ist, doch nichts seinem Eigensinn, seiner Willkür überlassen wird.“ Dieses Recht des Richters, die Gesetze „in den Fällen, wo sie schweigen, zu ergänzen“, rechnet Portalis S. 197 zur wissenschaftlichen Auslegung, räumt es aber (S. 195) dem Strafrichter als solchem nicht ein. Auch diesfalls vgl. Fhering S. 384 f.

<sup>41)</sup> Wobei freilich §. 7 b. O. B. dem Richter weit größere Freiheit gab, als das A. L. R.; vgl. des letzteren Publ. Pat. v. 1794 (XVIII gegen Ende und Einl. §. 47 ff.).

<sup>42)</sup> A. L. R. Einl. §§. 6, 60.

<sup>43)</sup> Die ältere Doctrin wollte die Lücken namentlich aus dem Naturrecht ausfüllen. S. oben S. 194 ff und Portalis S. 191: „Wie können positive Gesetze die Verfassung auf das natürliche Recht in den Geschäften des Lebens entbehrlich machen.“ Aber freilich beruft er S. 192 auch Wissenschaft und Praxis, die „immer als die beste Ergänzung der Gesetzgebung betrachtet worden ist“, und rangirt S. 193 das natürliche Recht erst nach der rerum indicatarum auctoritas und der communis doctorum opinio.

stetig angewendet, daß sie zur Praxis werden, welche als Ausdruck einer im Volke selbst oder doch bei den dasselbe auf dem Gebiete des rechtlichen Denkens vertretenden Rechtskundigen herrschenden Rechtsüberzeugung angesehen werden kann. Dadurch erlangen diese Sätze — und das Gleiche gilt auch von jenen, die ohne vorher theoretisch vertreten gewesen zu sein, in der Praxis angewendet werden — eine äußere selbständige Geltung, die sich nun wesentlich auf ihre gewohnheitsmäßige Befolgung von Seiten der Gerichte stützt, sie werden nun unzweifelhaft zum Recht, weil sie das wirklich angewendete Recht enthalten. Der Gerichtsgebrauch hat den Inhalt des wissenschaftlichen Rechtsbewußtseins so fixirt, wie das Volksgewohnheitsrecht den des unmittelbaren Volksbewußtseins zum bestimmten Ausdruck gebracht hat. Er läßt sich darum passend als ein wissenschaftliches Gewohnheitsrecht charakterisiren, das nach seinen Urhebern Juristenrecht genannt werden mag. Dennoch aber gilt weder die Wissenschaft noch die Praxis als bindende Rechtsquelle; der Richter, der gute Gründe zu haben glaubt, einen Satz des wissenschaftlichen Rechtes oder des Gerichtsgebrauches für unrichtig zu halten, darf und soll von demselben abgehen, wenn er meint, einen richtigeren an dessen Stelle setzen zu können, denn *legibus non exemplis iudicandum est*.

Aber nur auf diese allgemeinen Umrisse beschränkt sich heut zu Tage die Uebereinstimmung sehr zahlreicher Schriftsteller. Sieht man näher zu, geht man etwas tiefer auf die einzelnen Sätze und deren Begründung ein, dann zeigen sich Differenzen von weit größerer Tragweite, als man gewöhnlich einzugestehen pflegt. Allerdings kann es nicht unsere Aufgabe sein, dies hier in allen Einzelheiten auszuführen; wohl aber müssen wir, um über die Tragweite unseres §. 12 klar zu sehen, die Hauptpunkte, so wie es oben S. 240 ff. rücksichtlich des Gewohnheitsrechtes geschehen ist, hervorheben.

1) Vor Allem erschwert die ungleiche Terminologie die Verständigung. Schon darüber gehen die Meinungen sehr auseinander, was man zu verstehen habe unter theoretischen und praktischen Arbeiten der Juristen. Die Einen<sup>44)</sup> verstehen unter Theorie „jede rein wissenschaftliche Forschung“, unter praktischen Arbeiten jede Forschung, „welche nicht auf den Inhalt der Quellen für sich beschränkt ist, sondern zugleich das Verhältniß dieses Inhalts zu dem lebendigen Rechtszustand, in welchen sie eingreifen soll, also den Zustand und das Bedürfniß der neueren Zeit in's Auge faßt,“ gleichgiltig, ob sie auf „die Mittheilung des gewonnenen Resultates durch Lehre und Schrift oder das Bedürfniß eines entstandenen Rechtsstreites“ abzielt; die Anderen<sup>45)</sup> nennen die Thätigkeit des Juristenstandes eine theoretische (literarische), wenn „er in Lehre und Schrift das geltende Recht darstellt“, eine praktische (gerichtliche) aber dann, wenn „er einen entstandenen Rechtsstreit entscheidet“. Zwischen diesen Begriffsbestimmungen, von denen die erste der Praxis zu viel, die letztere zu wenig zuweist,<sup>46)</sup> stehen andere in der Mitte, bald mehr den praktischen Zweck alles Rechtes betonend,<sup>47)</sup> bald getragen von dem Gedanken, daß die Wissenschaft auch nur um ihrer selbst willen der Pflege werth sei,<sup>48)</sup> Niemand aber betont, daß Theorie und Praxis Begriffe

<sup>44)</sup> Savigny Syst. I S. 87, 90.

<sup>45)</sup> Unger Syst. I S. 41.

<sup>46)</sup> Nach Savigny's Begriffsbestimmung müßte sein System eine wesentlich praktische Arbeit sein; nach Unger wäre ein Rechtsgutachten über einen vorliegenden Rechtsstreit wohl eine theoretische Arbeit. Und wohin wäre die cauterarische Thätigkeit des Juristenstandes, die doch ein so wichtiges Moment im Receptionsgang der fremden Rechte bildet (Vtt a. a. D. S. 141) zu stellen?

<sup>47)</sup> Vgl. z. B. Stahl Philos. des Rechtes (3. Aufl.) II. 1 S. 251: „Die Rechtswissenschaft hat die Aufgabe, das Recht zum vollständigen und systematischen Bewußtsein zu bringen für den Zweck seiner Anwendung, sei es, um die Regeln für die Zukunft (Theorie), sei es, um die Entscheidung eines vorliegenden Falles zu erhalten (Praxis).“

<sup>48)</sup> Stobbe Handb. des deutschen Privatrechts I S. 146 f.: Die Praxis unter-

sind, die, wie auf dem Boden des Rechtes, so auch für jede andere geistige Thätigkeit gelten, und darum eine Fassung erhalten müssen, die die juristische Theorie und Praxis nur als Anwendung eines viel allgemeineren Begriffes erscheinen lassen.

Noch bunter ist der Sprachgebrauch rücksichtlich der Begriffe wissenschaftliches Recht, Recht der Wissenschaft, Juristenrecht, Praxis, Gerichtsgebrauch u. s. w. Die drei erstgenannten Namen werden oft synonym gebraucht, oft aber erscheint das Juristenrecht als ein weiterer Begriff, denn wissenschaftliches Recht oder umgekehrt.<sup>49)</sup> Und während Einige unter Juristen- oder wissenschaftlichem Recht nur die Doctrin,<sup>50)</sup> die Anderen nur die Praxis verstehen,<sup>51)</sup> zählt eine dritte Gruppe Doctrin und Praxis schlechthin oder mit gewissen Beschränkungen zum Juristenrecht,<sup>52)</sup> eine vierte Gruppe verwirft überhaupt die Annahme eines wissenschaftlichen oder Juristenrechtes mit mehr oder weniger Entschiedenheit,<sup>53)</sup> und noch Andere rathen, wenigstens diese Namen zu vermeiden.<sup>54)</sup>

Nicht besser steht es mit den Namen Praxis, Gerichtsgebrauch und vielen andern, die bald gleichbedeutend, bald in verschiedenem Sinne gebraucht werden (usus fori, Gerichtsobservanz, Präjudicien, rerum perpetuo similiter

wirkt „die concreten Verhältnisse juristischen Grundsätze“, die Theorie entwickelt „die Rechtsätze ohne Rücksicht auf concrete Zwecke“ und strebt „ihren geistigen Gehalt nach allen Richtungen hin darzulegen“. Vgl. noch Ihering Dogm. Jahrb. I S. 5 f., 9 ff.

<sup>49)</sup> Vgl. zum Folgenden oben S. 239 f. (Text und Noten). Hervorzuheben Puchta Gew. R. I S. 161 ff., II S. 14 ff., Cursus I S. 15, Pand. und Vorles. §. 16: Das Recht der Wissenschaft kommt zur Erscheinung in den Juristen und ihrer theoretischen und praktischen Thätigkeit, in der Literatur und in den Gerichten; es heißt auch Juristenrecht; aber — und darauf legt Puchta das größte Gewicht — man muß eine doppelte Art des Juristenrechtes unterscheiden; eines, das Gewohnheitsrecht ist, nicht auf wissenschaftliche Operationen gegründet ist, sondern auf Ueberzeugungen beruht, die den Juristen als Gliedern dieses Volkes innewohnen, das sich manifestirt in der communis doctorum opinio und in der Praxis; daneben ein anderes, welches die Juristen als Träger der wissenschaftlichen Wahrheiten erzeugen, indem sie Rechtsätze darstellen und anwenden, die rein auf inneren Gründen beruhen. Für Puchta ist Juristenrecht der weitere Begriff; den Namen wissenschaftliches Recht will er nur gebraucht wissen für jenes von den Juristen geschaffene Recht, welches kein Gewohnheitsrecht ist. (Zu letzterer Beziehung mit ihm einverstanden Thöl [unten Note 51], Windscheid Pand. S. 16 Note 8, Büchlan Medlenb. Landr. I S. 316. Abweichend Salza im Rechtslexikon IV S. 852, insofern er die communis doctorum opinio zum wissenschaftlichen Recht stellt.) — Warnkönig Jurist. Encycl. 1853 S. 41 ff. identificirt zuerst Juristenrecht und Recht der Wissenschaft, um alsbald zwei Fälle zu nennen, in welchen „das Recht der Wissenschaft zum eigentlichen Juristenrecht wird“.

<sup>50)</sup> So Falk Jur. Encycl. (5. Aufl. 1851) S. 18.

<sup>51)</sup> Thöl Einleitung S. 55, Wächter Würtemb. Pr. R. II S. 47, Harum Entstehung des Rechtes S. 15 f., 25, der aber das Juristenrecht nicht auf die Rechtsüberzeugung, sondern auf den Willen der Juristen stützt (vgl. Binding Die Normen I S. 68). Brinz Pand. 2. Aufl. S. 19 zählt die theoretische Verarbeitung dem Juristenrechte nur bei, und nur insofern doch bei, als sie zur praktischen Verarbeitung in einem präparatorischen Verhältnis steht; er erklärt es aber ausdrücklich für falsch, sie als solche oder gar nur sie zum Juristenrecht zu stellen.

<sup>52)</sup> Savigny I S. 49 nennt wissenschaftliches Recht alles in der Thätigkeit des Juristenstandes hervortretende Recht, Unger I S. 42 f. unterscheidet Juristenrecht im eigentlichen Sinne (wissenschaftliches Recht) und Juristenrecht im eigentlichen Sinne (Gerichtsgebrauch). Vgl. noch Förster I S. 72, Holzschuher Theorie und Casuistik (3. Aufl.) I S. 13, 16, Warnkönig a. a. D.

<sup>53)</sup> Keller Pand. S. 2, 3, 12, Chambon Dessert. Blätter für Literatur und Kunst 1856 Nr. 21.

<sup>54)</sup> So vermeidet Stobbe I S. 147 Note 1 den Namen Juristenrecht, Brinz §. 19 verwirft den Namen wissenschaftliches Recht, denn alles Juristenrecht beruhe auf der Rechtsanwendung, die immer neuen Stoff (den neuen Streitfall, die neue Geschäftslage) hinzubringe. Auch Dernburg Preuß. Pr. R. I §. 22 vermeidet den Namen wissenschaftliches Recht; er stellt Gerichtsgebrauch und Juristenrecht zwar neben einander, gibt aber nicht an, wodurch sie sich von einander unterscheiden.

judicatarum auctoritas).<sup>55)</sup> Man spricht von Praxis im weiteren und engeren Sinne. Die erstere umfaßt alle Rechtsanwendung überhaupt,<sup>56)</sup> die letztere wird gleichbedeutend gebraucht mit dem auch sogen. materiellen Gerichtsgebrauch, den Präjudicien, d. h. den gerichtlichen Erkenntnissen, in der Bedeutung aufgefaßt, daß sie bei anderen Erkenntnissen in ähnlichen Fällen als Muster dienen sollen.<sup>57)</sup> Damit aber sind die Gegensätze noch nicht erschöpft. Man versteht unter Praxis gewöhnlich ein Doppeltes: einmal das durch Urtheilsprüche befundene wahre Gewohnheitsrecht, und zum andern, ohne jede Beziehung auf schon vorhandenes Gewohnheitsrecht die gleichförmigen Aussprüche eines und desselben Gerichtes.<sup>58)</sup> Während aber angefehene Schriftsteller mahnten, das Wort Praxis oder Gerichtsgebrauch nur in dem ersteren Sinne zu gebrauchen, sprechen Andere<sup>59)</sup> auch schon da von einem Recht der Praxis, wo ein Satz erst in einem einzigen richterlichen Urtheil angewendet wurde, indem er schon dadurch ein Rechtsatz werde; und noch Andere verstehen unter Praxis lediglich die „factische, wiederholt wiederkehrende richterliche Auslegung und Anwendung des Gesetzes in einer Reihe von der Vergangenheit angehörig Fällen.“<sup>60)</sup> Man sieht, es ist schwer, sich bei so schwankender Terminologie nicht mißzuverstehen.

2) Dieses eben nachgewiesene Schwanken des Sprachgebrauchs ist, wenigstens heut, nicht so sehr der Ausdruck grunderschiedener Anschauungen, als vielmehr Product einer Unklarheit, die mit einer gewissen Vorliebe von Vielen gepflegt wird, der Unklarheit darüber, ob die Wissenschaft neues Recht zu schaffen vermöge, und ob man sie daher als selbständige Rechtsquelle zu bezeichnen berechtigt sei (vgl. oben S. 190 f.). So oft diese letztere Frage auch bejaht worden ist, das Ja war — abgesehen von dem *ius respondendi de auctoritate principis* kaum je ein unverclaufulirtes. Der Regel nach suchen diejenigen, welche der Arbeit des Juristenstandes rechtserzeugende Kraft beimessen, diese Entstehungsquelle des Rechtes irgendwie ganz oder zum Theil auf das Gewohnheitsrecht zurückzuführen. Dahin gehört die so oft vertretene Behauptung, der Stand der Rechtskundigen<sup>61)</sup> repräsentire, „selbst Bestandtheil des Volkes, in diesem

<sup>55)</sup> Vgl. z. B. Stahl S. 256: „Es ist . . . zu unterscheiden; Präjudicien und Praxis, d. i. einzelne wahrnehmbare Vorgänge und eine lange fortgesetzte meist nicht mehr nachrechenbare Anwendung. Jenes ist der erst sich bildende, dieses der entschieden festgesetzte Gerichtsgebrauch.“ Diesfalls ist das Schwanken des Sprachgebrauchs auch schon öfters beklagt worden. Mühlbruch Pand. I §. 40, Savigny I S. 97.

<sup>56)</sup> Jordan Bemerkungen über den Gerichtsgebrauch . . . im civ. Archiv VIII (1825) Nr. IX S. 232 f.: „Der Gerichtsgebrauch (ist) . . . die bei einem Gericht gebräuchliche . . . Weise, wie ein Gericht bei der Beurtheilung der Giltigkeit und Anwendbarkeit der bestehenden Gesetze, bei deren Auslegung und Ergänzung verfährt.“ Rierulff Theorie des gem. Civ. R. S. 37: „Die einem Gericht zur Gewohnheit gewordene Annahme eines gesetzlichen Willens.“

<sup>57)</sup> Sartorius Die Erzeugung und Bedeutung des Gewohnheitsrechts im Civ. Proz., Civ. Arch. XXVII (1844) Nr. III S. 87. Uebrigens beziehen die Einen (so namentlich Sartorius a. a. D.) den Begriff der Praxis vorwiegend auf die die Proceßleitung betreffenden Sätze, die Anderen wesentlich auf die Sätze des materiellen Rechts; Thöl z. B. Einleitung §. 54 denkt dabei nur „an die Anwendung eines Rechtsatzes in einem richterlichen Urtheil“, Stobbe I S. 142 sowohl an die Entscheidung eines Rechtsstreites als an die Handhabung der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

<sup>58)</sup> Schweppe Röm. Priv. R. (4. Ausg.) I S. 81, Mühlbruch §. 40, Savigny I S. 97, Holzschuber I S. 15; vgl. Seuffert Erörterungen I Nr. VI S. 31 ff.

<sup>59)</sup> Thöl §. 54; vgl. Jordan S. 234.

<sup>60)</sup> Canstein Lehrb. d. Geschichte u. Theorie des österr. Civ. Proz. R. Berlin 1880 I S. 274; vgl. auch schon Weidtel S. 34–36. — Nur für die übereinstimmende Observanz mehrerer Collegien braucht das Wort Praxis Leyser medit. ad pand. spec. IX Nr. VI (ed. III Lips. et Guelpherbyti 1741 vol. I pag. 93). Vgl. Goldschmidt Handelsr. I 2. Aufl. S. 307.

<sup>61)</sup> Seit Stinzing (die popul. Lit. des röm.-can. Rechtes in Deutschland 1867)

Kreise des Denkens die Gesamtheit<sup>62)</sup>. Noch Hugo<sup>63)</sup> begnügt sich damit, auf diesem Wege die Autorität der *communis doctorum opinio*<sup>64)</sup> abzuleiten. Erst die Neueren lehren schlechthin, die Juristen überhaupt seien Repräsentanten des Volkes in diesem Kreise; aber auch bei ihnen findet sich die Wendung, die „Rechtswissenschaft sei gleichsam das Gewohnheitsrecht der späteren Zeit“<sup>65)</sup> oder der Gerichtsgebrauch sei so das Organ der Rechtswissenschaft, wie es die Gewohnheit ist für das Volksbewußtsein und das Gesetz für den obrigkeitlichen Willen.<sup>66)</sup>

Daß die *communis opinio* (wie früher die Glosse) bindende Kraft habe, stand früheren Zeiten so fest, daß eine besondere Begründung kaum für nöthig angesehen wurde;<sup>67)</sup> die Uebelstände, die aus dieser Meinung erwachsen,<sup>68)</sup> führten zu einem Rückschlag, und so möchte wohl keiner unter den lebenden Juristen sie ohne Einschränkung vertreten. Vielmehr spricht seit geraumer Zeit die herrschende Lehre der *communis doctorum opinio* jede äußere, selbständig bindende Autorität ab, und beschränkt sich darauf, es für wahrscheinlich zu erklären (eine Vermuthung dafür sprechen zu lassen), daß es der *communis opinio* an guten Gründen nicht fehle.<sup>69)</sup>

ist freilich zu beachten, und nun auch für Oesterreich wenigstens für die böhmischen Länder eingehend nachgewiesen, daß „die juristischen Halbwissen an der Einbürgerung des bisher fremden Rechtes den Löwenantheil haben.“ Ott a. a. D. S. 103 ff.

<sup>62)</sup> Worte Savigny's I S. 45 vgl. S. 91. Puchta Gew. R. I S. 146 f., 166, II S. 20 und die in Note 49 allegirten Stellen Puchta's, Warnkönig S. 41, Gengler Syst. I S. 52 f., Deutsches Priv. R. S. 34 ff., Pfejeler Syst. §. 34, Salza Rechtslexicon IV S. 837, 851 u. v. a. Anders Stahl S. 252 f.: Der Juristenstand ist nicht Vertreter der Volksüberzeugung, sondern Träger eines nationalen Berufes; „wo die nöthigen Normen aus bestehenden Principien gewonnen werden können, da muß man nicht ein Gesetz geben, sondern die Juristen auf die eigene wissenschaftliche Thätigkeit verweisen.“ Harum S. 25 sieht in der Idee dieser Vertretung nur „Wilder und Fiktionen“.

<sup>63)</sup> Lehrb. des Naturrechts (4. Aufl. 1819) S. 198 f.: „So wie, was Sprache und Sitten betrifft, die Menschen, welche nach ihrer Lage dafür angesehen werden, daß sie gut zu reden oder zu schreiben oder sich anständig zu betragen wissen, in einem gewissen Sinne Stellvertreter des Volkes sind, so sind es auch besonders beim Privatrecht die, welche ihr Leben darauf gewendet haben, sich diese Kenntnisse zu erwerben. Worin sie alle einig sind, das hat die Kraft eines Rechtsatzes; wo sie von einander abweichen, da kann die Obrigkeit die eine oder die andere Meinung vorziehen, ohne dadurch Tadel zu verdienen.“

<sup>64)</sup> An sich ist sie nichts anderes, als die bei den Schriftstellern herrschende Meinung, eine literarisch vertretene Anschauung; sie muß nur darum besonders hervorgehoben werden, weil ihr von Manchen, wenn sie von „allen“ Schriftstellern vertreten wird, äußere Autorität beigelegt wurde.

<sup>65)</sup> Arnold Cultur und Rechtsleben S. 338.

<sup>66)</sup> Stahl S. 253.

<sup>67)</sup> Schilter praxis iur. rom. (ed. 3 Francof. et Lipsiae 1713) exerc. ad pand. II (in der cit. Ausgabe tom. I p. 16 §. 4): „communem interpretum consensum hodieque vim iuris habere, non video cur ambigas.“ Dazu vgl. die Schilderung bei Kreittmayr I S. 88 f. Noch bei Portalis S. 193 heißt es: „vertritt . . . eine allgemein angenommene Meinung . . . die Stelle des Gesetzes.“

<sup>68)</sup> Vgl. Puchta Gew. R. I S. 163 f. Thibaut im civ. Arch. V S. 314: Es war Mode geworden, „aus den Sätzen weniger Lieblingsschriftsteller sogleich dreißig eine *communis opinio* abzuleiten und diese als recepta sententia geltend zu machen.“ Vgl. auch Savigny I S. 167: „Die Behandlung der früheren Schriftsteller ist bei den Neueren oft sehr willkürlich und ungleich, so daß derselben nach Gutfinden in einzelnen Fällen ein Gewicht eingeräumt und versagt wird, ohne daß ein leitender Grundsatz für dieses abwechselnde Verfahren auch nur gesucht würde. Insbesondere wird nicht selten die Meinung der älteren Praktiker so aufgefaßt, als ob durch sie für alle Zeiten ein unabänderlicher Abschluß gemacht wäre.“ Wenige Decennien vorher konnte Guilleaume S. 160 noch schreiben, daß im Zweifel die neue gemeine Meinung besser sei, als die alte.

<sup>69)</sup> Vgl. Kreittmayr a. a. D., Guilleaume I S. 180 ff., Jordan S. 257, Schweppe I S. 97 f., Seuffert a. a. D. S. 31, Wächter Würtemb. Priv. R. II S. 47, Thöl §. 55, Chambon Nr. 21. Mehr sagen auch nicht Warnkönig S. 43

Umsomehr versteht es sich von selbst, daß Niemand eine formell bindende Autorität der „Wissenschaft als Rechtsquelle“, deren Ergebnisse ja oft von nur sehr vereinzelt Stimmen vertreten werden, behauptet. Dennoch wird auf der einen Seite mehr oder weniger energisch gelehrt,<sup>70)</sup> auf der anderen geleugnet,<sup>71)</sup> die Wissenschaft sei Rechtsquelle; in der Mitte stehen Schriftsteller, welche wohl sagen, sie sei Rechtsquelle, diese Behauptung aber in der Ausführung oder Motivierung thatsächlich aufgeben.<sup>72)</sup> Die Entscheidung dieses Streites hängt ganz und gar von dem Sinne ab, den man mit dem Begriff „Rechtsquelle“ verbindet. Wer einverstanden ist, daß als Rechtsquelle nur dasjenige erscheinen kann, „was den Rechtsregeln als solchen ihre Geltung gibt,“<sup>73)</sup> dem kann es nicht zweifelhaft sein, daß der Wissenschaft, so gewiß ihre Productivität nicht zu bezweifeln ist,<sup>74)</sup> der Charakter einer Rechtsquelle nicht vindicirt werden kann.<sup>75)</sup>

3) Ähnlich steht es mit der Frage nach der Bedeutung des einzelnen richterlichen Urtheils und des Gerichtsgebrauchs als Quelle des Rechtes. Seit Decennien und noch heut wird gelehrt und widersprochen: das richterliche Urtheil sei ein (Special-) Gesetz für die Parteien;<sup>76)</sup> mit Beziehung auf das einzelne

und Gengler Lehrb. I S. 58 f. Eine Ausnahme bildet Maurenbrecher Lehrb. (1840) I §§. 30 ff., 114, bes. §. 31 Note 12, §. 33.

<sup>70)</sup> Am entschiedensten Thöl I §§. 55, 56, 58, dem Weidtel S. 34, 37 Note 1 folgt; vgl. Kunze Das uns respondierende in unserer Zeit S. 18 u. A.

<sup>71)</sup> Savigny I S. 88, Wächter a. a. D. S. 47, Unger S. 43, Brindmann Gew. R. S. 2 f., 47 ff., Keller S. 2, 3, 12, Harum S. 26, Bühlau I S. 316, Stobbe I S. 147, Bekker Die Actionen II S. 247 f., Dahn Deutsches Rechtsbuch S. 54, Canstein S. 275 — die alle darüber einig sind, daß die Wissenschaft nicht neues Recht schafft, sondern nur vorhandenes, aber bisher latent gewesenes entfaltet. Vgl. auch Fhering Geist (2. Aufl.) II S. 365 ff., Weseler Syst. §. 34 und Abikes Rechtsquellen S. 22, der die Wissenschaft ein Instrument nennt, das den Erfolg für die Behandlung der wirklichen Rechtsquellen verbürgt.

<sup>72)</sup> Man vgl. z. B. Gerber Syst. §. 30, Arnob S. 346 ff., 390 ff.

<sup>73)</sup> Keller Pand. §. 1.

<sup>74)</sup> Und zwar ist diese Productivität eine sehr mannichfaltige: Sie bringt Rechtsätze zum Bewußtsein, die im geltenden Rechte unerkannt verborgen lagen (Stahl S. 251 f., 256, vgl. Goldschmidt Handelsr. 2. Aufl. I S. 301 ff.), die Wissenschaft wirkt auf die Gesetzgebung und vermittelt ihr den Uebergang in das Leben (Savigny I S. 46 f.), sie bearbeitet den rechtsgeschichtlichen Stoff in solcher Weise, daß historische Gedanken hervortreten, von denen doch die Alten selbst keine Ahnung hatten, sie stellt begriffliche Formulierungen und Constructionen auf, die völlig neu sind (Fhering Jahrb. I S. 3 ff.) — allein selbst wenn sie hiebei Rechtsätze zum erstenmale ausspricht, so haben doch diese ihre Geltung nur daher, daß sie aus dem schon geltenden und erkannten Recht entwickelt sind, sie haben ihre Geltung nicht von der Wissenschaft erhalten, „so wenig der Bergmann das Erz bildet, welches er aus dem Innern der Erde auf die Oberfläche bringt“ (Weseler Volksrecht und Juristenrecht S. 87), „so wenig der Entdecker eines physikalischen Gesetzes dasselbe gemacht hat“ (Stobbe I S. 148). Vgl. auch noch Bluntschli Allg. Staatsrecht S. 17, der mit Recht hervorhebt, daß bei unserer Frage die Wissenschaft nicht mit Gelehrsamkeit zu verwechseln sei. Ähnlich rechnet schon Sartorius S. 88 f. die Entscheidungsgründe eines Urtheils nicht zum Gewohnheits-, sondern zum wissenschaftlichen Recht.

<sup>75)</sup> Vgl. Scheurl Beitr. I Nr. IV S. 121.

<sup>76)</sup> Diese Behauptung, vielleicht veranlaßt durch die Stellung des §. 12 b. G. B. in der Lehre vom objectiven Recht (aber vgl. auch oben S. 129 Note 10) kommt namentlich bei einigen unserer älteren Commentatoren vor, ist aber bei ihnen nur ein schiefer Ausdruck des richtigen Gedankens, daß das Urtheil für die Parteien, zwischen denen es erging, maßgebend ist. Vgl. z. B. Schuster Comment. S. 190, Rippel I S. 97 f., der geradezu sagt, das Urtheil verbinde die Parteien „als Gesetz“, aber da es unter ihnen doch nur in dem entschiedenen Falle gelte, nicht „als Norm“. Auch Retslag Apologie der Jurisprudenz (Berlin 1848) will mit der Behauptung S. 25: „Der Richter ist ein Gesetzgeber in den einzelnen Fällen“ kaum mehr sagen, als daß zur Realisirung des Rechtes außer dem „conservativen, starren, abstracten Moment des positiven Gesetzes“ auch noch der Richter als anwendendes Organ hinzutreten müsse. (Vgl. auch Abikes S. 11: Der Richter als „der beidete Dolmetsch“ der Vernunft als Rechtsquelle.) Nicht bei Allen aber

Urtheil und den Gerichtsgebrauch wird behauptet: „Auch der Richter kann Recht machen, subjectives und objectives,“<sup>77)</sup> es wird ein lebhafter Streit darüber geführt, ob und inwiefern die Praxis als Gewohnheitsrecht anzusehen sei oder nicht,<sup>78)</sup>

handelt es sich nur um einen schiefen Ausdruck: vgl. Die Nachweisungen in der freisich mehr skeptischen als dogmatischen Untersuchung bei Degen so lb Einlassungszwang und Urtheilsnorm S. 84 ff. und dazu Hefßler in Grünhut's Ztschr. V S. 614. — Gegen die Gesetzesnatur des Urtheils schon Guilleaume S. 151 und vgl. neuestens P. Müller Elemente der Rechtsbildung S. 436 f.

<sup>77)</sup> Vetter Actionen II S. 154, der sich in ersterer Richtung auf die actio indicati, in zweiter auf die res indicatae beruft. Gegen ihn Lenel über Ursprung und Wirkung der Exceptionen 1876 S. 73 ff. (und gegen diesen Bernhöft in der Jen. Lit. Ztg. 1877 Nr. 4 S. 51 Sp. 2). Weit früher schon lehrte Gerfläcker Neu. Arch. des Crim. R. VI. (Halle 1824) Nr. XIX bes. S. 164, 466, 474, 483, 487 f., der Richter habe ein untergeordnetes, beschränktes Gesetzgebungsrecht; doch liegt das Schwergewicht, soweit es sich um das Einzelurtheil handelt, wohl auf dem Gedanken (S. 483): „der Richter soll nach den Gesetzen, aber auch nach seinem Gewissen urtheilen. Veruhren die Gesetze auf Voraussetzungen, welche zu der Zeit, als sie gegeben wurden, für wahr galten, nun aber als falsch allgemein angesehen werden, so würde es ja offenbar gegen sein Gewissen sein, wenn er sie noch anwenden wollte.“ Gegen ihn Jordan S. 230 f., 240, der aber S. 209 ebenfalls annimmt, der Gesetzgeber, der keine zeitgemäße Reform vornimmt, räume den Gerichten stillschweigend die Befugniß ein, die Gesetze den herrschenden Ansichten und Verhältnissen des Volkes anzupassen. Vgl. noch Marcadé und Mourlon Abriss des franz. Civ. R. deutsch v. A. Pfaff 1865 I S. 23. — Weniger schroff lehrt Dernburg, davon ausgehend (S. 15), das positive Recht sei die durch die Organe des Staates verwirklichte Ordnung, (S. 22): „das Leben . . . verbindet Thätigkeiten mit zwingender Gewalt, welche der sichten Verstand sondert. So knüpft sich an die entsprechende Thätigkeit der Richter,“ die an sich nichts mit der Gesetzgebung zu thun hat, „fast mit Nothwendigkeit eine gewisse Rechtsproduction;“ es „tritt ein Zeitpunkt ein . . . wo . . . Präjudicien zuletzt unbedingt der Rechtsprechung zur Norm dienen, daher Recht bilden, da der Staat sie als solches verwirklicht.“ Aber dieser Grund träfe auch in Ansehung jedes einzelnen rechtskräftigen Urtheils zu, möchte es auch noch so sehr gegen das geltende Recht verstoßen. Vgl. auch (gegen Jordan) W. Müller in Civ. Abh. I (1833) Nr. 5. — Schon die Codificationszeit tritt der Idee, als liege in dem Richteramt eine Art gesetzgebender Gewalt, mit großer Entschiedenheit entgegen. Darauf beruht insbesondere das im Code civ. Art. 5 aufgestellte Verbot gemeiner Bescheide: Zachariä (Buchelt) §. 39 S. 94: die Gerichte dürfen bei ihren Auslegungen nicht „über eine streitige oder in den Gesetzen unentschiedene Rechtsfrage eine allgemeine und für alle künftigen Fälle geltende Regel mittelst eines förmlichen Beschlusses aufstellen“, weil die richterliche Gewalt von der gesetzgebenden durchaus getrennt sein muß. Marcadé und Mourlon a. a. O. Vgl. Puchta Gew. R. II S. 111, Gengler Lehrb. S. 54 ff. — Böhlau I S. 317, 320: „Wäre der Juristenstand oder wären auch nur die Gerichte zur Rechtsäußerung berufene Organe, so müßte ihr Ausspruch als solcher, ohne daß es weiterer Begründung bedürfte, Rechtsätze erzeugen. So ist es aber nicht . . . der bloße Ausdruck ihrer eigenen Ueberzeugung ist ganz ebensowenig Rechtsatz, als der Ausdruck der Rechtsüberzeugung irgend eines Einzelnen. Das sogen. Juristenrecht (Praxis) ist also nicht eine etwa dem Schöpfenrecht vergleichbare organische Aeußerung des Rechts.“ (Mit Unrecht behauptet Thöl §. 21: „der Sache nach haben wir in den Ordeelen und Weisthümern einer früheren und selbst der frühesten Zeit ganz dasselbe, was wir in den Urtheilen und Gutachten einer späteren und selbst der neuesten Zeit haben.“)

<sup>78)</sup> Die Frage ist nicht ohne praktisches Interesse: ist der Gerichtsgebrauch Gewohnheitsrecht, so kann er nur binden, wenn er auch allen Voraussetzungen eines solchen, namentlich der diurnitas temporis genügt. Ist er es nicht, so kommen diese Erfordernisse nicht in Frage. Vgl. z. B. Guilleaume S. 144, Jordan S. 233 f. — Bejaht wird die im Text berührte Frage z. B. von Wagner Quellenverhältniß S. 27 cf. S. 74 ff., Sartorius S. 89, Schweppe S. 77, Thöl §. 52, Steinacker Staatslex. X. S. 782, Beseler S. 29, Gerber §. 30 Note 1, Harum S. 18 f., Windscheid §. 16, Förster I S. 69, Böhlau I S. 320, Dahn S. 54, Kirchstetter (3. Aufl.) S. 27, vgl. Schiffner Syst. Lehrb. I S. 29. Ihnen ist der Gerichtsgebrauch nur eine „Art,“ „eine Unterart“, ein „qualificirter Theil“ des Gewohnheitsrechtes. Unklar Guilleaume S. 141. Andere behaupten nur eine nahe Verwandtschaft von Praxis und Gewohnheitsrecht; z. B. R. Falk Encycl. S. 16 und in der Vorrede zu Blackstone's Handb. d. Englischen Rechts (deutsch v. Colbitz) II S. XII ff., wobei aber wieder streitig ist, was das Gemeinsame und das Unterscheidende sei; Falk z. B. findet das Unterscheidende in der Entscheidungungsweise, Kierulff S. 37 darin gerade das Gemeinsame. — Andere, z. B. Rißler

und welche Elemente sich in derselben mischen,<sup>79)</sup> — ob nicht etwa gar geradezu eine Gesetzeskraft des Gerichtsgebrauches anzuerkennen sei und in welchem Umfange,<sup>80)</sup> — endlich ob die Präjudicien eines Gerichtes dieses verbinden oder nicht, und ob sie nur das erkennende Gericht selbst oder auch die ihm unterstehenden Gerichte verbinden.<sup>81)</sup>

4) Wissenschaft (Theorie) und Praxis werden gewöhnlich einander entgegengesetzt. Doch ist dieser Gegensatz nach der heut herrschenden Anschauung kein feindlicher. Wissenschaft und Praxis sind die beiden, wenn auch gesonderten, so

Revis. d. Theorie v. Gew. R., Zacharia I §. 23, §. 57 Note 2 (s. noch §. 39 §. 94), Sufferst Erört. I §. 33, Jordan §. 233, Dworzak in der österr. Vierteljahrsschr. VII §. 77, P. Müller §. 433 ff, Canstein §. 274, 306 behaupten einen wesentlichen Unterschied zwischen Praxis und Gewohnheitsrecht. Vermittelnd zwischen diesen Gegensätzen in verschiedener Weise Gesterding im civ. Arch. III §. 285 f., der es darauf ankommen läßt, was man unter Gewohnheitsrecht verstehen wolle; Cuiacius obs. lib. XX cap. I (ed. Neap. 1722 tom. III col. 569 und nach ihm Viele, z. B. Holzschuber I §. 15, 18, Heimbach im Rechtslex. VII §. 552, Brindmann §. 37, Fenel a. a. D., Menger §. 83, 96 Note 20, finden die Beziehung zwischen Praxis und Gewohnheitsrecht darin, daß erstere ein Erkenntnißmittel des letzteren sei (was sich aber freilich auch von theoretischen Arbeiten sagen läßt, Böhlau §. 321); Stahl §. 253 (vgl. auch Sturm Der Kampf des Gesetzes mit der Rechtsgewohnheit §. 71) erkennt zwar in der Praxis eine Gattung des Gewohnheitsrechtes im weitern Sinne, aber von eigenthümlicher Natur, weil es sich dabei immer um ein wissenschaftliches Urtheil handelt; dazu auch Böhlau §. 316 f., P. Müller a. a. D. Noch andere endlich (z. B. Puchta Gew. R. I §. 161, II §. 20 f., Wächter im civ. Arch. XXIII §. 432 ff., Württemb. Pr. R. II §. 41 ff., Chambon a. a. D.) unterscheiden eine doppelte Praxis, von denen die eine Gewohnheitsrecht enthält, die andere nicht.

<sup>79)</sup> Brinz Pand. 2. Aufl. §. 26 §. 114 findet in der Rechtsanwendung eine „Mischung“, in der sich das Eigenartige der legislativen und gewohnheitsmäßigen Rechtsentstehung verbindet; vgl. aber Kunze (das ius respond. §. 20): „In dem sogen. Juristenrecht sollen sich die Elemente des Gewohnheitsrechts und der wissenschaftlichen Entwicklung verbunden zeigen“ (s. auch vorige Note z. E.). Menger §. 119 Note 3 behauptet, bei der analogen Rechtsanwendung komme die Thätigkeit des Richters der legislativen Thätigkeit sehr nahe. Höpfl Rechtsphil. §. 20 erblickt zwar im Gerichtsgebrauch eine Unterart des Gewohnheitsrechts, aber doch eine Mischung von Gewohnheitsrecht und Urtheil.

<sup>80)</sup> Daß der Gerichtsgebrauch Gesetzeskraft habe, ist der leitende Gedanke des Note 77 angef. Aufsatzes von Gerstlker. Unter den Neueren geht am weitesten Thibaut Pand. (8. Aufl.) §. 16, denn er verlangt zur Gesetzeskraft der von einem Gericht besorgten Norm nur, daß sie constant besorgt worden sei und den Gesetzen nicht widerstreite. Nach dem Vorgang Aelterer z. B. Leyser's med. spec. IX. §. 95 legen viele Neuere, z. B. Guillaume §. 150, Mühlenbruch §. 40, Wening Lehrb. 4. Aufl. §. 16 (13), Sartorius §. 95, 99, zwar dem constanten Gerichtsgebrauch Gesetzeskraft bei, aber nur unter der weiteren Voraussetzung, daß es sich um einen Fall handelt, der in den Rechten nicht entschieden ist, oder um die „Auslegung zweifelhafter und dunkler Rechtsätze“; oder (Warnkönig §. 43) sie sprechen dem Gerichtsgebrauch die Gesetzeskraft darum ab, weil er nur so lange bindend sei, als sich der Richter nicht von seiner Unrichtigkeit überzeugt habe. Die heutigen Schriftsteller und schon manche Aeltere verwerfen regelmäßig die Gesetzeskraft des Gerichtsgebrauchs rundweg, und erklären es nur als wünschenswerth, daß ein Gericht nicht leichtsin seine Rechtsauffassung wechsle. Vgl. z. B. Sufferst a. a. D. §. 31 ff., Savigny I §. 95 f. 198, Koch §. 21 f., Salza a. a. D. §. 854, Heimbach ebenda VII §. 551, VIII §. 605, Dworzak §. 87, Stobbe I §. 144 Canstein §. 307, bes. aber Wächter a. a. D. XXIII §. 439 ff., der überzeugend nachgewiesen hat, daß die gegnerische Lehre zu Konsequenzen führt, die Niemand im Ernste behaupten kann.

<sup>81)</sup> Koch vor nicht langer Zeit lehrten die Meisten, daß, abgesehen von besondern Bestimmungen (vgl. z. B. Roth und Meibom Kurhess. Pr. R. I §. 39), zwar jedes Gericht an seinen eigenen Gerichtsgebrauch gebunden sei, so lange es ihn nicht unzufolgehaft als einen irrigen erkannt habe, daß aber kein Gericht durch seinen Gerichtsgebrauch ein anderes verbinde. Thibaut §. 16 und ebenso Schweppe I §. 78 ließen letzteres nur für coordinirte Gerichte gelten, behaupteten aber, daß der Gerichtsgebrauch der Obergerichte auch bindend sei für die unteren. Dagegen Wening a. a. D. In neuester Zeit pflegt man (s. die Citate der vorigen Note und Weidtel §. 36) die bindende Kraft des Gerichtsgebrauchs überhaupt in Abrede zu stellen.

doch zusammengehörigen Seiten der juristischen Gesamttätigkeit. Hat die Wissenschaft das geltende Recht aufzudecken und in allen seinen Konsequenzen zum Bewußtsein zu bringen, so ist es Aufgabe der Praxis, das erkannte Recht zur Anwendung zu bringen. Und wie die Praxis der Wissenschaft neue Fragen stellt und ihr den Stoff zur Lösung derselben an die Hand gibt, so soll die Praxis auch darin den Zusammenhang mit der Wissenschaft nicht verleugnen, daß sie darauf halten soll, daß jeder richterliche Spruch auf einer wissenschaftlich klar gewordenen logischen Operation beruhe. In diesem Sinne ist oft und von den verschiedensten Seiten vor der des Richteramtes unwürdigen gedankenlosen Präjudicienwirtschaft noch mehr als vor einem dem Leben abgekehrten Treiben der Theorie gewarnt worden,<sup>82)</sup> in diesem Sinne hat Jordan (S. 258) scharfe Worte gesprochen gegen den Richter, der „im Dünkel eigener Weisheit“ die Wissenschaft gering achten wollte, und Savigny (I S. XIX ff.) warm betont, es beruhe alles Heil darauf, daß in diesen gesonderten Thätigkeiten „Jeder die ursprüngliche Einheit fest im Auge behalte.“<sup>83)</sup>

Es ist aber selbst hierüber Dissens laut geworden. Man hat geradezu „die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft“<sup>84)</sup> gepredigt, freilich aber dabei Vorwürfe erhoben, die sich keineswegs nur gegen die Wissenschaft des Rechtes richten. Und schon früher ist als Antwort eben auf die erwähnte Mahnung Savigny's betont worden,<sup>85)</sup> wie weit die Klust sei, „welche zwischen dem sich hinzieht, was ein Schriftsteller für wahr annimmt, und dem, was der Geltung im Gericht darf versichert sein.“ „Den hohen Ehrenplatz, den die Literatur einnimmt, verdankt sie — behauptet derselbe Schriftsteller — nur der Verworrenheit der Justinianischen Rechtsbücher und der Unklarheit, womit diese von ihr sind behandelt worden.“<sup>86)</sup> Darum räumt er ihr denn auch „keine, schlechterdings keine Autorität ein“; „nicht bei der Theorie soll und muß die Praxis in die Schule gehen, sondern die Theorie bei der Praxis.“ Und so behauptet er auch, „daß, sind wir wahr gegen uns selbst, wir nicht ableugnen werden

<sup>82)</sup> Die Schriftsteller (wir führen mit Vorbedacht Praktiker an) drücken sich darüber bald mehr, bald weniger scharf aus. Förster I S. 72 f. drückt nur den Wunsch aus, es mögen die Präjudicien des Obergerichtsbunals nicht eine über ihren Zweck hinausgreifende Autorität erlangen. Buchelt zu Zacharia I S. 95 Note 6 erklärt: „Groß, vielleicht zu groß ist das Ansehen des Gerichtsgebrauches in Frankreich.“ Kierulff S. 41: „Wenn . . . in einem Staate der Gerichtsgebrauch das allgemeine herrschende Organ des Rechtes wird, so ist dies das unmittelbare Zeugniß der Schwäche der Rechtsproduction des Zeitalters“. Noch scharfer Heimbach im Rechtslex. VII S. 551. Selbst Krig Ueber Gerichtsgebrauch und über Literatur des Römischen Privatrechts 1843 (= Band IV von „Sammlung von Rechtsfällen und Entscheidungen derselben“), dem man doch eher alles andere zum Vorwurf machen könnte, als daß er die Bedeutung des Gerichtsgebrauchs unterschätze (s. bei Note 85 ff.) geißelt S. 66 (vgl. auch S. 311) das blinde Jüdiciren nach Präjudicien als „ein völlig geistloses Verfahren, eine . . . juristische Leistenhauerei“, und verlangt (S. 69) ein Zurückdrängen der absoluten Macht des Herkömmlichen schon darum, weil „die mechanische Erfüllung des Berufes die Freigebigkeit der Erfüllung und alles aus ihr entspringende Gute erlödet.“ Vgl. noch Blackstone a. a. O. I S. 11 ff.

<sup>83)</sup> Vgl. Gertt Prakt. Erört. S. VI, Kunze Excursus S. 15, P. Müller S. 442.

<sup>84)</sup> Vgl. den unter diesem Titel gehaltenen Vortrag von Kirchmann, 2. Aufl. Berlin 1848 bes. S. 25: „die Rechtspflege ist durch die Wissenschaft zum Glücksspiel geworden;“ S. 27: „die Nation ist der wissenschaftlichen Juristen überdrüssig.“ Dagegen die Schriften von Retzlag Apologie der Jurisprudenz. Berlin 1848; Stahl Rechtswissenschaft oder Volksbewußtsein? Berlin 1848; Schünstedt Die Bedeutung der Jurisprudenz als Wissenschaft. Magdeb. 1848. Vgl. Fhering Geist II. 2 S. 37 Note 477.

<sup>85)</sup> Von Krig a. a. O. Die im Text allegirten Aeußerungen stehen S. VI. 164, 201, 155 f. 293, 314

<sup>86)</sup> Vgl. dazu schon Schloffer Vorschlag und Versuch einer Verbesserung u. s. w. (1777) S. 20, und, ohne Beziehung auf die römischen Rechtsquellen, Portalis S. 192 f. S. 200: „die Rechtswissenschaft muß unter Aufsicht des Gesetzgebers stehen; sie kann ihn belehren und er seinerseits sie berichtigen, — zu entbehren ist sie nicht.“

und können, jene Routine, die wir Gerichtsgebrauch nennen, sei die höchste und einzige<sup>87)</sup> Quelle unserer Rechtskenntnis," und „der Rechtszustand sei wenigstens insofern untadelhaft, als er weniger der Theorie als der Thatsache nach in dem Gerichtsgebrauch die alleinige Quelle des objectiven Rechtes erblickt."

Von den im Vorstehenden besprochenen Meinungen über die Fragen des sogen. wissenschaftlichen und Juristenrechtes ist allerdings so manche jünger als das bürgerl. Gesetzbuch, die Fragen selbst aber waren sehr alt schon in der Codificationszeit, und die Bestimmung des §. 12 b. G. B. geht eben darin auf, Stellung zu denselben zu nehmen.

1) Während das preuß. L. R. Einl. §. 6 (oben bei Note 42) sich ausdrückt, als wolle es kategorisch verbieten, bei künftigen Entscheidungen auf Meinungen der Rechtslehrer Rücksicht zu nehmen,<sup>88)</sup> ist §. 12 b. G. B. so gefaßt, daß eine derartige Auslegung desselben von vornherein ausgeschlossen ist. Das Gesetzbuch läßt nämlich nur daraus erkennen, daß die Meinungen der Rechtslehrer keine Gesetzeskraft haben, daß es dieselben in der taxativen Aufzählung der „Arten der Vorschriften“ mit Stillschweigen übergeht.<sup>89)</sup> Die Sachlage ist danach bei uns unzweifelhaft dieselbe, wie sie Jordan (S. 257) für das gemeine Recht behauptet: Es gibt keine Verbindlichkeit der Gerichte, die Meinungen der Rechtsgelehrten beim Rechtsprechen zu berücksichtigen oder gar zu befolgen; aber es liegt auch kein Verbot vor, dieses zu thun, sobald dieselben keinem gültigen Gesetze widerstreiten.<sup>90)</sup> Wohl war Zeiller offenbar berührt von der Besorgniß, Commentare könnten den Inhalt der Gesetzbücher trüben und entstellen; aber seine Bedenken richten sich doch nur gegen „Schriften, welche für den Leser die Stelle des Gesetzes vertreten sollen“, welche dahin führen, daß „Viele sich weiter gar nicht um die Quelle bekümmern“, „Schriften, die dem Leser das Denken ganz entbehrlich machen oder wenigstens sehr leicht zu machen suchen;“ von solchen Schriften erklärt er, sie seien „nicht nur überflüssig, sondern aus mehreren Gründen sehr nachtheilig.“<sup>91)</sup> Nichts aber spricht dafür, es sei die Tendenz dahin gegangen, der Wissenschaft jeden Einfluß auf die Ueberzeugung des Richters verlegen zu wollen. Vielmehr beweist die dem Richter eingeräumte volle Freiheit der Auslegung (oben bei Note 40), daß man davon ausging, es sei Aufgabe des Richters, „die Absicht des Gesetzgebers“ (§. 6) auch mit allen jenen Mitteln zu erforschen, welche die Wissenschaft an die Hand gibt. Zwar ein bindendes wissenschaftliches „Recht“ sollte nicht nur nicht statuiert, sondern die

<sup>87)</sup> Kritz S. 190 f. meint daher auch, nur eine geistlose Praxis könne davon ausgehen, daß eine objective Gewißheit des Rechtes nur in positiven Normen zu finden sei. Er würde wohl auch, wie Adickses S. 79, den Richter unter Umständen für materiell berechtigt erachten, dem Gesetze den Gehorsam zu kündigen.

<sup>88)</sup> Gans Beitr. z. Revis. d. Preuß. Gesetzgebung. Berlin 1830—32. S. 15 f. macht darum dem L. R. den Vorwurf, es „scheine jede Wissenschaftlichkeit von Haus aus als seinem Princip entgegen erkannt . . . zu haben“ und „die Bewußtlosigkeit und Ignoranz zu Tugenden zu erheben.“ Noch heut fehlt es nicht an Stimmen, welche es wenigstens für möglich halten, es sei „die Intention des Gesetzgebers dahin gegangen, jede, auch indirekte Einwirkung des Juristenrechtes vollständig zu beseitigen.“ Förster I S. 72 vgl. Dernburg (2. Aufl.) I S. 41. Aber schwerlich mit Recht; vgl. Bornemann I S. 181, Gengler Lehrb. I S. 56, Koch Comm. I S. 21 f. Note 10, Lehrb. I §. 32, Savigny I S. 198 ff. Anders und weit enger gefaßt, als das L. R. ist die Res. v. 14. Juni 1784 S. G. S. Nr. 306 betreffend die den Satzschriften oft beigelegten *consilia iuridica*.

<sup>89)</sup> So auch das sächs. G. B., welches selbst des Gerichtsgebrauchs nicht ausdrücklich gedenkt. Vgl. B. G. Sch midt Vorlesungen I S. 43.

<sup>90)</sup> Selbstverständlich darf aber die Benützung juristischer Schriften Seitens der Richter nicht den Sinn haben, „daß man dies oder jenes verfügt . . . weil die angezogenen Rechtslehrer es so wollen, sondern nur den Sinn: daß der Richter die Meinung oder Ansicht der allegirten Schriftsteller für die begründetste halte und darum ihr folge.“ Jordan S. 268 ff.

<sup>91)</sup> Jährl. Beitrag I (1806) S. 235 ff.

Existenz eines solchen, soweit eine solche damals noch gelehrt wurde, durch das Schweigen des Gesetzes geradezu negirt werden. Weder die Meinung einzelner Rechtsgelehrten, noch deren communis opinio sollte als objective Rechtsnorm gelten. Wenn aber die Juristen in der Entwicklung des Gesetzeswillens bis an die äußersten Grenzen desselben gehen, wenn sie die Lücken des Gesetzes durch Analogie ausfüllen, die Consequenzen des Gesetzesgedankens bis in die feinsten und letzten Verzweigungen verfolgen, so ist das Alles noch immer nur jene Thätigkeit, die im §. 7 b. G. B. vorgeesehen und als Auslegung bezeichnet ist,<sup>92)</sup> und auf allen diesen Wegen darf und soll der Richter der Wissenschaft folgen, soweit ihre Gründe für ihn überzeugend sind. In diesem Sinne sprach sich schon Pratobevera,<sup>93)</sup> wenige Jahre nach dem Erscheinen des bürgerl. Gesetzbuches aus und seine Worte verdienen noch heut volle Beachtung.

2) So wenig §. 12 die Benützung der wissenschaftlichen Hilfsmittel bei der Anwendung des Gesetzes verwehrt, so wenig verbietet er, bei späteren Entscheidungen auf ältere Sprüche der Richter Rücksicht zu nehmen; er verbietet nicht einmal<sup>94)</sup> deren ausdrückliche Anführung in den Parteischriften und Erkenntnissen.<sup>95)</sup> Vielmehr sagt er Folgendes: Das einzelne rechtskräftige Urtheil als *res iudicata* entscheidet zwar unter den Betheiligten den Streit definitiv, und spricht aus, wie es um das zwischen den Parteien streitig gewesene Rechtsverhältniß stehe — dies wird in maßgebender Weise darin festgestellt; aber in seiner Eigenschaft als Präjudiz hat das Urtheil nicht die „Kraft eines Gesetzes“, nicht die Bedeutung eines über den einzelnen Fall hinausreichenden Rechtsfages. Darin liegt einerseits der Satz, daß es auch nach österreicherischem Recht „den Richtern verboten ist, mittelst allgemeiner und reglementarischer Verfügungen über die ihnen vorgelegten Sachen zu erkennen“,<sup>96)</sup> andererseits der Satz, daß darum, weil ein Gericht einmal in einem gewissen Sinne erkannt hat, keineswegs das erkennende oder irgend ein anderes Gericht verbunden ist, künftig vorkommende Fälle

<sup>92)</sup> Daß es sich bei der theoretischen Thätigkeit der Juristen auch „um mehr als formale Logik und Consequenz“ handelt (Hering Jahrb. I S. 12), soll nicht bestritten werden. Wie hoch verdienstlich können wissenschaftliche Arbeiten sein, die sich z. B. mit Beseitigung der Mängel des geltenden Rechtes und Vorschlägen zur Reform beschäftigen! Soweit es sich aber um die Gewinnung von Rechtsfagen aus dem „Geiste“ des bestehenden Rechtes handelt, halten wir (gegen Arnold S. 392) die Thätigkeit des Juristen allerdings für eine wesentlich logische Operation. Vgl. Kriz S. 220. Die Schriftsteller, welche die Wissenschaft als Rechtsquelle ansehen, denken dabei in der That regelmäßig an jene freie Thätigkeit der Auslegung, mit welcher sich §. 7 (a. E.) b. G. B. beschäftigt.

<sup>93)</sup> Materialien V. (1821) S. 344 f.: „Es würde eine thörichte eitle Anmaßung sein, zu glauben, daß wir, im Besitze neuer Gesetzbücher, nun aller Hilfe der Doctrin, der Rechtsgeschichte und der Rechtsphilosophie entbehren können, und daß alle oder doch die meisten Richter und Advokaten nach einer cursorischen Durchlesung der Gesetzbücher auch Fähigkeit und Muße haben, allein ohne Führer in den Zusammenhang und die Gründe der ganzen Gesetzgebung einzudringen und bei jedem einzelnen Falle das Ganze lebhaft im Auge zu behalten . . . Wir müssen daher die Bemühung der Schriftsteller, welche durch vielfähriges Studium, durch Einsichten und Erfahrungen ihren Beruf bewähren, dankbar anerkennen, und durch fleißiges Lesen benützen; sonst verdient die Jurisprudenz kaum den Namen einer Wissenschaft; sie sinkt zum leeren Gedächtnißwerk der Routine und in der Anwendung zum unsicheren Werkzeug des Zufalls und der Willkür herab, die von geringfügigen Umständen ihre Richtung empfangen.“

<sup>94)</sup> Vgl. die Redactionsgeschichte bei Note 1.

<sup>95)</sup> In der That sind solche Allegationen in den Saßschriften durchaus nichts Seltenes.

<sup>96)</sup> Code civ. Art. 5. Vgl. schon (bei Maasburg S. 328. 11mo) die „Instruction für Unsere Königl. Obriste-Justiz-Stelle“ vom 4. Febr. 1763: „... soll die Obriste Justiz-Stelle nicht besugt sein: neue Constitutiones, Declaratorias, Pragmaticas et Novellas in die Länder zu erlassen . . .“ Ausdrücklich gesagt ist das freilich in §. 12 b. G. B. nicht, aber es folgt daraus, (und es ist dies auch Zeillers Ausgangspunkt I S. 85 ff.), daß die Richter da sind, die Gesetze anzuwenden, nicht aber sie zu geben. Daß und inwiefern die höheren Gerichte ein gewisses Verordnungsrecht haben, ist hier ohne Interesse.

gleicher Art in gleicher Weise zu entscheiden. Und dies gilt nicht nur von dem einzelnen Präjudiz, sondern bleibt auch dann wahr, wenn das Gericht durch noch so lange Zeit unausgesetzt denselben Rechtsatz practicirt hat. M. a. W. auch constant festgehaltener Gerichtsgebrauch<sup>97)</sup> hat keine Gesetzes- oder gesetzähnliche Kraft.<sup>98)</sup> Der Obersatz, unter welchen der Richter den zu entscheidenden Fall subsumirt, soll immer dem Gesetzesrecht entnommen sein; nie soll das Schwergewicht einer gebräuchlich gewordenen Auslegung den Richter hindern dürfen, jenen Sinn des Gesetzes, den er als den richtigen erkennt, zur Anwendung zu bringen. Gedankenlose Präjudicienwirtschaft soll nie einreißen; die Autorität des Gesetzes als objective Rechtsnorm soll herrschen. Aber nicht sein Buchstabe soll starr und unverändert gehandhabt werden, der Geist des Gesetzes, sein wahrer Sinn und Verstand soll das Geltende, und darum die Rechtsanwendung, sei sie auch noch so gleichförmig gewesen, immer wieder der neuen Prüfung der gesammten juristischen Intelligenz unterliegen, so daß keine irrige Auslegung das Gesetz auf die Dauer überwuchern und gegen das Gesetz zur Herrschaft gelangen kann.<sup>99)</sup> Demgemäß würde auch (und hierin bewährt unsere Ansicht ihre Richtigkeit), wenn eine irrige Auffassung eines Gesetzes durch noch so lange Zeit sich bei den Gerichten eingebürgert hätte, eine abermalige, jeden Zweifel über seinen Sinn ausschließende Einschränkung der in dem Gesetze enthaltenen Bestimmung nicht als Aufstellung eines neuen (dem Gerichtsgebrauch derogirenden) Rechtsatzes erscheinen und dieses neue Gesetz somit nicht nur auf solche Fälle Anwendung finden, die sich erst nach seinem Wirksamwerden ereignen.

Mit dieser Ausschließung jeder formell verbindenden Kraft der Präjudicien verträgt es sich sehr wohl, daß eine gewisse Gleichmäßigkeit der richterlichen Urtheile, ein Festhalten an den einmal zur Geltung gelangten Auffassungen des geltenden Rechtes als etwas sehr Wünschenswerthes angesehen wird, so lange nicht entscheidende Gründe dafür sprechen, daß diese Auffassungen unrichtig seien. Diese factische Bedeutung des einmal oder oft als Recht Realisirten (des Gerichtsgebrauches) wird in aller Welt und zu jeder Zeit naturgemäß sein, und keine Macht der Welt wird ausschließen können, daß eine gewisse Auffassung des

<sup>97)</sup> Daß und warum die Codificationszeit den Gerichtsgebrauch nicht als eine Art des Gewohnheitsrechtes ansah — darüber s. S. 239 Note 79, 80. Anders noch das Joseph. G. B. I §. 13: „Auch kann aus gleichförmigen in gleichen Fällen ergangenen Rechtssprüchen für die künftigen Handlungen keine Gewohnheit erwachsen.“ Vgl. dazu die „Erklärungen des a. b. (Joseph.) G. B. nach den Vorlesungen des Herrn Georg Scheiblein“ (Wien 1789) I S. 33. Auch Pratovevera a. a. O. S. 346 spricht noch von „Rechtssprüchen oder Präjudicien (und den) daraus gebildeten Rechtsgewohnheiten“.

<sup>98)</sup> In der That führt die entgegengesetzte Auffassung dahin, daß jedes Gericht sein eigenes, nur für seinen Sprengel geltendes Recht haben kann. Wo man die Rechteinheit will, kann schon darum der Gerichtsgebrauch nicht Gesetzeskraft haben.

<sup>99)</sup> So hat auch (Sammlung VI. Nr. 2891) in einem Falle, da die erste Instanz das Amortisirungskenntniß durch Einschaltung eines neuerlichen Edictes (überflüssigerweise) bekannt gemacht, der Amortisirungsverwerber aber gebeten hatte, den daran schuldttragenden Beamten zur Zahlung der Insertionskosten zu verhalten, der oberste Gerichtshof, trotzdem „diese Kundmachung auf einem bisher an mehreren Orten beobachteten Gerichtsgebrauch beruht“, erkannt, daß „dieselbe im Recurswege zu beheben“ sei. Wenn er das fragliche Gesuch gleichwohl zurückwies, weil die Anordnung jener Kundmachung eben mit Rücksicht auf den erwähnten Gerichtsgebrauch „nicht als eine den Richter ersatzpflichtig machende Gesetzwidrigkeit angesehen werden kann“, so liegt hierin gewiß nicht eine Anerkennung einer bindenden Kraft des Gerichtsgebrauchs, sondern nur der Gedanke, daß man da, wo eine durch geraume Zeit unangefochten zur Anwendung gelangte Auffassung eines Rechtsatzes, mag sie auch irrig sein, befolgt wurde, nicht füglich sagen kann, es habe „eine richterliche Person bei der Justizverwaltung schuldbarerweise durch Verletzung oder Vernachlässigung ihrer Amtspflicht einer Partei Schaden“ zugefügt (§. 1 der damals noch geltenden kais. Verordnung v. 12. März 1859, R. G. B. Nr. 46); m. a. W.: der oberste Gerichtshof fand, es falle jenem Richter kein Verschulden zur Last.

Gesetzes in den Gerichten traditionell werde, die, ohne in demselben ausgetrückt zu sein, dasselbe den Bedürfnissen des Lebens anpaßt.<sup>100)</sup> Weit entfernt, dies hindern zu wollen, legt vielmehr auch die österreichische Gesetzgebung das größte Gewicht darauf, daß die Entscheidungen namentlich der höchsten Instanz eine möglichst gleichförmige<sup>101)</sup> Anwendung des Gesetzes zu Tage fördern.<sup>102)</sup> Diesem

<sup>100)</sup> Oben S. 190 f. Treffend erklärt Beidtel S. 36 (s. auch S. 37 Note 1) den Gerichtsgebrauch für eine Summe früherer Erfahrungen, die man benützen darf. „Die Erfahrungen sind ein Capital, das sich . . . in jeder Thätigkeit vererbt. Da machen die Gerichte keine Ausnahme. Die Erfahrungen sich ebenbürtig machen, sie sanctioniren, konnte das Gesetz nicht. Neben guten Erfahrungen werden schlechte gemacht — die müssen fortgeworfen werden können. Die Gesetzgebung hat den Gerichtsgebrauch nicht bestätigt, damit er sich um so freier bewegen könne.“ Hierulff S. 41: „Es gibt gewisse Sphären, wo der Gesetzgeber durchaus genöthigt ist, sich unbestimmt zu fassen, wo es also unmöglich sein wird, den gesetzlichen Willen genau und überzeugend zu erfassen. Hier ist es Pflicht des Richters, der das wahre Recht effectuiren will, dem objectiven Gefühl einer Anzahl gebildeter Juristen mehr zu vertrauen, als seinem eigenen subjectiven Tacte. In diesem Gebiet wird der Gerichtsgebrauch nie entbehrlich werden, und hier erfüllt er seine eigenthümliche Bestimmung, die Bestimmtheit des Rechtes zu fördern.“ Vgl. schon Portalis S. 192: „das Geschäft des Gesetzes ist es, in großen Ansichten die allgemeinen Grundsätze des Rechtes zusammenzufassen . . . dem Beamten und dem Rechtsgelehrten kommt es zu, in den allgemeinen Sinn der Gesetze einzubringen und ihre Anwendung zu lenken.“ Förster I S. 72.

<sup>101)</sup> Vgl. Jordan S. 233 f., Thöl S. 54, Adickes S. 55: „Alle mit gleichem Maße zu messen, ist der Gerechtigkeit erstes Gebot.“ Vgl. auch Rippel Materialien zur Reform der österr. Gesetzgebung (1850) Nr. I S. 1—19 — ein Aufsatz, der übrigens nur zum kleinsten Theile hieher gehört.

<sup>102)</sup> Schon Pratobevera a. a. O. S. 336—353 (vgl. auch Öbner Ueber Gesetzgebung und Rechtswissenschaft in unserer Zeit. 1815. S. 247 ff.) schlug eine zweckmäßig angelegte Sammlung von Präjudicien vor, als das wichtigste Mittel, der vaterländischen Gesetzgebung „jene Gerechtigkeit, Klarheit und scharfsinnige Consequenz zu verschaffen, die wir in den Pandekten bewundern“, da namentlich betreffs des materiellen Privatrechtes eine periodische Revision der Gesetze nur mit Vorsicht und nach längeren Zwischenräumen anwendbar sei, und man auch in Erlassung einzelner Novellen des Guten leicht zu viel thun könne. „Unsere Gesetzgebung schließt zwar aus überwiegenden Gründen die Auctorität der Rechtsprüche aus . . . allein sie bleiben dennoch für den Richter, Advokaten, Gesetzgeber und das Volk selbst von großer praktischer Wichtigkeit. Können auch Rechtsprüche hoher oder niedriger Gerichte nicht ohne Gefahr zur Norm erhoben werden“ (vgl. hiezu Zeißler I S. 85), „weil sie nur ein formelles, oft von dem wahren, materiellen sehr verschiedenes, von dem Gutdünken der Parteien und den Irrthümern und Einsichten einzelner Richter abhängiges Recht begründen (res iudicata ex albo facit nigrum, ex nigro album), so werden doch unstreitig weise, gerechte und gleichförmige Rechtsprüche das Vertrauen und die Liebe des Volkes zu seinen Gesetzen und Richtern mächtig verstärken . . . die Gleichförmigkeit und Stätigkeit in schwierigen Entscheidungen läßt sich wohl auch kaum auf einem anderen Wege erhalten, als durch eine zweckmäßige Sammlung und Uebersieferung solcher Rechtsfälle . . . Collegien und einzelne Richter wechseln beständig in Personen von sehr mannigfaltigen Einsichten, Fähigkeiten, Erfahrungen, Amtseifer und Neigungen. Wo sollen also die neuen Ankömmlinge den Gerichtsgebrauch, das *ius non scriptum* oder die Jurisprudenz im französischen Sinne mit Verlässlichkeit suchen und erfahren, um auf derselben Bahn unverrückt fortzuschreiten, als in solchen Sammlungen? . . . Berathschlagungen vollends Collegien in Abtheilungen . . . so ist die Gefahr widersprechender Erkenntnisse in demselben Gericht . . . noch größer. Auch für den Schwalter ist die Kenntniß der Präjudicien von Nutzen; denn er kann daraus den Erfolg gleichartiger Streitigkeiten berechnen . . . Rechtsprüche sind endlich für den Gesetzgeber sehr brauchbare Materialien bei einer künftigen Revision der Gesetzbücher. In der Anwendung auf einen Rechtsfall tritt das Gesetz erst recht in's Leben und wird so zu sagen verkörpert. Scharfsinn und selbst spitzfindige Sophistikerei wird von beiden Parteien aufgeboten, um das Gesetz zu ihrem Vortheil zu erklären und zu wenden; und durch diese, obgleich besangene Discussion, noch mehr aber durch die ruhige und in's Einzelne gehende Untersuchung der Richter in mehreren Instanzen zeigt sich das Gesetz mit allen Vorzügen und Mängeln und in seinen Folgen für Rechtssicherheit und allgemeines Wohl. Das natürliche Rechtsgefühl wird bei der anschaulichen Betrachtung der praktischen Fälle unwillkürlich angeregt; und nicht selten hat man, aus solchen Anlässen allein, Gesetze, die in der Anwendung mit grellen Nachtheilen sich erwiesen haben, zurückgenommen oder modificirt. Doch wird ein weiser und ernster Gesetzgeber nicht gleich über jede Schwierigkeit und Unbequemlichkeit eines

Zweck diene früher eine an die gemeinen Bescheide erinnernde Institution, und — seitdem die erwähnte Einrichtung mit der veränderten Gestalt der Gesetzgebung entfallen mußte — die Weiterentwicklung des Spruchreperatoriums und Judicatenbuches, wodurch für die Gleichförmigkeit der oberstrichterlichen Entscheidungen soweit Sorge getragen wurde, als dies möglich ist, ohne die gefällten Sprüche mit einer über den einzelnen Fall hinausgehenden, also gesetzartigen Autorität zu bekleiden. Darüber vgl. oben S. 213 f. bei Note 18 ff.

Wir haben also kein wissenschaftliches, kein Juristenrecht. Alles Recht ist objective Rechtsnorm, formell geltend und bindend kraft der Autorität, die es gefaßt hat. Und diese Auffassung ist wohl auch die richtige. Wer von wissenschaftlichem oder Juristenrecht spricht und dabei doch zugibt, daß demselben jene formell verbindende Kraft fehle, die dem Gesetze zukommt, stellt ungleiche Dinge gleich, verwechselt (bewußt oder unbewußt) das Recht, die objective Rechtsnorm, die gehandhabt werden soll, mit dem, was, oft genug irrigerweise, als Recht gelehrt oder angewendet wird. Allein das ungerechte rechtskräftige Urtheil bleibt, wenn auch für die Parteien bindend, ein dem Gesetze widersprechendes, und bleibt dies, auch wenn noch so oft und im besten Glauben im Widerspruch mit dem Gesetze erkannt wurde. (S. 9 b. G. B.)

Wohl ist diese Auffassung die modernere, erst durch eine Reaction gegen eine andere hervorgerufene.<sup>103)</sup> Und es soll nicht verkannt werden, daß Juristen, die den Stoff der römischen und germanistischen Quellen anzuwenden berufen sind, wenn die Gesetzgebung ihrer Zeit das Abgestorbene und Nichtanwendbare, das in jenen Quellen in so reicher Fülle enthalten ist, nicht ausschleidet und durch Lebendiges ersetzt,<sup>104)</sup> sich vor der Alternative sehen, entweder (dem formell nicht aufgehobenen Gesetze entsprechend) Urtheile zu fällen, die absurd sind, oder diesem Ergebnis dadurch auszuweichen, daß sie Mittel und Wege finden, das Abgestorbene selbst auszuschleiden.<sup>105)</sup> Ganz anders steht der Jurist einer der Neuzeit angehörigen Codification gegenüber. Ihr ist es natürlich, daß sie vollständig sein will.<sup>106)</sup> Zwar weiß auch die Codificationszeit, daß ihr Werk der Verbesserung bedürfen wird, und daß, wie sie aus dem älteren Gerichtsgebrauch schöpfte, so auch der Stoff, aus dem ihre Verbesserung erwachsen kann, größtentheils dem an sie selbst sich anschließenden Gerichtsgebrauch wird entnommen werden müssen.<sup>107)</sup> Aber aus diesem Stoff will sie frei das Geeignetesten wählen können, und darum erscheint er ihr, so lange er nicht in die Form des Gesetzes gegossen ist, als ein Factum, dem sie zwar Achtung entgegentragen mag,<sup>108)</sup> in welchem auch sie das

---

neuen Gesetzes erschrecken und dasselbe aufheben. Man kennt die große Widerstandskraft der vis inertiae, der Kurzsichtigkeit, des Eigennutzes und der Herrschsucht." — Pratobervera's Wunsch wurde freilich erst spät erfüllt, s. oben S. 75.

<sup>103)</sup> Roth Baier. Civ. R. I S. 114: „die ältere Zeit legte den Aussprüchen der Gerichte größere Bedeutung bei, als die spätere Zeit.“ Für Oesterreich s. die Instruction v. 4. März 1625 bei Suttinger consuet. austr. (Nürnberg 1718) pag. 656: „Erkennen soll man am ersten nach der Länder Freyheiten und Gebräuchen, secundo in defectum secundum jura communia.“

<sup>104)</sup> Vgl. bes. Sintonis Civ. R. (3. Aufl.) I S. 28 ff.

<sup>105)</sup> Daraus beruhen die oben in Note 77 mitgetheilten Anschauungen.

<sup>106)</sup> Excursus I S. 56. In der That bestrebt sich die moderne Gesetzgebung auch, den Bedürfnissen des Rechtslebens durch ihre eigenen Erzeugnisse zu genügen.

<sup>107)</sup> Pratobervera cit. in Note 102.

<sup>108)</sup> So beruft sich der die sögen. siebenbürgischen Ehen betreffende Erlaß des Min. des Innern vom 22. October 1879, Z. 9482 ausdrücklich darauf, daß nunmehr durch „gerichtliche Entscheidungen die Ungiltigkeit dieser Bündnisse festgestellt worden ist“ und erklärt, daß hiedurch die in ihm getroffenen Maßnahmen veranlaßt wurden (vgl. dazu Jur. W. 1879 Nr. 46 Wochenschau und W. Fuchs ebenda Nr. 48). Vgl. ferner bes. die erläuternden Bemerkungen zu der ersten der beiden vom Justizministerium am 14. November 1879 eingebrachten Regierungsvorlagen, betreffend den Legalisirungszwang

„von den Rechtswissenden verstandene Gesetz“<sup>109)</sup> erblickt, daß aber doch gegenüber dem Inhalt des Gesetzes, der objectiven Rechtsnorm, keine selbständige Autorität zu bilden vermag.

## d) Privilegien.

## §. 13.\*)

Die einzelnen Personen oder auch ganzen Körpern verliehenen Privilegien und Befreyungen sind, in so fern hierüber die politischen Verordnungen keine besondere Bestimmung enthalten, gleich den übrigen Rechten zu beurtheilen.

I. Redaction. Wie das Joseph. G. B. I §§. 15—23, so enthielt auch das westgal. G. B. I §§. 49—54<sup>1)</sup> ausführliche Bestimmungen<sup>2)</sup> über (Rechtswohlthaten und) Privilegien. Von den Erinnerungen, die von verschiedenen Commissionen zu den cit. §§. 49 ff. des westgal. G. B. eingebracht worden

der Tabularurkunden (mitgetheilt in der Beilage zu Nr. 47 Jahrg. 1879 der Zeitschrift f. Notar. u. freiw. Gerichtsbarkeit).

<sup>109)</sup> Rieruff §. 40.

\*) Aus der reichen Literatur des weiten Gebietes, in welches dieser Paragraph eingreift, seien hier genannt: Leyser medit. ad pand. spec. X. XI. (Ed. Lips. et Guelpherb. 1741. vol. I. p. 201 sqq.), Kreittmayr Anmerk. I §. 96 ff., Schloffer Briefe über Gesetzgebung S. 180 ff., Glück I §. 528 f., 548 ff., II §. 1 ff., Hufeland über den eigenthümlichen Geist des Röm. R. (1815) Nr. III: Veränderte allgemeine Ansicht der Lehre von den Privilegien (I §. 211—295), Thibaut Versuche Nr. XIII, Band II S. 234 ff. (1817), Buchta Pand. S. 20 f., 31, Cursus S. 31, Savigny I §. 61 ff., Rieruff Theorie S. 48 ff., Thöl Einleitung S. 37 ff., Schlayer Darstellung der Lehre von den Privilegien nach den Quellen des gemeinen Rechtes in Linde's Zeitschr. N. F. XII Nr. II §. 58 ff. (1855), Schmidt Ueber bingliche Gewerberechte im Civ. Archiv Band 44 Nr. I und VIII §. 1 ff., 174 ff., Gerber Ueber Privilegienhoheit und Dispensationsgewalt im modernen Staate in „Gesammelte juristische Abhandlungen“ Nr. XIII §. 470 ff., Wächter Württemb. Privatrecht II §. 14 ff., 131 f., 330 ff., 832 ff.; Panbecten I §. 84 ff., 189 ff., Holzschuber I §. 13 (3. Aufl. S. 150 ff.), Kell er Pand. S. 14 ff., Schulte Das kath. Kirchenrecht (1860) I §. 69, 140 ff., 537 f., II §. 418 ff.; Lehrb. des kath. Kirchenrechtes (3. Aufl. 1873) §§. 104, 116., Sintenis Civ. R. (3. Aufl.) I §. 9 §. 79 ff., Windscheid Pand. (5. Aufl.) I §§. 29, 135 ff., Brinz Pand. (2. Aufl.) I §§. 69—72, Dernburg Lehrb. des preuß. Priv. R. und der Privatrechtsnormen des Reiches (2. Aufl.) I §. 23 ff., Thering Zweck im Recht I §. 327 ff., Leist Civil. Studien IV (1877) bef. S. 158 ff., Heimbach in Weiste's Rechtslex. VIII §. 492 ff., Jacobson ebenda III §. 449 ff., Pözl in Bluntzschli und Brater Staatswörterb. VIII §. 372 ff., Pözl in Rotted und Welcker Staatslex. XI §. 153 ff., Laband Staatsrecht II §. 2 f., G. Meyer Lehrb. des deutschen Staatsrechtes (1878) §§. 177 f. Scharlach das ius singulare im R. R., im Civ. Arch. LXII Nr. 13. S. 453 ff. Von Österreich. Schriftstellern nebst den Commentaren (insbes. Zeiller I §. 88 ff. und Schuster I §. 197 ff.) Scheidlein (oben S. 294 Note 97) §. 34 ff., der Wiener Heinemann I §. 35 ff. und vorzüglich Unger Syst. I §. 49 ff., 149, 580 ff., II §. 312 ff. (dazu Harum in Haimer's Mag. XV S. 234 ff.); vgl. auch Schöffner Lehrb. I §. 11 §. 45 f. und L. J. Skarda Das österr. Privilegienrecht in polit., civilrechtl. und techn. Beziehung. Nebst einem Anhang über die bezüglich der Dampfschiffahrt, Dampfmaschinen und Eisenbahnen erlassenen gesetzlichen Vorschriften. (Wien 1842.)

1) In jenem Entwurf, der von der Revisionshofcommission (die Ueberschrift der Protokolle nennt sie die „bei dem Directorio in publico-politicis et cameralibus a. g. angeordneten Hofcommission in Angelegenheit des zu verbesserten a. b. Gesetzes“) in den Sitzungen vom 30. Nov. und 14. Dec. 1797, 11. und 25. Jänner, 14. März, 11. April und 26. August 1796 (das vom letztgenannten Tage datirte Protokoll umfaßt übrigens drei Sitzungen) beraten wurde, führen die betreffenden Paragraphen die Ziffern 51—56 und stimmen noch nicht durchaus überein mit den cit. Paragraphen des w. g. G. B.

2) Vieles davon ist selbstverständlich, daher auch schon ein Notar der Revisionshofcommission (Hofrath v. Fechtig in den den Protokollen beigegebenen „unmaßgebigen Erinnerungen“) bemerkte, das, was die §§. 51, 52 des Entw. enthalten, gehöre nicht sowohl in das Gesetzbuch, als vielmehr in das Schulbuch; Anderes dagegen ist durchaus positiv und kann daher nicht schon aus dem Wesen des singulären Rechtes bezw. Privilegiums entwickelt werden.

waren,<sup>3)</sup> beschäftigten die Redactoren (Sitzung v. 25. Jänner 1802) nur zwei. Es wollte nämlich die Revisionshofcommission den §§. 49 und 50 noch beifügen, „daß Privilegien von jedem Staatsbürger<sup>4)</sup> durch auszeichnende Fähigkeiten und Verdienste erworben werden können, und daß sie immer nach dem buchstäblichen Wortverstande der Verleihung auszulegen seien,“ und die Universalität in Wien beantragte den Zusatz: „Rechtswohlthaten sind ein Theil der allgemeinen bürgerlichen Gesetze und bedürfen daher keines Beweises. Privilegien aber sind eine Ausnahme von den bürgerlichen Gesetzen, und sind, da sie in dem Gesetzbuche nicht stehen, zu beweisen.“<sup>5)</sup>

Zeiller erklärte diesen Anträgen gegenüber, es „könnte und sollte das Wort Rechtswohlthat nach seinem Ermessen aus der Rechtslehre und vorzüglich aus dem Gesetzbuche ganz ausgemerzt werden. Das Recht erweise keine Wohlthaten, sein Zweck und Gegenstand sei Gerechtigkeit.“<sup>6)</sup> Wolle man die besonderen Rechte einer ganzen Gattung von Bürgern Rechtswohlthaten nennen, so müßte man auch die Rechte der Eltern, Ehegatten und Kinder Rechtswohlthaten heißen.<sup>7)</sup> „Uebrigens seien auch die besonderen Rechte der Minderjährigen“ (§. 49 westgal. G. B.) „keine besondere Begünstigung des Gesetzgebers, sondern Folgen allgemeiner Rechtsgrundsätze.“<sup>8)</sup> So sei z. B. das Recht des Minderjährigen, daß er aus einem Verkaufe unbeweglicher Güter oder aus einem Darlehensvertrage nicht belangt werden kann, nur Folge des Grundsatzes, daß bei dem Mangel des gehörigen Alters und der nöthigen Einwilligung ein Vertrag nicht bestehe.“ Auch komme der Ausdruck Rechtswohlthat nur einmal<sup>9)</sup> im Gesetz-

<sup>3)</sup> Sie sind in Zeiller's Zusammenstellung der eingebrachten Erinnerungen aufgenommen, und sollen in der folgenden Untersuchung ebenso Beachtung finden, wie die Beratungen der Revisionshofcommission selbst. Letztere sind um so mehr zu beachten, als das Prot. (11. April 1796) bei dem Uebergang „zu der Materie von Privilegien“ erklärt, es solle „diese aber auch an sich selbst überhaupt mit aller möglichen Bestimmtheit und erschöpfenden Erklärung abgehandelt werden.“

<sup>4)</sup> Niemal sollte keineswegs die Möglichkeit der Privilegirung von Ausländern ausgeschlossen werden. Die Meinung der Revisionscommission ging nicht dahin, daß Privilegien nur von Staatsbürgern erworben werden können, sondern daß sie jedem Staatsbürger verliehen werden können, und daß somit die Privilegien, obzwar durch sie „Ausnahmen vom allgemeinen Recht begründet“ werden, dennoch „der bürgerlichen Gleichheit nicht entgegen“ seien (Prot. 11. April 1796 S. 138 f.). Zugleich mag die Commission in der von ihr beschlossenen Formulirung eine Aufmunterung der Staatsbürger gefunden haben, sich durch auszeichnende Fähigkeiten und Verdienste einer Privilegirung würdig zu machen.

<sup>5)</sup> Der hier aufgestellte Gegensatz (vgl. Scheiblein S. 34: „Eine Gattung der besonderen Gesetze sind die Privilegien.“) ist nur soweit richtig, als er ausspricht, daß das ius singul. eines Beweises nicht bedürfe, wohl aber (der statistischen Regel nach) das Privilegium. Im übrigen ist der Gegensatz zwischen „Theil“ und „Ausnahme“ so schief, wie unrichtig, denn auch das ius. singul. kann als Ausnahmsrecht bezeichnet werden, und dem Privilegium läßt sich der Charakter eines allgemeinen Gesetzes keineswegs in jedem Sinne absprechen.

<sup>6)</sup> Ueber die Genese dieses Gedankens (insbes. den von Sonnenfels in der Revisionscommission vorgelegten Entwurf einer Einleitung und der ersten Hauptstücke des b. G. B.) vgl. die Excurse zu §. 13.

<sup>7)</sup> Auch dieser Gedanke hat eine interessante Vorgeschichte, worüber die Excurse zu vergleichen sind.

<sup>8)</sup> Zeiller hat bei dieser allgemein hingestellten Behauptung wohl nicht übersehen, daß das w. g. G. B. III §. 633 die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand noch kannte, und diese (§. 632) ausdrücklich als Rechtswohlthat bezeichnete; er mag vielmehr das Gesetz so im Auge gehabt haben, wie es nach seinen Anträgen gestaltet werden sollte. Consequent hätte Zeiller freilich auch beantragen müssen, daß der Ausdruck „besondere Begünstigung des Gesetzgebers“ und ähnliche Ausdrücke überall gestrichen werden, wo sie ein ius singulare bezeichnen (vgl. b. G. B. §§. 597 ff., 752, 1472 f., 1485; in §§. 162, 753 ist an ein Privilegium im technischen Sinne, in §. 756 an beides zugleich zu denken).

<sup>9)</sup> Daß diese Behauptung ungenau ist, selbst wenn man sie nicht buchstäblich nimmt, sondern nur an die einzelnen im G. B. genannten Rechtswohlthaten denkt, ergibt die vorige und Note 14.

buch vor, nämlich bei der bedingten Erbsantretung, „aber das Recht, daß der Erbe dann nur insoweit für die Schulden des Erblassers hafte, als er am (sio) Vermögen desselben übernommen hat, sei abermals eine Folge des Rechtsgrundsatzes, daß er nur insoweit den Verstorbenen vorstelle; und es sei dieses kein Recht einer gewissen Gattung von Bürgern, sondern ein allen Bürgern, welche die Erbschaft bedingt vertreten, zuständiges Recht.“

„Ebenso könne man auch die Definition von Privilegien, wovon selbst der gemeine Mann schon den Begriff hat, übergeben.“ Auch sei die ganze Materie ein wesentlich politisches Institut und den politischen Behörden zugewiesen. „Zwar seien die Privilegien zugleich Rechte, worüber auch Rechtsfragen entstehen können. Aber die Befugnisse der Herrschaften, der Gewerksleute, des Handelsstandes, der Geistlichkeit, der Zehentherren u. s. w. seien es nicht minder. Weil sich jedoch diese Befugnisse nicht in den allgemeinen rechtlichen Erwerbungsarten, sondern in politischen Instituten gründen, würden sie der politischen Gesetzgebung überlassen, und entstände darüber ein eigentlicher Rechtsstreit, so bleibe nichts übrig, als daß ihn der Richter mit Rücksicht auf die politischen Gesetze entscheide.“<sup>10)</sup>

Wirklich enthalte auch der Entwurf und das Joseph. G. B.<sup>11)</sup> von den Privilegien nur die Erlöschungsarten — „ein abgerissenes Stückwerk“ — und selbst diese nicht vollständig. Es fehle die Erlöschung durch den Tod des Regenten und die Beziehung auf die Verordnung von 1792, wonach den Privilegien immer der Vorbehalt des Widerrufs eingeschaltet werde.<sup>12)</sup> Man scheine diese Erlöschungsarten eben als rein politische angesehen zu haben. Die wirklich aufgezählten Erlöschungsarten seien im Ganzen den Privilegien und übrigen Rechten gemein, jedoch mit zwei Ausnahmen: einmal der in's bürgerl. Gesetzbuch nicht gehörenden Strafbestimmung über listigen Mißbrauch (§. 54), und zum anderen der Bestimmung über die zum Nachtheil eines Dritten gereichenden Privilegien (§. 51), welche „dem Referenten keine deutliche Idee . . . anbiete“, weil das ja bei den meisten Privilegien zutreffe.<sup>13)</sup>

Referent erachte daher, die ganze Materie den politischen Gesetzen vorzubehalten. „Damit man jedoch dasjenige, was bisher in dem bürgerl. Gesetzbuch darüber enthalten war, nicht vermissen, so wäre vor der Erscheinung des neuen bürgerl. Gesetzbuches die Materie von Privilegien aus den zerstreuten Gesetzen in eine kundzumachende politische Verordnung zusammenzufassen. Dem bürgerl. Gesetzbuch könnte dann folgender Paragraph eingereiht werden: §. . .“ (= §. 13).

In Ansehung der Rechtswohlthaten waren alle Stimmen einverstanden mit dem Antrage des Referenten, insbesondere auch mit der Streichung des Ausdruckes im Gesetze, „wo er sich etwa noch vorfinden möchte.“<sup>14)</sup> Dagegen verlangte Nischen, dem sich Thro anschloß, Normirung der Privilegien in diesem Kapitel, da Privilegien „besondere und bürgerliche Rechte der Privatpersonen bestimmen“, die nur Ausnahmen sind von den allgemeinen Rechten. Und zwar würde diese Regelung am besten erfolgen durch Aufnahme der Bestimmungen des

<sup>10)</sup> Die früheren Redactoren beschäftigten sich damit, die Ertheilung von Privilegien im G. B. selbst zu rechtfertigen; den letzten wird diese Rechtfertigung eben durch die Verweisung auf die politische Gesetzgebung entbehrlich. Vgl. Excursus zu §. 13.

<sup>11)</sup> Bezüglich des letzteren trifft diese Bemertung keineswegs zu, daher sie auch Seitens anderer Mitglieder der Commission sofort zurückgewiesen wurde.

<sup>12)</sup> S. jedoch Joseph. G. B. §. 21, 22.

<sup>13)</sup> Der bestimmteren Erklärung der Revisionscommission gegenüber („für erschlichen aber werden alle Privilegien erklärt, von welchen erwiesen wird, daß sie dem erworbenen besonderen Rechte eines Dritten zum Nachtheile gereichen“) — Aehnliches findet sich auch in Erinnerungen der Freiburger und Wiener Universität und des Oberösterreich. Appell. Gerichtes — wäre diese Bemertung freilich unmöglich gewesen.

<sup>14)</sup> Gleichwohl ist derselbe bekanntlich auch im G. B. selbst §§. 800 ff. stehen geblieben.

Joseph. G. B., welche die Privilegien weit richtiger und vollständiger umfassen, und worin nicht nur die Erklärung und Dauer, sondern auch die Regeln über die Anwendung und Auslegung derselben bei Rechtsstreitigkeiten behandelt sind.“<sup>15)</sup> Eventuell waren diese beiden Botanten auch für Ergänzung dieser Bestimmungen durch Aufstellung weiterer Normen. Dagegen stimmten der Vicepräsident und Ehrenberg gegen eine so umständliche Behandlung; doch meinten sie allerdings, es müßten, so wie die allgemeinen Rechte, so auch die Ausnahmen von denselben geregelt werden; „wenigstens müsse in dem gegenwärtigen Gesetzbuch die Bestimmung enthalten sein, inwieweit die Privilegien bei entstehenden Rechtsstreiten eine gültige Kraft haben und wie sie ausgelegt werden sollen.“ Die Majorität endlich fand, es sei „allgemein richtig“, daß die Privilegien ein politischer Gegenstand und den politischen Behörden zugewiesen seien.<sup>16)</sup> „Die Fälle, in welchen im Rechtswege von Privilegien eine Frage sein könne, bestünden nur darin, wenn durch dieselben gewisse Rechte geltend gemacht werden wollen, und da werde nur die Bestimmung nöthig sein, inwieweit der Richter auf dieselben Rücksicht zu nehmen habe; welche Bestimmung aber in dem von dem Referenten entworfenen Paragraph schon vollkommen erschöpft sei.“ Demnach wurden die §§. 49—54 des Entwurfs gestrichen, und der eine vom Referenten formulirte Paragraph angenommen.<sup>17)</sup> Dagegen der weitere auf Zusammenstellung eines politischen Privilegiengesetzes gerichtete Antrag des Referenten wurde abgelehnt,<sup>18)</sup> weil es schwer halten würde, eine solche Verordnung zusammenzutragen, und dieselbe für die Justizpflege nichts anderes wirken würde, als was auch schon der neuformulirte Paragraph ergebe.

Unzweifelhaft ist nach Allem, was bisher mitgetheilt wurde, der Gedankengang, aus welchem unser §. 13 hervorging, ein weitaus mehr umfassender, als jener, den er selbst enthält. Er selbst spricht nur von eigentlichen Privilegien

<sup>15)</sup> Schon Fehstig fand „die Materie von Rechtswohlthaten und Privilegien . . . in dem Joseph. G. B. . . mehr nach seinem Geschmace bearbeitet“, als in dem späteren Entwurfe; nur wünschte er, um die Lehre von der Collision der Begünstigungen ganz vollständig zu machen, zum §. 17 Joseph. G. B. noch den Zusatz: „Treffen endlich ganz gleiche Begünstigungen zusammen, so heben sich dieselben gegen einander auf.“ Als Beispiel führte er an: Wenn ein Minderjähriger von einem anderen Minderjährigen Geld borgt, cessirt die exceptio Seti Macedon. — Auch Erinnerungen des Inneröstr. und Niederöstr. Appell. Gerichtes begehren die Einschaltung der Regeln des Joseph. G. B. über Collision und Auslegung der Privilegien.

<sup>16)</sup> Daher heißt es auch in der Veilage zum Vortrag v. 19. Jänner 1808, man habe sich, trotzdem das Joseph. G. B. eingehendere Bestimmungen enthalten habe, auf die Vorschrift des §. 13 beschränken können, da „über deren (der Privilegien) Verleihung, Inhalt und Erbschaft hauptsächlich die politische Behörde nach den politischen Gesetzen zu erkennen hat.“

<sup>17)</sup> Nach dem ganzen Inhalt der im Text mitgetheilten Verhandlung kann wohl nicht zweifelhaft sein, daß der Fortbestand der §§. 17 ff. Jos. G. B. und 49 ff. w. g. G. B. als geltendes (sei es auch politisches) Gesetz mit der Absicht des von den Redactoren gefaßten Beschlusses schlechthin unvereinbar wäre. Anders Schuster Comm. I S. 204 f.; er behauptet die fortwährende Geltung des Jos. G. B., soweit es politische Bestimmungen enthält; nicht sollen gelten die §§. 17, 19 und ein Theil des §. 20, weil diese im Widerspruch wären mit §. 13 b. G. B., wohl aber Jos. G. B. §§. 21—23, weil es sonst über die dort behandelten Fragen an einer Bestimmung fehlen würde. Nippel I S. 102 ff. (der sonst in seiner Lehre fast durchgängig Schuster ausschreibt) meint gar, es seien alle einschlagenden Bestimmungen des Jos. G. B. in Geltung geblieben.

<sup>18)</sup> Dennoch fiel die von Zeiller gegebene Anregung nicht auf unfruchtbaren Boden. Das weiter unten näher zu erörternde) Hofd. vom 10. Febr. 1810 (berühend auf der a. h. Entschl. v. 16. Jänner 1810 — es wird auch als Note der Hofkanzlei v. 22. Jänner 1810 citirt) Z. G. S. Nr. 902 wird wohl nichts anderes sein, als die Verwirklichung seines Antrages, mag er auch von ihm etwas umfassender gedacht gewesen sein. Das Zustandekommen dieses Gesetzes, sogar zu der von Zeiller in Aussicht genommenen Zeit ist ein neues Argument für die in der vorigen Note vertretene Auffassung.

im subjectiven Sinne. Allein schon wegen des Abschnittes,<sup>19)</sup> in welchem er steht, und insbesondere mit Rücksicht auf die Marginalrubrik zu §. 10 („Andere Arten der Vorschriften“) muß es gestattet sein, hier auch von Privilegien im objectiven Sinne zu handeln. Die Entstehungsgeschichte des §. 13 rechtfertigt aber auch die Anknüpfung der allgemeinen Theorie des *ius singulare* an denselben. In der ganzen Lehre aber wird es sich empfehlen, nicht blos das heut in Oesterreich geltende Recht zu berücksichtigen, weil nur so die reiche Entwicklung, deren das *ius singulare* und das Privilegialrecht (im objectiven Sinne) immer fähig bleibt, genügend hervortreten kann.<sup>20)</sup>

II. Ueber den Begriff des *ius singulare* (anomales, regelwidriges Recht im Gegensatz des *ius commune* in diesem Sinne, des regelmäßigen Rechtes) ist auch heute noch keine vollständige Einigung der Meinungen erreicht; die u. E. correcteste Fassung, zugleich diejenige, die Zeiller's oben mitgetheilte Fassung am nächsten steht, ja dieselbe nur präciser formulirt, hat ihm Brinz<sup>21)</sup> gegeben: „Die bei weitem überwiegende Masse von Rechtsfägen beruht auf logischer und analogischer . . . Fortentwicklung der Urbegriffe und Ursagungen<sup>22)</sup> von Rechten, Rechtsgeschäften und Rechtsfähigkeiten; ein noch immer beträchtlicher Theil derselben aber ist außer diesem System der Hauptmasse und gegen dasselbe aufgetommen;“ die ersteren bilden das regelmäßige, die letzteren das anomale Recht; bei beiden sind außer der Rechtsvorschrift noch

<sup>19)</sup> Gewiß wird man unseren Redactoren (vgl. auch Pözl S. 374) zugeben, daß die Lehre von den Privilegien keine wesentlich civilrechtliche ist (vgl. Sintonis I S. 81, der sie denn auch aus dem Civilrecht verwiesen wissen will); aber in einem Abschnitt „Von den bürgerlichen Gesetzen überhaupt“, der seiner ganzen Anlage nach nicht ausschließlich civilrechtliche Materien enthält, vermag sie ganz wohl Platz zu finden.

<sup>20)</sup> An völlige Erschöpfung des zu Gebote stehenden Materials könnte freilich nur in einer monographischen Behandlung gedacht werden.

<sup>21)</sup> Pand. 2. Aufl. I S. 110 ff. Vgl. Windscheid Pand. §. 29, Wächter Pand. I S. 87 ff. Weit enger und nur als einen historischen versteht den Begriff Scharlach a. a. D. bes. S. 441.

<sup>22)</sup> Unter diesen Urbegriffen und Ursagungen verstehen wir aber nicht jene, die es von Urzeiten her waren (vgl. auch Leist S. 87), sondern die in jenem concreten Rechtssystem, von dem die Frage ist, anerkannten Rechtsprincipien, die in einem anderen Rechtssystem vielleicht keine oder nur ausnahmsweise Anwendung gefunden haben. Auch sie sind in steter Entwicklung begriffen; was in einem gegebenen Zeitpunkte normales Recht war (z. B. die Steuerfreiheit der Ritter, die mit Leib und Leben dem Staate dienten, Bluntzschli Allg. Staatsrecht, 5. Aufl. S. 124), kann im Laufe der Zeit zum anomalen Rechte werden, und ebenso kann umgekehrt ein Satz, der ursprünglich gegen die Ursagungen aufgetommen war, ja selbst ein solcher, der historisch zuerst nur als Privilegium aufgetommen war, sich zu einer „Ursagung“ gestalten. (Vgl. die Entwicklung des Urheberrechtes in den Exkursen.) Was auf die Ursagungen zurückzuführen ist, ist das von Thöl S. 103 ff. sogenannte consequente Recht; und es ist wichtig, zu beachten, daß dieser Begriff ein relativer ist, daß ein Rechtsatz für sich betrachtet weder consequent, noch inconsequent ist, sondern diesfalls entscheidend ist sein Verhältnis zu einem höheren Rechtsatz, je nachdem er eine Anwendung dieses letzteren ist oder ihm ausnahmsartig gegenübersteht. (Vgl. auch Kierulff S. 47 f. und Harum XV S. 238 ff.) Mit Leist zu sprechen, sind die Urbegriffe und Ursagungen weder die von ihm so genannte „Summe“, d. h. der prävalirende Gedanke des einzelnen Institutes, wie es gegenwärtig unter uns lebt, noch das (historische) „Princip“ (S. 160), sondern sie kommen ungefähr überein mit dem, was er die *civilis* und die *naturalis ratio* nennt, d. h. (S. 175, S. 170 ff.) mit der „ganzen Summe der diesem Volk und Staat eigenartigen Grundgedanken für den allmählichen Auf- und Ausbau ihres Rechtssystems“ und der realen Naturordnung und den auf ihr beruhenden Begriffen. Sind aber die Urbegriffe nichts Unwandelbares, so versteht sich von selbst, daß unsere Frage ebenso sehr historischer, wie allgemeiner Natur ist. Daß sie beides ist, wird von Savigny I S. 64 und denen, die ihm folgen, nicht hinlänglich beachtet, freilich auch wieder in verschiedener Art: geht Buchta (Inst. §. 31, Pand. §. 21) davon aus, daß das Recht manche Ungleichheiten, die vorhanden sind, nicht anerkennen könne (vgl. Thöl S. 105: „das Recht muß classificiren“), so ist für Böcking (Inst. §. 94) der Ausgangspunkt der, daß das Recht nicht allen Verschiedenheiten den Einfluß versagen könne. Vgl. endlich noch Leist S. 28 f., 38, 77.

gewisse Thatbestände nöthig, an deren Vorhandensein erst das concrete Recht sich anschließt;<sup>23)</sup> beide kommen darin überein, daß sie die Rechtsverhältnisse durch Aufstellung allgemeiner Regeln ordnen, nach denen sich alle darunter passenden concreten Fälle zu gestalten haben, und beide gehören demnach in gegenständlicher Beziehung zum *ius generale*.<sup>24)</sup> Was aber den Unterschied zwischen ihnen anbelangt, so läge seinem „Wesen näher die seltenere Bezeichnung von *ius ordinarium* und *extraordinarium* . . . Nach seinen Gründen ist das *ius singulare* vom *ius commune* nicht verschieden, etwa so, daß jenes (*recte*: dieses) auf dem reinen Rechtsgebiete, dieses (*recte*: jenes) auf einem fremdartigen Gebiete entspringe.<sup>25)</sup> Die Gründe sind hier und dort von derselben Art; dieselbe Billigkeit,<sup>26)</sup> Zweckmäßigkeit, Günst und Gemeinnützigkeit,<sup>27)</sup> die das einermal zur Regel führt,

<sup>23)</sup> Kierulff S. 48 f., Wächter Württemb. P. R. II S. 15, 182 ff. Das bloße Dasein der anomalen Rechtsnorm erzeugt noch für Niemand ein subjectives Recht.

<sup>24)</sup> Hufeland S. 220, Wächter Pand. I S. 86. Förster I §. 14 S. 67 f. — Wir finden auch in den Protokollen keine Einwendung gegen die Richtigkeit jenes Monitums der Wiener Universität (Text bei Note 5), welches Rechtswohlthaten für einen „Theil der allgemeinen bürgerlichen Gesetze“ erklärte und von ihnen auslagte, daß sie keines Beweises bedürfen. In der That ist es auch nicht zweifelhaft, daß die Entstehung des *ius singulare* und ebenso seine Aufhebung durchaus in derselben Weise vor sich geht, wie die des *ius commune*, insbesondere vermag auch heut noch (für die ältere Zeit finden wir überall auch dieweilfalls Berufungen auf den „Brauch“, vgl. z. B. Suttinger *consuet. austr. pag.* 2, 5 u. oft) ein *ius singulare* in demselben Umfang als *Gewohnheitsrecht* zu entstehen, wie ein *ius commune*. Die Publikation singulärer Gesetze ist den allgemeinen Regeln unterworfen, der Richter muß sie, wie die Regeln des normalen Rechtes, von Amtswegen kennen u. s. w.

<sup>25)</sup> Die gegentheilige Lehre: Nur das regelmäßige Recht entspringe dem reinen Rechtsgebiet, das *singulare* laufe „aus Gründen der Politik und Billigkeit“ den Grundsätzen des gemeinen Rechtes zuwider, und es sei daher ein Unterschied des regelmäßigen und des anomalen Rechtes nach seiner Herkunft zu behaupten, ist durch Thibaut (Versuche Nr. XIII — eine Untersuchung, deren Hauptverdienst in dem energischen Widerspruch gegen die bis dahin übliche Eintheilung der *constitutiones principum* gelegen ist) und durch Savigny I S. 61 zu sehr allgemeiner Anerkennung gebracht worden. Vgl. Puchta *Inst.* §. 31, Heimbach S. 493, Holzschuher I S. 150, Unger I S. 49 f. 581. Dagegen Windscheid S. 29 Note 2, Scharlach S. 436 Note 4. Wohl aber muß gegeben werden, daß fremdartige Gründe (z. B. Günst und Ungünst) tatsächlich im anomalen Recht eine bedeutendere Rolle spielen, als im normalen. Vgl. bes. Leiß S. 170 ff.: „der final limitirte Rechtsstoff (Utilität, Opportunität, Singularität)“ ist nicht Product einer „subjectiven Willensbeliebung Seitens der Rechtssetzung . . . Es handelt sich um die ganze Fülle der Rechtsbestimmungen für Sonder- und Einzelgestaltungen, für die lebendig die Erreichung eines gewissen Zweckes das den Inhalt ergebende Motiv der Rechtssetzung ist.“ Neben Ausnahmsbestimmungen gestaltet sich so ein Wohlfahrtsrecht, dem der Ausnahmscharakter fremd ist, bei dem man vielmehr geradezu von Utilitätsprincipien reden kann. Und selbst „das Ausnahmsrecht hat . . . wiederum seine eigene ratio“ und kann „in seiner consequenten Anwendung ebenfalls durch ein *ius singulare* unterbrochen werden.“ Kierulff S. 48.

<sup>26)</sup> Gewiß mit Unrecht charakterisirt Puchta (Pand. §. 21) das *ius singulare* (gegenüber dem von der Billigkeit durchbrungenen *ius aequum*) als das Recht, das die Billigkeit nicht durchbringt, sondern wo sie dem Recht als Ausnahme gegenübersteht. In der That hat so mancher Satz des *ius singulare* (man denke an harte Zurücksetzungen ganzer Classen) mit der Billigkeit in aller Welt nichts zu schaffen.

<sup>27)</sup> Vgl. Codex austr. VI S. 276 (17. April 1762): „ . . . nachdem das Stempel- oder Siegelgefäll zu einer das allgemeine Wesen betreffenden Aushilfe eingeführt worden, mithin solches vielmehr ergiebig zu machen, als durch erweiternde Befreiungen zu vermindern . . .“ worauf gleichwohl eine längere Reihe gruppenweise gefaßter Ausnahmen (Befreiungen) statuirte werden. — Das Patent vom 29. Jänner 1787 J. G. S. Nr. 625 erklärt, die Wuchergesetze werden aufgehoben (d. h. man lehrte wieder zu der Ursagung der Verkehrsfreiheit zurück), „um dem durch gesetzliche Bestimmung der Zinsen gehemmten Privatcredit Erleichterung zu verschaffen und durch Befreiung vom Fiscalzwanne den Zusammenfluß der Darleiber zu vermehren . . .“ Gleichwohl wurden die eintreibbaren Marktzinsen höher bemessen als die gewöhnlichen; und das Patent v. 4. Juli 1792 motivirt diesen höheren Marktzinssfuß „mit der I. f. Sorgfalt, Alles zu unterstützen und zu befördern, was der Wirksamkeit des Handels und dem öffentlichen Credit zuträglich sein kann.“

hat ein andermal deren Abbeugung veranlaßt.<sup>25)</sup> So dürfen ius aequum und strictum (rigor), von denen jedes seine Regeln und Ausnahmen hatte, mit ius commune und singulare nicht verwechselt werden.“<sup>25)</sup> Entschieden unrichtig ist jene ältere Lehre,<sup>30)</sup> die gleichwohl auch heut noch vertreten ist,<sup>31)</sup> wonach das Sonderrecht zusammenfallen soll mit dem Recht einzelner Classen. Wie oben (S. 298, 299) gezeigt wurde, haben schon unsere Redactoren richtiger gedacht.<sup>32)</sup>

Und wie sie nach dieser Seite das Wesen des ius singulare richtiger erkannten, als Manche unter den Neueren, so haben sie auch mit jenem Gedanken, der sie den Terminus „Rechtswohlthat“ ablehnen hieß,<sup>33)</sup> einen weiteren Schritt zur richtigen Erfassung des Begriffes des ius singulare gethan. Wenn es nämlich auch statistisch richtig ist, daß das Besondere, was das ius singulare für gewisse Rechtsbeziehungen festsetzt, meist eine „Begünstigung“ enthält,<sup>34)</sup> so kann es doch ebenso gut auch eine Beschränkung oder Zurücksetzung enthalten, und ist namentlich das ältere Recht an solchen Zurücksetzungen durchaus nicht arm;<sup>35)</sup> selbst in den ersteren

<sup>25)</sup> Unzweifelhaft beruht das „allgemein bestehende Eherecht“ des b. G. B., die Verwendung des Eides im Proceß auf religiösen Anschauungen; ebenso gewiß aber auch die Abweichungen des Eherechts der Protestanten und Juden, der Rechtsatz, daß Versicherung und Handschlag der Mennoniten für einen Eid gehalten werden (Hofb. v. 10. Jänner 1816 Z. G. S. Nr. 1201) auf der gleichen Grundlage, der Anerkennung und Schonung der speciellen religiösen Anschauungen bestimmter Confassionen.

<sup>29)</sup> Wie z. B. von Keller Pand. S. 14 geschieht. Vgl. insbes. Feist S. 168, 178 ff., 190 gegen Puchta und Savigny.

<sup>30)</sup> Z. B. Schlosser Briefe S. 180: Jura sing. „sind die aus dem Stand stieghenden besonderen Rechte.“ W. g. G. B. I §. 49.

<sup>31)</sup> Z. B. von Förster I S. 67 f.

<sup>32)</sup> Indem Zeiller hervorhebt, daß das beneficium inventarii „kein Recht einer gewissen Gattung von Bürgern“ sei, „sondern ein allen Bürgern, welche die Erbschaft bedingt antreten, zuständiges Recht.“ Aehnlich schon Glück I S. 558, der betont, das ius. sing. bestehe für ein gewisses Alter, Geschlecht, Stand, Classe von Personen, Gattung von Sachen, für Jedermann, der sich in einer gewissen Lage befindet. (Zum letzteren vgl. Schiffner I S. 45, Schlayer S. 59. Ein zutreffendes Beispiel bietet auch die Marktfreiheit, vgl. z. B. Suttlinger consuet. austr. [1718] pag. 486 ff., 505.) Die ältere Lehre darf als widerlegt angesehen werden, seit Thibaut S. 238 aufmerksam machte, es gelte „jedem Gesetz (die dem Menschen als solchem ertheilten Rechte ausgenommen) nur für eine gewisse Classe von Personen“, und Savigny I S. 63 hervorhob, daß man die Classen ganz nach Belieben bilden könne, und das Recht einer Classe bald ius commune (z. B. ausschließliche Fähigkeit der Frauen, Männer zu heirathen), bald ius singul. (z. B. S. C. Velleianum) sei. Am häufigsten freilich setzt das ius singul. für gewisse Classen etwas fest, was für andere Personen derselben Art nicht zu gelten hat. Aber damit ist nichts dem ius singul. Wesentliches von demselben ausgesagt. Auch Privilegien gewisser Art pflegen nur Angehörigen bestimmter Classen ertheilt zu werden. Brinz I S. 223. Um so sicherer bleibt es wahr, daß die genaue Abgrenzung von ius commune und singul. nicht selten mit Schwierigkeiten verbunden ist. Sintonis §. 9 S. 79 f.

<sup>33)</sup> Das Wort selbst ist gleichwohl einigemal im G. B. stehen geblieben (oben Note 8, 9), und das officielle Register nennt nebeneinander: das benef. cedendum actionum, competentiae, divisionis, inventarii und ordinis. Allein bekanntlich existiren nicht alle diese Beneficien in dem geltenden österr. Rechte; nur einige sind erhalten geblieben, andere sind theils umgestaltet, theils durch Sätze des ius commune verdrängt. Das Register des b. G. B. nahm aber hier, wie in zahlreichen anderen Fällen, Rücksicht auf den in der Doctrin und Praxis des gemeinen Rechtes bestehenden Sprachgebrauch, und durfte darauf bauen, daß die Paragrapheu, auf welche es den Nachschlagenden verwies, denselben selbst belehren würden, ob und wie weit das „beneficium“ noch ein solches sei.

<sup>34)</sup> Z. B. Begünstigte Testamente, Verlängerung der Erstigungs- oder Verjährungszeit, Immunität des Klerus, besonderer Gerichtsstand des Adels (vgl. z. B. „das Criminalprivilegium deren Oberen zwei politischen Ständen in Oesterreich unter der Enns“ im Cod. austr. I S. 254 f.; eine neuere Liste der Vorrechte des Adels, von denen freilich viele auch bereits wieder entfallen sind, im Hofb. v. 12. Juni 1838 Z. G. S. Nr. 279) u. s. w. Vgl. Bluntschli a. a. D. S. 123 f.

<sup>35)</sup> Es ist daher gewiß sehr ungenau, wenn Sonnenfels in den Berathungen der Revisionscommission ius singulare und Begünstigungen identificirt. Die Beschränkungen, die uns hier beschäftigen, können ausschließlich oder nebenbei strafende Tendenz haben, es

Fällen aber ist der Ausdruck „Rechtswohlthat“ irreführend geeignet, da er auf eine etwas Willkürliches an sich tragende Erweisung von Gnaden hindeutet, was gewiß einer weniger würdigen Auffassung des erhabenen Berufes der Gesetzgebung entspringt, als der (freilich nicht nur ius singulare producirende) Gedanke von dem „besonderen Schutz der Gesetze“ (§. 21 b. G. B.).<sup>36)</sup> In dem letzteren Ausdruck tritt klar hervor, daß die Gerechtigkeit selbst in den betreffenden Fällen intensiveren Schutz des Gesetzes verlangt, und das Recht also nur seine Schuldigkeit thut, wenn es ihn in Rücksicht auf die besonderen vorliegenden Verhältnisse auch gewährt,<sup>37)</sup> wie dies denn auch in der That die Auffassung unserer Rectactoren war.

ist dies aber durchaus nicht wesentlich. Man vgl. z. B. Bedrohung der Beamten mit Dienstentlassung wegen muthwilligen oder leichtsinnigen Schuldnamens (Hofb. v. 15. Jänner 1787, Nr. 613; Pat. v. 25. October 1798, Nr. 436; Hofb. v. 18. Juli 1791 J. G. S. Nr. 182); Verbot der Geschenkaufnahme in Amtssachen (z. B. Codex austr. VI S. 1176, cf. Hofb. v. 25. Juni 1784 J. G. S. Nr. 310; St. G. B. §. 104; b. G. B. §. 1013); „Soldatenschuldeneinschränkung“ (Cod. austr. V Nr. 767 f., (Kropatschef) Sammlung der Leopold. Gesetze III S. 4 ff, Note \*, IV S. 44 Nr. 618; sie ist, da sie die allgemeine Creditfähigkeit beschränkt, obios, dennoch aber weder in ihrer älteren, noch in ihrer späteren Gestalt, als odio creditorum oder debitorum constituitur zu denken); Verbot an staats- und städtische, wie städtische Beamte, mit Staatspapieren, Wechseln und Münzen zu handeln (Hofb. v. 23. September 1808 Nr. 861, 12. Juni 1829 J. G. S. Nr. 2410); Ungünstige Stellung gewisser Forderungen im Concurse (§ 48 C. D.); Suttinger pag. 127: „denen croatischen Unterthanen ist aller Vieh-Kauff des kleinen und großen Viehs, am hungarischen und andern, außer dessen, was sie selbst erziehen, bei Einziehung des Viehs, verboten.“ Eine besonders große Rolle spielen im älteren Recht Zurücksetzungen der Zuben: Ausschließung vom Wohnen in christlichen Häusern (z. B. Cod. austr. IV S. 157, 173, V S. 242, VI S. 1172 f., Gub. Vdg. in Böhmen v. 30. Sept. 1790 in (Kropatschef) Sammlung der Leopold. Ges. II S. 47 Nr. 230), von Aemtern, Grundbesitz, Aufenthalt in einzelnen Provinzen (z. B. Hofb. v. 11. April 1818 Nr. 1434, 13. März 1826 J. G. S. Nr. 2172), vom Doctorat des kanonischen Rechtes (Hofb. v. 25. October 1790 J. G. S. Nr. 68), vom „Verschleiß des Pulvers und Saliters allaminta“ (Cod. austr. IV S. 420 Punkt: Viertens, V S. 29 Punkt: Drittens und noch öfters wiederholt; aufgehoben durch Vdg. v. 12. März 1851 N. G. B. Nr. 65), Nöthigung zum Tragen einer bestimmten Kleidung s. noch Hofb. v. 16. Mai 1790 bei (Kropatschef) Sammlung II S. 316 Nr. 322 u. f. w.

<sup>36)</sup> Die nämliche Fassung hatte schon w. g. G. B. I §. 42 und der der Rev. Commission vorliegende Entw. §. 43. Im letzteren fügte ein §. 44 noch weiter hinzu: „Das weibliche Geschlecht und überhaupt Personen von hohem Alter, solche nämlich, welche das sechzigste Lebensjahr zurückgelegt haben, erhalten auch in manchen Fällen, zumal wenn sie darum ansuchen, besonderen Beistand von den Gesetzen.“ Die Revisionscommission (Prot. 14. März 1796) beschloß, dem Inhalt beider Paragraphen im einzelnen an den zukünftlichen Stellen gerecht zu werden, an dieser Stelle aber nur aus Sonnenfels' Entwurf den §. 4 des I. Hauptst. (oben Note 6) anstatt derselben einzureihen, da er hier genüge. Um so energischer wurde aber in dieser Commission, namentlich von Feschig und Strobl die Ansicht vertreten, daß die „besonderen Verhältnisse einzelner Provinzen, ihres Nahrungsstandes und Volkscharakters“ es rüthlich machen könnten, daselbst in einzelnen Beziehungen ein besonderes (particulares), von dem im G. B. aufzustellenden ius commune abweichendes Recht bestehen zu lassen, z. B. „in Tyrol die Weiber unter beschränkter Curatel der Männer“ und ebenda den Weibern „das stillschweigende gesetzliche Pfandrecht vom Tage der Ehe in den Gütern ihres Ehemanns über ihre illata zu belassen.“ (Prot. 11. Jänner 1796.) Darüber Näheres in den Excurfen.

<sup>37)</sup> Man vgl., wie schon Suttinger pag. 135 die den Doctoren und Literaten zugestandene Begünstigung motivirt, Handwerkern, die ein lärmendes Gewerbe betreiben, den Ankauf und die Miete von Häusern in der Nähe ihrer Wohnung zu verbieten. Dabei der Beisatz: „... hoc ego ipse . . . a magistratu civili non ex favore aliquo, sed per commissarios cognita causa obtinui.“ Weniger glücklich gewählt ist der Ausdruck im Min. Erl. v. 24. Jänner 1849 N. G. B. Nr. 100: Um der kais. Akademie der Wissenschaften und der k. Gesellschaft der Wissenschaften „einen Beweis meiner Achtung zu geben,“ dürfen ihre Mitglieder (ein seither aufgehobenes Recht) an jeder österr. Universität öffentliche Vorträge halten. Vgl. noch Erlaß v. 16. December 1848 N. G. B. Nr. 29 C.-B.

III. Da das anomale Recht ein Theil des *ius generale* ist, so versteht es sich von selbst, daß seine Entstehung, Anwendung, Aufhebung eben die des objectiven Rechtes überhaupt ist (vgl. schon oben Note 24). Jeder Versuch, ihm diesfalls eine Sonderstellung einzuräumen, ist im österreichischen Recht schon darum ohne Halt, weil die Redactoren, wie oben gezeigt wurde, mit Vorbedacht alle jene Sätze des Entwurfs und jene Erinnerungen unberücksichtigt ließen, an welche eine abweichende Behandlung des anomalen Rechtes sich anzulehnen versucht sein könnte. Schon sie waren eben der Meinung, daß in der bezeichneten Richtung „der Begriff des *ius singulare* . . . ganz unfruchtbar“ sei.<sup>38)</sup> Sie haben sich sogar enthalten, von dem anomalen Rechte „das Wichtigste“ zu bemerken, was man von demselben aussagen kann, nämlich „daß es nicht forientwickelt werden dürfe“, daß ihm „gewissermaßen die Zeugungsfähigkeit abgesprochen“ sei.<sup>39)</sup> Und es wird ihnen auch dies nicht zum Vorwurf gemacht werden dürfen; denn es kann uns nicht hindern, die analoge Anwendung des anomalen Rechtes überall da für unzulässig zu halten, wo sie dem wahren Gedanken und der Tendenz des Gesetzes zuwider wäre; insoferne sie aber nur das zu enge Wort des Gesetzes durchbricht, seiner eigentlichen Absicht aber entspricht, d. h. insofern sie in Wahrheit nicht analoge Anwendung, sondern ausdehnende Auslegung ist, kann sie auch dem anomalen Rechte nicht versagt werden.<sup>40)</sup> Auch die Nothwendigkeit ist entfallen, irgend welche eigenthümliche Lehren über die Concurrenz und Collision besonderer Rechte aufzustellen.<sup>41)</sup>

IV. Begriff des Privilegiums. Zur Bezeichnung des singulären Rechtes, namentlich<sup>42)</sup> des eine Begünstigung gewährenden, ist, sowohl in dem herrschenden Sprachgebrauch der Schriftsteller, als auch in dem der Quellen des römischen Rechtes üblich, und kommt auch in österreichischen Gesetzen nicht selten vor der Terminus: *Privilegium* (im weiteren Sinne).<sup>43)</sup> Im engeren technischen

<sup>38)</sup> Keller Pand. S. 14. — Die Revisionscommission allerdings wollte (§. 31 ihrer Beschlüsse) den Rechtswohlthaten noch ein eigenes Hauptstück des G. B. widmen.

<sup>39)</sup> Brinz I S. 111, L. 141 pr. D. de R. J. 50, 17. Vgl. Schärlach S. 448 ff.

<sup>40)</sup> Vgl. oben S. 183 f., 191 f. und Windscheid Pand. §. 29 Note 4. Beispiele ausdehnender Interpretation anomaler Rechtsätze führt schon Hufeland S. 235 aus den Panbetten an; er selbst will freilich (S. 243) noch Alles ausgeschlossen wissen, was nicht wahre Auslegung ist; die ältere Doctrin (vgl. Glück I S. 560 ff.) schloß, wenigstens principiell, auch die ausdehnende Auslegung rundweg aus.

<sup>41)</sup> Ueber die ältere Lehre vgl. Glück II S. 15 ff.

<sup>42)</sup> Oder gar exclusiv z. B. Windscheid §. 29.

<sup>43)</sup> Manche gehen ausschließlich von diesem weiteren Begriff aus, so z. B. Zöpfl im Rechtsler XI S. 153 ff., Grundriß zu Vorlesungen über Rechtsphilosophie (1878) S. 74 ff. Bluntschli a. a. D. S. 123 ff. bezeichnet die Privilegien entweder als individuelle Ausnahmen von der Rechtsordnung oder als Ausnahmsregeln; — mit den letzteren ist offenbar das *ius sing.* gemeint. Die Zusammenstellung von Privilegien und *ius sing.* liegt darum so nahe, weil Begünstigungen von ganz gleichem Inhalt bald als Privilegien bald als *ius sing.* auftreten. Von Anderen, Aelteren wie Neueren, ist dieser Sprachgebrauch, der *ius singulare* und *privilegium* zu vermischen veranlaßt, mit Recht beklagt worden. Schon Zeiller Comm. I. S. 88 spricht geradezu von einem „Mißbrauch der Ausdehnung des Wortes“ (*Privilegium*). Gleichwohl bezieht auch er den Begriff des *Privilegi*s auch auf solche Rechte, die „bürgerlichen Ständen“ insbesondere verkehren sind, wofür dies nur nicht durch das b. G. B. geschehen ist. (Dazu auch §. 573 b. G. B. „... der Orden eine besondere Begünstigung, daß seine Glieder testiren können. . .“). Vgl. ferner Hufeland S. 221, Schuster Comm. S. 199, Savigny I S. 65, Wächter Württemb. Pr. R. II S. 17 und besonders Laband II S. 2 f., während Noth System des deutschen Pr. R. I S. 265 (wie wir fürchten, verfrüht), den weiten Sprachgebrauch für überwunden und aufgegeben erachtet. Im §. 13 b. G. B. ist diese mißbräuchliche Ausdehnung, die älteren österr. Gesetzen nicht fremd ist, indem auch diese z. B. von „Privilegien“ eines militärischen Testamentes sprechen (s. Kropatsch Sammlung der Franz. Gesetze III S. 341 Nr. 1032), vermieden. Seine Marg. R. spricht vom *Priv.* im engeren (obj.) Sinne, er selbst von *Privilegien* im engeren (subj.) Sinne; die letzteren denkt er offenbar durchaus als

Sinne aber versteht man<sup>44)</sup> unter Privilegium eine specielle Anordnung der Gesetzgebung oder des von ihr hiezu berufenen Organs,<sup>45)</sup> wodurch, abweichend von jenen Rechtsfällen, die ohnedies einzutreten hätten, ein individuelles Rechtsverhältniß geregelt wird.<sup>46)</sup> 47) Ob diese Regelung eine besondere Begünstigung oder eine von dem Gewöhnlichen abweichende Benachtheiligung<sup>48)</sup> enthält, ist wieder für den Begriff gleichgiltig.

An diesem Begriff ist seinem vollen Umfang nach festzuhalten und kann der Umstand uns nicht irre machen, daß bald von größeren, bald von kleineren Gruppen von Privilegien (und noch mehr von Privilegien im subjectiven Sinne) irgend etwas rechtlich Relevantes<sup>49)</sup> ausgesagt werden kann, was von anderen nicht gilt.<sup>50)</sup> Vielmehr ist unzweideutig anzuerkennen, daß der Begriff des Pri-

Rechte, eine Ungenauigkeit, die auch bei Schriftstellern der neuesten Zeit (z. B. Dernburg I S. 43) nicht selten ist, während doch in Wahrheit selbst aus begünstigenden Privilegien für den Privilegirten nicht nothwendig concrete Rechte erwachsen.

<sup>44)</sup> Insbesondere nach dem Vorgang der kanonistischen Quellen, die natürlich vorwiegend die kirchliche Gesetzgebung im Auge haben. Schulte Kirchenrecht I S. 140.

<sup>45)</sup> Weil dieses Merkmal unbeachtet bleibt, ist ganz unbrauchbar der von Kreittmayr I S. 96 aufgestellte Begriff: „... alle sowohl von Natur als menschlicher Anordnung herrührende Vorzüge“ — ganz abgesehen davon, daß er nicht das Privileg im objectiven Sinne definiert.

<sup>46)</sup> Schlayer S. 58: In der Regel ordnet das Gesetz die Lebensverhältnisse im Allgemeinen; oft aber ist es nothwendig oder zweckmäßig, daß der Gesetzgeber seine Thätigkeit auch auf Einzelne erstreckt. S. 59: „Sofern es sich . . . von einer Thätigkeit des Gesetzgebers in Beziehung auf Individuen handelt, spricht man von Privilegien im eigentlichen Sinne.“ Laband Staatsrecht II S. 2: „Mit dem Begriffe des Gesetzes ist es völlig vereinbar, daß dasselbe einen Rechtsatz aufstellt, der nur auf einen einzigen Thatbestand anwendbar ist oder nur ein einzelnes concretes Rechtsverhältniß regelt.“ Indessen ist diese Lehre nicht unbestritten; vgl. z. B. Meyer Lehrb. des deutschen Staatsr. (1878) S. 12, 398, und Prajak Richter. Prüfungsrecht S. 2, die es für wesentlich erachten, daß ein Gesetz „eine allgemeine menschliche Verhältnisse regelnde Norm“ sei. Vgl. auch Brinz I S. 228.

<sup>47)</sup> Da die Privilegien meist in besonderen Urkunden erteilt werden, die nicht als Gesetze zu behandeln kommen, werden auch diese Urkunden selbst Privilegien genannt. Husfeldt S. 220 f.

<sup>48)</sup> Diesen Gegensatz bezeichnen Aeltere, z. B. Vinnius Instit. ad §. 6 J. 1, 2 (ed. Lugd. 1761 p. 22, 24), durch die Namen: privilegium pro aliquo und in aliquem. Viele wollen übrigens den Begriff des Privilegs nur auf Begünstigungen anwendbar erachten (so z. B., wie es scheint, schon Kreittmayr I S. 96: „in sensu stricto . . . eine Befreiung des Unterthans von dem vorgeschriebenen Gesetze“, so Schloffer Briefe S. 181, Schaidlein S. 35, Pözl a. a. D. S. 372, Windscheid §. 135 Note 1), oder berücksichtigen doch nur Privilegien dieser Art (so Schlayer S. 59, Schulte Kirchenr. I S. 140), wobei übrigens Manche anerkennen, sowohl, daß die Begünstigung des Einen ein Nachtheil für Andere sein kann, als auch, daß mit einer Vergünstigung sehr wohl mehr oder weniger schwer belastende Verpflichtungen verbunden sein können, wie z. B. der in den Eisenbahnconcessionen regelmäßig aufgestellte Maximuntarif und die daselbst in Aussicht genommene Verpflichtung zu künstlicher Ermäßigung des Tarifs. Vgl. Schäffle Die nationalök. Theorie der ausschließlichen Abzahverb. (1867) S. 56, 99. Eine eigentümliche Beschränkung der Privilegien des Fiscus lag in dem Rechtsatz, der auch in Oesterreich in lebendiger Geltung stand: „In dubio contra fiscum iudicandum, et ius fisci facilius remitti debet quam privatorum.“ Suttinger S. 237. Uebrigens sind obiose Privilegien weder in der Vergangenheit noch in der Gegenwart von so „verschwindender Seltenheit“, als Windscheid a. a. D. behauptet. Man denke nur an den Ostracismus der Athener, die Verbannung der Bourbonen aus Frankreich (Bluntschli a. a. D. S. 123), die zahlreichen Verbote ausländischer Zeitungen, z. B. Vdg. 19. August 1851 Nr. 190, 5. November 1851 Nr. 238, 8. September 1852 R. G. B. Nr. 178 u. v. a. Weitere Beispiele unten. —

<sup>49)</sup> Es kann sogar für Alle, die Privilegien gewisser Art haben, ein ius singulare festgesetzt sein, das in den einzelnen Privilegiumsurkunden nicht insbes. wiederholt ist. Darum hören die Privilegien nicht auf, Privilegien zu sein, sie werden dadurch nicht selbst zum ius singulare.

<sup>50)</sup> Eben mit Rücksicht darauf, daß sich, wofern man an unserem weiten Begriff des

villegß ein ungemein weites Anwendungsgebiet hat, und allerdings innerhalb desselben sehr verschiedenartige Erscheinungen auftreten. Immer aber sollte das Privileg nur ein Mittel sein, individuellen Bedürfnissen dort nach- und entgegenzukommen, wohin die allgemeine Rechtsnorm nach der (richtigen oder irrigen) Meinung der Gesetzgebung zu reichen nicht vermag oder wo sie wenigstens thatsächlich nicht ausreicht; auch das Privilegium sollte nur den Zwecken der Gerechtigkeit dienen und das Recht biegsam machen, wo seine allgemeinen Normen zu hart oder schroff sind;<sup>51)</sup> fern aber sollte der Gedanke bleiben, als erscheine das Privilegium seinem Wesen nach als Ausfluß reinen Beliebens, reiner Willkür.<sup>52)</sup> Wohl liegt die Versuchung nahe genug, Privilegien nach Willkür zu verleihen,<sup>53)</sup> und wohl ist das lange genug und im weitesten Umfang in aller Welt geschehen; allein was Mißbrauch<sup>54)</sup> einer Institution ist, darf man nicht zu ihrem Begriffsmerkmal erheben;<sup>55)</sup> und wenn im heutigen Recht unverkennbar das Streben hervortritt, auf gewissen Gebieten selbst die Möglichkeit willkürlicher

Privilegiums festhält, wenig allgemeine, von allen Privilegien geltende Regeln aufstellen lassen, will Pözl S. 373 Alles aus demselben ausschließen, was nicht Setzung einer Rechtsnorm, sondern nur Modification des Vollzugs der Gesetze ist, insbes. alle Acte der Gnade (Begnadiungen, Gemährung von rechtlich irrelevanten Vortheilen, Verleihung von Orden, Titeln, Würden, Standeserhöhungen), Dispensationen, Verleihung von Staatsämtern, Concessionen u. s. w. Darüber Näheres noch unten.

<sup>51)</sup> Trogbem müßte wahr bleiben, daß der Regent, der aus Gnade in mehreren Fällen gleiche Privilegien ertheilt, darum noch keineswegs verpflichtet wäre, in einem späteren gleichen Falle wieder ebenso zu handeln. Leyser med. spec. X Nr. XII pag. 112 sq.

<sup>52)</sup> Gewiß denkt auch Zeiller weder an Willkür, noch auch nur an Privilegien aller Art, wenn er Comm. I S. 89 von den Privilegien sagt, daß sie „nicht aus Grundsätzen der Gerechtigkeit durch das h. G. B. und mittelst der Gerichtshöfe, sondern aus politischen und Billigkeitsgründen durch politische Verordnungen und mittelst der politischen Behörden ertheilt“ werden. Der Gegensatz, den er im Auge hat, ist: Anwendung des Gesetzes auf einen Rechtsfall durch das erkennende Gericht und Regelung eines concreten Rechtsfalles durch Verleihung eines Privilegs, wobei das Ermessen der verleihenden Behörde nothwendig ein weit freieres ist.

<sup>53)</sup> Der Gefahr, die hieraus erworbenen Rechten Dritter drohte, zu begegnen, lehrte man — und dieses Sages Tragweite wurde von Zeiller (oben bei Note 13) mißverstanden — es sei jedes Privilegium salvo iure tertii ertheilt anzusehen. Glück II S. 5. Bei manchen Schriftstellern (z. B. Kreittmayr I S. 101, Wiener Heineccius I S. 41) tritt diese Lehre speciell in der Fassung auf, es haben ältere Privilegien (anders als eigentliche Gesetze) im Zweifel den Vorzug vor neueren. Beide Fassungen finden sich vereint z. B. bei Leyser med. spec. X Nr. X pag. 112. Suttinger pag. 10: „Gedachte Constitutio (Albertina) ist tanquam odiosa, vielmehreres zu restringiren als zu extendiren, cum odiosa, maxime a iure communi exorbitantia, non sint amplianda, et privilegia Principum sic intelligenda, ne alteri incommodum afferant.“ S. 246: „sed contra ipsum concedentem interpretanda.“ S. 451: „cum omne privilegium salvo iure tertii sit intelligendum.“ Daher S. 506: „Die landesfürstlichen Mauthfreiheiten und Paßbriefe verstehen und erstrecken sich nur auf die landesfürstliche, nicht aber auf andere Herrn Mauth.“ Unzweifelhaft zu allgemein hingestellt ist der Satz S. 626: „Ein Privilegium, darüber Einer nicht gehört worden, ist demselben nicht präjudicial.“ S. noch Schulke Kirchenrecht I S. 69 Note 21.

<sup>54)</sup> Weit mehr in dem Mißbrauch, der mit Privilegienverleihungen und von den Privilegirten selbst getrieben wurde, als in der ungebührlischen Ausdehnung, die man dem Begriff des Privilegs gegeben haben soll, wurzelt die, auch durchaus nicht erst in der heutigen, nach Gleichheit strebenden Zeit (Bluntschli S. 122), sondern weit früher schon hervortretende Abneigung gegen Privilegien. Belege in den Excursen.

<sup>55)</sup> So selbst noch Prinz I S. 222; auch Gerber Zur. Abh. S. 483 denkt als Gegensatz gesetzlicher Ordnung der Erwerbsverhältnisse die „uncontrollirte Privilegienwillkür“. Die im Text entwickelte Auffassung vertritt (mit Beschränkung auf die Industrieprivilegien) schon A. v. Krauß Geist der österr. Gesetzgebung zur Aufmunterung der Erfindungen im Fache der Industrie (1838) S. 23 Note 1; er will aber eben darum die Industrieprivilegien nicht als wahre Privilegien gelten lassen, und gehört daher offenbar zu den Gegnern unserer Auffassung. S. auch Note 249.

Verleihung (und Verfassung) von Privilegien einzudämmen, wenn darum rück-  
sichtlich gewisser Gruppen von Privilegien durch Gesetze von vornherein die Vor-  
aussetzungen bestimmt werden, bei deren Vorhandensein sie ertheilt werden können  
und sollen, so darf man deswegen, weil hiedurch dem Ermessen des verleihenden  
Organs gewisse Schranken gezogen sind,<sup>56)</sup> diesen Privilegien den Privilegien-  
charakter noch keineswegs absprechen. Vielmehr ergibt sich nicht nur, daß sich  
die Lebensverhältnisse selbst bald mehr, bald weniger zur Regelung durch Privi-  
legien eignen,<sup>57)</sup> sondern auch, daß jene Verhältnisse, die durch Privilegien  
geregelt zu werden pflegen, was ihre rechtliche Regelung anbelangt, eine sehr  
ungleiche Fähigkeit haben, sich dem *ius generale* zu nähern.<sup>58)</sup> Bei den einen  
lassen sich die Voraussetzungen, unter denen das Privileg verliehen werden soll,  
von vornherein und im Allgemeinen so gut wie gar nicht, bei den andern da-  
gegen ohne Schwierigkeit ganz genau bestimmen. Ohne Frage nun werden die  
Verhältnisse der letzteren Art insofern den durch das *ius generale* geregelten  
ähnlich, als, wo jene Bestimmung stattgefunden hat, von vornherein der That-  
bestand feststeht, an welchen allein die Verleihung des Privilegs sich anschließen  
darf. Die wirkliche Verleihung ist aber darum doch nicht weniger Privileg, da erst  
durch sie, nicht schon durch das Vorhandensein jenes Thatbestandes, die wirkliche  
Normirung des concreten Rechtsverhältnisses erfolgt, so wahr es auch ist, daß  
hier die Verleihung des Privilegs nur ein Mittel der Ausführung eines allge-  
meinen Gesetzes ist.<sup>59)</sup> Besonders wichtig ist nun, daß nicht selten Verhältnisse,

<sup>56)</sup> Aus diesem Grunde behauptet Harum a. a. O. (und vgl. schon Chambon  
Desterr. Blätter für Literatur und Kunst 1856 Nr. 22, auch Sinenis Civ. R. I S. 80 f.),  
die Ertheilung der *venia aetatis*, von Aufgebotsdispensen, von Industrieprivilegien, sowie  
der Ausspruch der Prodigalitätsklärung seien nicht Privilegien, sondern es seien hier  
durch Gesetze die Bedingungen festgestellt, unter welchen jemand ein Ausnahmerecht zu-  
kommen solle; das Eingreifen der Behörde habe nur die Aufgabe, das Vorhandensein der  
gesetzlichen Voraussetzungen amtlich zu constatiren. Von einem Privileg könne nur da die  
Rede sein, wo die Behörde nach eigenem freien Ermessen Ausnahmen eintreten lassen dürfe.  
Ganz ähnlich neuestens Brinz I S. 221 und Note 4, weil Privilegien „keinem Gesetz  
folgend unbestimmbar seien sowohl nach den Personen und Sachen, denen, als nach dem  
Dinge, worin sie zustehen werden; ihr Gesetz ist die jeweilige Macht und der jeweilige  
Wille des Concedenten.“ Dagegen betont mit Recht Unger II S. 312 ff. Note 2 (vgl.  
auch Skarba S. 4), daß Freiheit oder Unfreiheit des Ermessens der verleihenden Behörde  
nichts daran ändern kann, daß das verliehene Recht ein ertheiltes ist, daß ihr Ausspruch  
trotzdem ein constitutiver, ein Decret ist, daß ihre Verpflichtung nur dem Delegirenden  
gegenüber besteht, und daß bei Ertheilung der *venia aetatis* sogar das freie Ermessen der  
Behörde in Wahrheit nicht fehlt. Daß die Praxis unserer Gerichte von dem Bewußtsein  
dieser Freiheit ihres Ermessens auch durchdrungen ist, zeigt z. B. Sammlung VII. 3469  
und XIII. 5965; die Begründung der letzteren Entscheidung läßt freilich die Frage offen,  
ob nicht etwa angenommen wurde, der Sohn sei bereits auf sächsische Art emancipirt  
gewesen.

<sup>57)</sup> Dernburg S. 43.

<sup>58)</sup> Das gilt insbesondere von jenem weiten Gebiet, das wir heut durch den Namen  
des Urheberrechts bezeichnen, und von den Berechtigungen zu einem Gewerbsbetrieb. Soweit  
die Gesetzgebung ein Urheberrecht schon an die Urheberschaft als solche, die Berechtigung  
zum Gewerbsbetrieb an eine bloße Anmeldung u. dgl. knüpft, bedarf es keiner besonderen  
Verleihung; soweit sie von dem entgegengesetzten Grundsatz ausgeht, d. h. soweit sie das  
Urheberrecht erst an eine Verleihung bindet und das Recht zum Gewerbsbetrieb nicht als  
einen Ausfluß der natürlichen Freiheit ansieht, läßt sie „eine Beschränkung der allgemeinen  
Rechtsfähigkeit eintreten, die dann wieder in Betreff derjenigen Personen, welchen eine  
besondere Gewerbsbefugniß als *Privilegium* gewährt wird, eine Erweiterung erfährt.“  
Schmid S. 5. Weid's aber pflegt auf beiden Gebieten in derselben Gesetzgebung neben  
einander zu stehen.

<sup>59)</sup> Wird jemand darum, weil die Statuten der Orden Bestimmungen darüber ent-  
halten, wem und unter welchen Voraussetzungen der Orden verliehen werden könne, be-  
streiten, daß eine Ordensverleihung eine Privilegiumsverleihung sei? Sehr getheilt aber  
waren und sind die Meinungen der Schriftsteller darüber, ob die sogen. Industrieprivilegien  
(Patente) als Privilegien anzusehen seien — eine Meinungsdivergenz, die auch durch das

die Jahrhunderte lang der ersten Gruppe angehörten, im Laufe der Zeit in die zweite übertreten.<sup>60)</sup> Und unzweifelhaft ist es möglich, daß auch noch weiter greifende Uebergänge stattfinden, so daß Verhältnisse, die geräume Zeit lediglich durch Privilegien geregelt wurden, der Regelung durch ius singulare<sup>61)</sup> oder gar durch ius commune unterworfen werden;<sup>62)</sup> was ursprünglich nur Privilegienschutz genoß, kann bei eintretender Aenderung der Anschauungen unter einen Urbegriff, eine Ursatzung des Rechtssystems gezogen werden müssen und so den Schutz des regelmäßigen Rechtes gewinnen.<sup>63)</sup> Und es ist wohl möglich, daß dieser Uebergang sich historisch anlehnt an eine der erwähnten Vorausbestimmungen des Thatbestandes, bei dessen Vorhandensein Privilegien einer gewissen Art gewährt werden sollten, ja es kann sein, daß diese Vorausbestimmung anfänglich lediglich zu dem Zwecke gegeben war, um dem Publicum in vorhinein kund zu geben, unter welchen Voraussetzungen der Verleiher regelmäßig geneigt sein werde, ein gewisses Privileg zu ertheilen und so eine große Zahl (abzweifelnder) Gesuche von vornherein fernzuhalten.<sup>64)</sup>

deutsche Patentgesetz vom 25. Mai 1877 nicht zum Schweigen gebracht worden ist. Vgl. darüber die Excurse.

<sup>60)</sup> Vgl. Schäffle S. 19 (cf. auch S. 17 f.): „Viele freiheitliche Fortschritte der neueren Zeit beruhen darin, daß „Verhältnisse“, welche früher der ausschließlichen Privat- ausbeutung unterworfen waren, zu öffentlichen insofern erhoben wurden, als sie der Con- currenz Aller überlassen worden sind.“ Daneben haben sich freilich manche Arten rechtlich ausschließender Kundschaften noch heut erhalten und sind auch aus verschiedenen Gründen unentbehrlich. Schäffle S. 97 ff.

<sup>61)</sup> Auch das kommt vor, daß Privilegien einer gewissen Art sich so oft wiederholen, daß ihr Inhalt praktisch zum ius singulare wird, obgleich er es, juristisch genau gesprochen, nicht ist; so z. B. die oft vorkommenden und der Hauptsache nach immer das Nämliche ent- haltenden Privilegien der Seeasscuranzen; vgl. Hofb. v. 24. December 1794 Nr. 208, 28. Jänner 1803 Nr. 590, 18. Jänner 1804 Nr. 647, 2. Juli 1825 Nr. 2115, 19. August 1826 Nr. 2216, 27. November 1830 Nr. 2494 und 2495, 17. Juni 1831 Nr. 2516, 8. Juli 1831 Nr. 2518, 11. Juli 1833 Nr. 2623, 22. März 1839 Nr. 351, 5. August 1846 Nr. 978, 12. Mai 1848 J. G. S. Nr. 1148 — Wie aus einzelnen in Aussicht gestellten oder ertheilten Privilegien sich allgemeine Directiven für die Verleiher ganzer Gruppen von Privilegien einer gewissen Art entwickeln können, zeigt z. B. die Geschichte des österr. Eisenbahn- und Dampfschiffahrtsconcessionsystems. Skarda S. 328 ff., 348 ff. Vgl. auch Feistmantel Jur. Bl. 1881, Nr. 9.

<sup>62)</sup> Namentlich auch so, daß die Sonderstellung, welche eine frühere Zeit durch Privilegien oder iura singularia gewährte, nunmehr schlechtweg überflüssig befunden und aufgehoben wird. So sind z. B. die Grundherrens-, Nachbarn-, Landmanns-, Freund-Ein- standsrechte der älteren Zeit (Suttinger S. 154 ff., Cod. austr. I. S. 292 ff., 736 ff.) rasch beseitigt worden; so beruhte das Recht zum Gewerbebetrieb in Oesterreich, nachdem die Macht der Zünfte gebrochen war, noch immer (bis 1860) wesentlich auf dem System der behördlichen Concessionirung; seither aber bilden die concessionirten Gewerbe die Aus- nahme. Stubenrauch Gewerbeberecht. S. 7, 36 ff.

<sup>63)</sup> Pözl S. 374, Brinz I S. 229. So ist z. B. die „Ehrenlegitimationsertheilung“, die noch bis zur Joseph. Gesetzgebung (Hofb. 24. Juli 1783 Nr. 161 und 162, 15. April 1784 J. G. S. Nr. 277) durch ein von der u. ö. Repräsentation und Kammer im a. h. Namen ausgefertigtes Privilegium „den sich fleischlich vergangenen oder aus einer dergleichen unebe- lichen Veimohnung geborenen Person“ ertheilt wurde (restitutio honoris, fama und resp. natalium, Cod. austr. V S. 766 f. 26. Mai 1753), weggefallen und an ihre Stelle der Satz getreten, es könne die unebeliche Geburt einem Kinde an seiner bürgerlichen Achtung und an seinem Fortkommen auch ohne besondere Begünstigung des Landesfürsten keinen Abbruch thun. B. G. B. §. 162, cf. westgal. G. B. I §. 139 i. f. Prot. 25. Mai 1807: Das Festhalten an der leg. ad hon. wäre „nicht nur überflüssig, sondern auch bloß dazu geeignet, das alte Vorurtheil ferner zu unterhalten.“ Eine der lehrreichsten Entwick- lungen dieser Art bietet das literarische Autorrecht. S. darüber die Excurse.

<sup>64)</sup> Rieuniff S. 54 Note \* Auch daß nach dem sächsischen Mandat von 1773 Einzeich- nung in das Protokoll die Kraft eines Privilegiums gegen Nachdruck für zehn Jahre hatte (Pütter Büchernachdruck S. 191 ff.), war nur Vereinfachung des Geschäftsganges. Jenes Mandat hatte keineswegs die bahnbrechende Bedeutung, die ihm oft beigelegt worden ist. Schür- man n Organif. u. Rechtsgewohnh. d. deutschen Buchhandels I (1840) S. 65 ff., 74 ff., 198.

## V. Nähere Bestimmung des Privilegienbegriffs.

A. Das Privilegium ist eine concrete Normirung eines individuellen Rechtsverhältnisses. Diesem Verhältniß wird die Norm, der es unterstehen soll, auf den Leib gemessen, es soll nicht jenen Rechtsregeln unterworfen sein, die, abgesehen vom Privilegium, auf dasselbe angewendet werden müßten. Die Anwendung des *ius generale* als solchen ist niemals Privilegium,<sup>65)</sup> und insofern als das Privilegium begrifflich für dieses Verhältniß etwas von jenen Regeln, die abgesehen von demselben zur Anwendung zu kommen hätten, Abweichendes enthalten muß, mag man immerhin sagen, das Privileg trage den Charakter einer Ausnahmsbestimmung an sich.<sup>66)</sup> Und zwar hat jedes Privileg, wie immer es auch im übrigen geartet sein mag, die Tendenz, die Anwendung der sonst auf den Fall anzuwendenden Rechtsnormen irgendwie einzuschränken oder auszuschließen (*legibus solvere*).<sup>67)</sup> Da nun aber jedes Gesetz das Gebiet seiner

<sup>65)</sup> Entscheidungen von Civil- und Straffällen durch die Gerichte, behördliche Entscheidungen, die in Anwendung der Gesetze feststellen, ein Rechtsverhältniß bestehn oder bestehn nicht oder es sei von diesem oder jenem Inhalt, ihm aber die Norm nicht erst aufstellen, enthalten keine Privilegienertheilung.

<sup>66)</sup> Es ist übrigens wenig damit gewonnen, daß man das Privileg als Ausnahmsbestimmung charakterisirt, worauf die ältere Doctrin (vgl. statt Aller Glück I S. 528 f. 549) so großes Gewicht legte, da sich in vielen Fällen die allgemeine Regel, als deren Ausnahme das Privilegium erscheinen soll, kaum ungezwungen finden läßt. Gerber Jur. Abh. S. 470. Dazu kommt, daß zahlreiche Privilegien Ausnahmen von einer Regel des *ius singulare* in dem Sinne enthalten, daß sie einen Fall, der sonst dem *ius singulare* unterliegen müßte, dem *ius commune* unterwerfen. Man denke z. B. an die zu Gunsten von kirchlichen Instituten gemachten Ausnahmen von den Amortisationsgesetzen der älteren Zeit (z. B. Decret v. 11. October 1806 J. G. S. Nr. 788). Freilich fallen diese Ausnahmen von der Regel des *ius singulare* nicht immer zusammen mit der Regel des *ius commune*; vgl. z. B. Hofb. v. 25. Jänner 1815 Nr. 1130, 18. Februar 1815 Nr. 1133, 26. April 1818 Nr. 1441, 23. December 1830 Nr. 2498, 13. Jänner 1832 J. G. S. Nr. 2545. (Ganz ähnlich kommt auch ein *ius singulare* im *ius singulare* vor, z. B. Hofb. 26. April 1818 J. G. S. Nr. 1442 (erhöhte Mitgift). — Uebrigens wird es heut zu Tage schwerlich Jemanden beikommen, z. B. die königlichen Rechte in Bausch und Bogen oder die Pairchaft schlechtbin für Privilegialrechte zu halten (Bözl S. 373, Bluntschli S. 123); wohl aber scheint uns die Verleihung der Pairchaft auf Lebenszeit ein Privilegium zu enthalten.

<sup>67)</sup> Doch möchten wir nicht behaupten, daß damit immer der ganze Inhalt des Privilegs erschöpft sei. Wohl aber findet sich dieser Inhalt bei allen Privilegien ohne Ausnahme; am klarsten tritt er bei jenen hervor, welche die Anwendbarkeit solcher Rechtsätze ausschließen, die schon in ihrer Fassung selbst als Gebote oder Verbote auftreten, wie namentlich bei Befreiungen von gemeinen Lasten, Ehehindernißdispensen u. dgl. (Brinz I S. 226 Nr. 5, 6; vgl. Suttinger pag. 246: „Herrenhäuser, so befreit seynd, ist dem Stadtrichter darcin zu greifen nicht erlaubt;“ oder: Gerichtsstand des Fiscus, J. N. §§. 14, 23, oder Verleihung des privilegierten Gerichtsstandes vor dem obersthofmarschallischen Gerichte zu Gunsten von Personen, die sonst kraft allgemeinen Gesetzes ungewisshaft dem regelmäßigen Gerichte unterstehen würden, Pat. v. 20. November 1852 Nr. 251 All. V, Verordnung v. 6. Juli 1850 Nr. 314, 10. August 1851 Nr. 183, 8. Juni 1858 Nr. 94, 19. Jänner 1865 Nr. 7, 20. Februar 1866 N. G. W. Nr. 171. Das Gleiche ist nicht weniger klar, wo durch das Privileg Rechtsfähigkeiten, Standesrechte, Rechte und Freiheiten (z. B. Loszählung von der allgemein vorgeschriebenen Dauer gewisser Studien. Erlaß v. 28. September 1860 N. G. W. Nr. 215) ohne die gemeinen und natürlichen Voraussetzungen verliehen werden (Brinz S. 225 f. Nr. 4); das geltende Gesetz versagt ja jedem Minderjährigen den Vollgenuß der Handlungsfähigkeit, dem Freigelassenen die Ingenuität, befiehlt dem Schuldner, die Zahlung zur Verfallszeit zu leisten, knüpft die Befähigung zur Erlangung bestimmter Aemter an die Ablegung gewisser Prüfungen u. dgl. Wenn nun der Minderjährige durch Fabrgabung die Stellung eines Großjährigen, der Freigelassene die eines Freigeborenen erhält, der durch Moratorium begünstigte Schuldner die rechtzeitige Zahlung ohne Nachtheil veräumen darf, der Nichtgeprüfte zum Amte zugelassen wird, so ist in der That die Anwendung eines sonst allgemein geltenden Rechtsatzes auf ihn ausgeschlossen, er hat eine rechtliche Stellung erlangt, die ihm nach den allgemeinen Sätzen des geltenden Rechtes versagt wäre. Und nicht anders ist es endlich auch da, wo das Privilegium eine Alleinbefugniß zu sonst gemeinhin zuständigem Geschäftsbetrieb gewährt

Anwendung selbst in bindender Weise bestimmt, so gehört zu jeder Exemption eines unter das Gesetz fallenden Rechtsverhältnisses selbst wieder eine Bestimmung der Gesetzgebung, weil die Ausschließung der Anwendung des geltenden Rechtsatzes auf ein an sich darunter fallendes individuelles Verhältniß eine Außerkraftsetzung des geltenden Gesetzes für dieses Verhältniß, eine Einschränkung des Kreises seiner Geltung und Ersetzung desselben durch einen abweichenden, wenn auch nur für dieses individuelle Verhältniß erlassenen Rechtsatz enthält.<sup>65)</sup> An sich müßte daher jedes Privilegium wirklich selbst ein Gesetz,<sup>66)</sup> eine *lex in privos lata*, sein. Diese Auffassung wird als die des geltenden Rechtes von vielen älteren, wie neueren Schriftstellern vertreten,<sup>70)</sup> und es ist allerdings zu behaupten, daß sie sehr geraume Zeit auch in der Gesetzgebung Oesterreichs die maßgebende war. Man braucht in der Geschichte dieser Gesetzgebung gar nicht weit zurück-

(Brinz §. 225 Nr. 3); indem, was sonst Jedermann freistünde, nur dem Privilegirten freisteht, ist ihm allein erlaubt, was Allen verboten ist.

<sup>65)</sup> Arg. §. 9 b. G. B., der allerdings nur von der Dauer der Gesetze handelt. Aber sein eigentlicher Gedanke greift weiter; sowohl das territoriale, wie das persönliche Geltungsgebiet des Gesetzes kann auch nur durch das Gesetz verändert werden.

<sup>66)</sup> Auch in Oesterreich kam es in früherer Zeit vor, daß Privilegien (z. B. der Titel „Euer Gnaden“ für den Landmarschall in Oesterreich unter der Enns, Suttinger pag. 400 sq.) auf den Landesgebrauch gestützt wurden. Mit dieser Auffassung hat die moderne Zeit entschieden gebrochen. Auch die Redactoren des b. G. B. sprechen es aus (Prot. v. 17. September 1809), daß Privilegien ihren Grund nur in einem Gesetze, nicht in einem Landesgebrauch haben können, erblicken also in jedem Privileg eine specielle Anordnung eines hiezu berufenen Organs.

<sup>70)</sup> Besonders energisch von Schulte Kirchenrecht I S. 142, 146, Lehrb. §. 116 S. 408, jedoch nur für das „eigentliche“ Privilegium im Gegensatz der Dispensation. Das erstere soll sein eine *lex specialis*, welche für eine oder mehrere Personen, ein Institut, einen Ort an die Stelle des *ius commune* treten soll, während die Dispensation an dem geltenden objectiven Recht nichts ändern soll, obgleich auch zur Verleihung von Dispensationen nur jene Person berechtigt sein soll, welche „über dem Rechtsatz steht“. (Kirchenrecht I S. 537, II S. 420.) Diese Gegenüberstellung scheint uns nicht zutreffend. (Vgl. oben im Text und weiter unten Note 128.) Auch Heimbach S. 493 nennt die Privilegien „durch den Gesetzgeber erlassene Ausnahmsgesetze“, kennt aber doch (und ebenso auch Holzschuber I S. 154) Privilegien, die im Regierungsrecht der Gnade ihren Grund haben, und Concessionen, die nur Anwendung schon bestehender Gesetze sind (S. 495). Schmid S. 176 und Förster I S. 67 f. denken nur an einen Act der Gesetzgebung; ebenso Hüfeland, Wening, Rierulff S. 53 ff., Bluntschli S. 122 f. und schon Glük II S. 10, nur daß in Deutschland manches Besondere zu bemerken sei. Wenn auch Pözl S. 374 das Recht, Privilegien zu verleihen, einen „Bestandtheil der gesetzgebenden Gewalt“ nennt, und den Behörden dieses Recht ganz abspriecht, so erklärt sich dies aus seinem engen Privilegienbegriff. Uebrigens gibt er zu, daß gewisse Privilegien durch Verordnung verliehen werden können, er scheint aber nur an Verordnungen des Souverains zu denken. Von Veltzer vgl. z. B. Coceji lib. I tit. IV qu. V. „privilegia sunt leges“ und Donner Anleitung §. 7, der die Privilegien schlechtweg zu den Gesetzen rechnet, und dazu oben Comm. I S. 129 Note 9: Die Eintheilung der kaiserlichen Constitutionen in *edicta, mandata, decreta, rescripta* und *privilegia* war bis zum zweiten Decennium unseres Jahrhunderts die herrschende (vergl. z. B. Höpfner §. 42, 48, Wiener Heineccius I S. 35, 38), und wurde erst von Thibaut (Versuche II Nr. 13 S. 234 ff.) als „voll vom logischen Irrthümern, unvollständig und ganz unphilosophisch“ mit Erfolg angegriffen. Ob es noch ein Nachklang dieser alten Eintheilung ist, daß auch in neuerer und neuester Zeit so zahlreiche Schriftsteller lehren, die Privilegien seien eine besondere Verfügung des Regenten, entspringen durch eine Concession des Regenten, seien eine specielle Verordnung des Regenten (vgl. z. B. Schuster Comm. S. 199 mit S. 205, Thibaut Pand. §. 32, Starba S. 1, Zachariä Deutsches Staats- und Bundesrecht I. Aufl. II S. 137 und mit diesem der Verf. des Art. in den Jur. Bl. 1831 Nr. 11 S. 129 [vgl. aber auch Nr. 12, S. 144 Sp. 2: „ein Privilegium immer ein Specialgesetz für den einzelnen Fall“] Puchta Pand. §. 31 v. v. A.) muß dahin gestellt bleiben. Die Meisten denken wohl, indem sie vom Regenten sprechen, an den Gesetzgeber; nicht so, wie es scheint, Puchta, indem er zugleich behauptet, daß sich Privilegien überhaupt nicht auf einen Rechtsatz gründen. Vgl. noch Thauer über Entstehung und Bedeutung der *formel salva sedis apost. auctor.* in den päpstlichen Privil. 1872.

publiziren, um zu erkennen, wie sehr es Regel war, alle Privilegien unmittelbar von der höchsten Gewalt im Staate, dem Kaiser<sup>71)</sup> als Gesetzgeber ausgehen zu lassen.<sup>72)</sup> Selbst in der Zeit des Absolutismus, wo in der Person des Kaisers

<sup>71)</sup> Gerade in Oesterreich, wo der Landesherr Territorialherr und Kaiser zugleich war, mußte seine Privilegienhoheit eine weitaus stärkere sein, als die des römischen Kaisers im Reich und die jedes Territorialherrn in seinem Lande, welche letztere übrigens auf Kosten der kaiserlichen Privilegienhoheit Schritt für Schritt Terrain gewann und es endlich dahin brachte, daß „*quae imperator universaliter in imperio privilegia concedere valet, eadem et status imperii pro ratione territorii possint. Immo et liberior statuum imperii circa privilegia subditis suis irroganda facultas est.*“ (Stryk usus mod. pand. in op. praest. coll. nova I Hal. Magdeb. 1746 p. 22 sq. Kreittmayer I S. 96: „Nur der Territorialherr kann es geben.“ So galten insbesondere kaiserliche Druckerprivilegien gegen den Nachdruck Anfangs im ganzen Reiche, während ihre Kraft namentlich seit der Wahlcapitulation erheblich abgeschwächt war. Pütter S. 169, 185 f. 197, Schürman S. 31 und überhaupt Gerstlach er Corp. iur. germ. publ. et priv. IV (1789). Cap. 9, pag. 323 ff., 3 Bpfl Deutsche Rechtsgeschichte 4. Aufl. II. S. 253, 359 ff., auch Pütter S. 166 f.

<sup>72)</sup> Besonders scharf tritt diese Auffassung hervor im Hoffbl. vom 5. October 1829, (Winiwarter Hdb. II S. 272 f.), durch welches die in der Wiener Krankenanstalt bestehende Uebung, die von den daselbst Verstorbenen hinterlassenen Effecten nur binnen drei Monaten vom Todestag gerechnet an die Erben herauszugeben, als „mit den allgemeinen Gesetzen nicht vereinbarlich“ abgestellt wird, „insofern diese Uebung nicht auf einem besonderen, der Anstalt verliehenen Privilegium beruht.“ Letzteres kann also nur ebenfalls als Gesetz gedacht sein und geht den allgemeinen Normen als specielle Bestimmung vor. Selbst Industrieprivilegien wurden unmittelbar vom Kaiser gewährt, und nicht nur bis zur Einführung des Privilegien-systems von 1810, welches vielmehr selbst „die höchste Genehmigung“ zur Ertheilung eines Privilegs als Erforderniß aufstellte. Erst im Jahre 1829 wurde die Hofstelle zur Verleihung und Verlängerung der Alleinrechte delegato nomine principis ermächtigt, in den betreffenden Urkunden aber noch immer der Kaiser rebend angeführt (Krauß S. 157), und erst seit dem Privilegienpatent von 1852, welches das Ministerium für Handel und Gewerbe (an dessen Stelle seit 20. October 1859 R. G. B. Nr. 193 das Ministerium des Inneren trat) zur Verleihung von Industrieprivilegien ermächtigte, ist diese Form entfallen. — Im Sprachgebrauch unserer Gesetze endlich wird von so manchen Privilegien, die dies ohne allen Zweifel waren, dieser Name vermieden. Namentlich geschieht dies geraume Zeit rückwärts der Verwilligungen von Fabriksbefugnissen. Die ältere Zeit nennt sie ohne weiters Fabriksprivilegien, z. B. Cod. austr. V S. 243 (vgl. III S. 727, 858 ff., IV S. 225, 846 ff.), und das war nicht nur dadurch gerechtfertigt, daß der Verleiher sich rückwärts seiner Verleihung ganz freies Ermessen wahren wollte (Schlayer S. 59), sondern auch dadurch, daß bald das Recht, Fabriken zu errichten, nur einen Theil eines anderen, weiter greifenden und Anderes bezielenden Privilegs bildete (z. B. Privilegium der orientalischen Compagnie, Cod. austr. III S. 940 Punkt 5), bald umgekehrt ein Fabriksprivilegium zugleich ein Industrieprivilegium im modernen Sinne (z. B. Weinförner-fabrik, Cod. austr. III S. 593 f., 634) und eine Reihe anderer Begünstigungen, z. B. daß Arbeiter, die unter die Werber gerathen, wieder freigelassen werden sollen (z. B. Cod. austr. III S. 860 quarto, eine Begünstigung, die später als *ius singulare* auftritt, Cod. austr. VI S. 81, 420), oder Steuerfreiheit, Erleichterungen bezüglich der Mautgebühren, Befreiung des Aufenthalts in den Erblanden für den Privilegirten, der Jude ist (Cod. austr. V S. 716 ff., 996 ff.), in sich schloß. Bis zur Mitte des 18. Jahrhunderts enthält fast jedes Fabriksprivileg Bestimmungen, die diesem concreten Fall an den Leib geschnitten sind. Mit der zunehmenden Zahl solcher Unternehmungen beginnen Maßregeln allgemeinerer Natur zum Zweck der „Fabriken- und Manufacturen-Aufnahme“ (Cod. austr. V S. 424 ff., 11. Juni 1749, zugleich eine Regelung der Hauptmärkte enthaltend). Seither beginnt auch auf anderen Gebieten das Operiren mit allgemeinen Maßregeln. So wurden z. B. (Cod. austr. V S. 534 ff.) die trotz Aufhebung vieler Steuerfreiheiten noch verbleibenden Befreiungen gruppenweise zusammengefaßt (VI S. 434 ff.), allgemeine Grundsätze zur „Seidenbau-Emporbringung“ aufgestellt u. s. w. (Vgl. noch ebenda VI S. 440 ff., 963 f., 978, 1024 u. s. w.) Damit hängt es zusammen, daß wir in der spätern Zeit den Namen Privilegium für die Verleihung von Fabriksbefugnissen vermieden finden, und in der gleichen Richtung wirkte der Umstand, daß die fraglichen Privilegien nicht mehr von dem Landesfürsten selbst verliehen wurden. So unterschied man insbesondere „einfache fabriksmäßige Befugnisse“ von den „fürnischen Landesfabriksbefugnissen“, zwischen denen freilich die Grenze eine etwas schwankende war. Die letzteren führten zwar den Titel „*l. f. privil. Fabrik*“ und den kaiserlichen Abler — eine Begünstigung, die mit der einfachen Fabriksbefugniß nur selten verbunden wurde — und beide Gruppen waren von allem Zunftzwang befreit; dennoch waren die Länderstellen angewiesen, sich auch für die zweite Gruppe des „zu Mißdeutungen

die gesetzgebende Gewalt und die Macht der obersten Verwaltung ununterschieden vereint war und wo es somit an jedem praktischen Interesse fehlte, die verschiedenen Bestandtheile der höchsten rechtssetzenden Autorität im Staate zu differenziren,<sup>73)</sup> ist an zahllosen, vom Kaiser erlassenen Privilegien unschwer zu erkennen, daß er in ihnen nicht als das oberste Organ der Verwaltung, sondern als Gesetzgeber<sup>74)</sup> spricht, wie ja auch die zeitgenössischen Schriftsteller<sup>75)</sup> die Sache nicht anders verstehen. Insbesondere spricht dafür, daß das Privileg als Gesetz aufzufassen ist, der Umstand mit großem Gewicht, daß nicht Weniges, was wir heut nur als einfache Bildung neuen regelmässigen Rechtes, als Ausfüllung von Lücken innerhalb der bestehenden Gesetze und Gewohnheiten bezeichnen würden, zunächst in der Form des Privilegs auftrat und daß so ein gut Stück an sich durchaus normaler Rechtsentwicklung der älteren Zeit sich in dem Gewande und unter dem Namen der Privilegialrechtsbildung vollzog.<sup>76)</sup> Selbst in unseren Tagen aber tragen noch immer so manche Privilegien den Charakter wahrer

führenden" Ausdrucks „Fabrikprivilegien“ zu enthalten. Kopeř Gewerbesetzkunde (1829) I S. 111 ff. Ebenso nannte man privilegierte Gewerberechte mit Vorliebe nur jene, die durch landesfürstliche Privilegien begründet waren, und dachte somit die persönlichen, rabricirten, verkäuflichen Gewerbe, soweit sie auf obrigkeitlichen, magistratischen u. s. w. Bewilligungen ruhten, nicht als Privilegien. Kopeř I S. 176 ff., 264.

<sup>73)</sup> Gerber S. 475. Wächter Pand. S. 86.

<sup>74)</sup> Dafür spricht sehr bestimmt, daß in den Privilegien so oft hervorgehoben wird, daß sie erteilt werden von der „regierenden Königin, Frau und Erblandesfürstin“ (Cod. austr. V S. 243), „aus landesfürstlicher (höchster königlicher und erzbischoflicher) Machtvollkommenheit“ (ebenda V S. 789 f.); dafür auch die feierliche Form des „offenen Patentes“, in der so viele Privilegien erlassen wurden. Vgl. z. B. Cod. austr. IV S. 78, 84, 85, 88, VI S. 255). Nehulich ist in den Concessionsurkunden, mit welchen Eisenbahnen, unterseeische Telegraphenlinien u. s. w. bewilligt werden, noch heut zu Tage stehende Formel: „erlassen Wir diesen Brief“, z. B. Conc. Urk. v. 11. Jänner 1867 Nr. 16, 24. Jänner 1867 Nr. 62, 27. Jänner 1867 Nr. 53, 2. Mai 1867 Nr. 113, 6. Mai 1867 Nr. 8. B. Nr. 82.

<sup>75)</sup> Vgl. zu den schon Angeführten noch Höpfer S. 50, Wiener Heineccius I S. 40: „Niemand als der Landesfürst kann Privilegien verleihen; denn jedes Privilegium ist eine Ausnahme von den allgemeinen Gesetzen, diese werden also in Aufhebung einer einzelnen Person oder Sache aufgehoben, nur der Landesfürst aber kann die Gesetze aufheben.“ Nippel I S. 112.

<sup>76)</sup> Gerber S. 471: „... Eine Reihe von Rechtsgebieten, welche jetzt durch Verfassungsgesetze, Gewerbe- und andere Ordnungen gedeckt werden, waren damals gesetzleere Räume.“ Dernburg I S. 43: Privilegien wiegen vor im Mittelalter, „welches weniger reflectirte und sich nur schwer zur Abstraction des allgemeinen Rechtsbegriffs erhob.“ So klebete sich oft auch das, was in Wahrheit Ausfluß und Anwendung eines Satzes war, den man sofort als allgemeine Rechtsregel hätte aufstellen können und sollen, in das Gewand des Privilegs; zuweilen nur darum, weil sich das Recht seine eigene Regel noch nicht zum klaren Bewußtsein gebracht hatte, zuweilen nannte man auch die Sätze, welche nur die Anwendung einer schon anerkannten Regel enthielten, darum Privilegium, weil sie in Verbindung mit eigentlichen Privilegien ausgesprochen wurden — und dieser letztere Sprachgebrauch ist erst in der neuesten Zeit im Verschwinden begriffen. Vgl. aus der großen Zahl von Fällen, die unsere Gesetzgebung bietet, insbes. die Privilegien, mittelst deren Universitäten gegründet wurden, z. B. Cod. austr. II S. 461; das Academiae privilegium der u. s. drei oberen Stände, Cod. austr. I S. 10 ff.; in beiden Fällen würde man heut von Gründung einer Corporation bezw. Stiftung sprechen, die mit Privilegien ausgestattet wird; ferner Webermeisterschutzbrief v. 7. Juni 1615, Cod. austr. III S. 792 ff.; das Bozener Marktprivilegium (13. Jänner 1787 J. G. S. Nr. 612), das erneuerte „Bantprivilegium“ (1. Juli 1841 J. G. S. Nr. 547), enthalten neben den erteilten Privilegien auch so manche statutarische Bestimmungen, die nichts Privilegienartiges bedeuten. Um die Zeit des letzteren Privilegs besteht aber auch schon der neuere Sprachgebrauch: die „Statuten“ der galizisch ständischen Creditanstalt (Pat. v. 3. Nov. 1841 J. G. S. Nr. 569) enthalten die diesem Institut erteilten „Begünstigungen“ im §. 79. Vgl. Gesetz v. 27. Juni 1878 Nr. 8. B. Nr. 66. Und so tritt überhaupt im heutigen Recht das Privilegium auf manchen Gebieten zurück, auf denen es früher eine wichtige Rolle spielte. Vgl. Gerber bes. S. 477 ff., der übrigens, zu weit gehend, manchen Privilegien, die dieses wirklich sind, die Privilegienqualität bestreitet.

Gesetze<sup>77)</sup> und bewähren ihn sofort dadurch, daß zu ihrem Zustandekommen die Zustimmung sämmtlicher Factoren der gesetzgebenden Gewalt<sup>78)</sup> gerade so erforderlich ist, wie zum Zustandekommen eines Gesetzes, das dem ius generale angehört.<sup>79)</sup> Wenn dennoch in einer Reihe von Fällen seit längerer<sup>80)</sup>

<sup>77)</sup> Vgl. z. B. das Gesetz vom 11. Jänner 1864 R. G. B. Nr. 5 „in Betreff der Begünstigungen für die Unternehmung der Lemberg-Czernowitzer Eisenbahn“, dem sehr zahlreiche ähnliche Gesetze folgen, die namentlich darin übereinkommen, daß der Unternehmung ein gewisses Reinerträgniß gewährleistet wird. Später wird das Muster, nach welchem Eisenbahnconcessionen erfolgen, das Gesetz vom 1. Juni 1868 Nr. 56 (Oesterreich. Nordwestbahn), welches nicht die Garantie gewährt, sondern nur ausspricht, es könne eine Garantie zugesichert werden, wo dann die Concessionsurkunde auf Grund des vorausgegangenen Gesetzes ohne weitere Zingerenz der Gesetzgebung ertheilt wird. Andere Gruppen bilden die Gesetze, mittelst deren die Bewilligung zur Errichtung oder Erweiterung von Familienbeicommissionen ertheilt wird, die Bankprivilegien u. s. w. Danach ist es wenigstens für das österr. Recht gewiß nicht richtig, wenn Wächter (Band. I S. 86, 191) behauptet, Privilegien in Gesetzesform seien in der Gegenwart „im Ganzen nicht häufig“.

<sup>78)</sup> Mit Recht bemerkt Schlayer S. 70 ff., daß viele Schriftsteller, indem sie den Regenten schlechtweg als Träger der gesetzgebenden Gewalt denken, unsere Frage für constitutionell regierte Staaten gar nicht beantworten. „Zunächst ist nun gewiß kein Grund einzusehen, warum der Regent die Rechtsverhältnisse eines Einzelnen mit mehr Machtvollkommenheit sollte ordnen können, als die der Gesamtheit oder einer Classe von Personen,“ da er ja „durch beliebige Wiederholung . . . die ihm anderwärts auferlegte Beschränkung in der Gesetzgebung völlig unnütz machen könnte;“ und gerade Normen solcher Art könnten besonders bedenklich sein, weil sie den Associationsgeist nicht gegen sich hervorrufen, und selbst Privilegien günstiger Natur für Andere sehr drückend werden könnten.

<sup>79)</sup> Selbstverständlich ebenso auch die Kundmachung, durchaus wie bei anderen Gesetzen. Rücksichtlich dieser Privilegien wäre es denn auch entschieden unrichtig, wenn man an der alten Lehre (Donner §. 7) festhalten wollte, es müsse jeder, der ein Privilegium behauptet, dasselbe auch beweisen. — Mit der Publication der Privilegien überhaupt ist es übrigens nicht immer gleich gehalten worden und wird es auch heut nicht rücksichtlich aller gleich gehalten. Suttinger pag. 623 verlangt für Gesetze wie für Privilegien, daß sie gebührend publicirt und den Interessenten insinuirt seien, da sie erst dadurch ihre Verbindlichkeit erlangen — ein Satz, der schwerlich auch damals auf alle Privilegien Anwendung gefunden hat. Rücksichtlich der ausschließlichen Privilegien verordnete das Posb. vom 21. März 1816 J. G. S. Nr. 1222, es habe die Landesstelle dafür zu sorgen, daß alle solche Privilegien mit genauer Bezeichnung des Gegenstandes, der festgesetzten Bedingungen und der auf die Verletzung gesetzten Strafen durch die Kreisämter, die Provinzial- und Nationalblätter zu Jedermanns Kenntniß gebracht werden. Thatsächlich finden wir denn auch eine Publication der Industrieprivilegien durch die Amtsblätter (Kopey II S. 77, Sarda S. 126, 169 f.); aber wie die ältere Zeit auch die Industrieprivilegien in den Gesetzsammlungen vereinigt hatte, so that es auch noch das Reichsgesetzblatt in der ersten Zeit seines Bestandes (vgl. die Zusammenstellung bei Starr Register zum R. G. B. 3. Aufl. S. 187), und es waren nur Utilitätsgründe, welche später die Ausschließung der Industrieprivilegien betreffenden Anordnungen (Verleihungen, Verlängerungen u. s. w.) von der Publication durch das R. G. B. veranlaßten, und wäre es daher gewiß unrichtig, wenn man ihre Publication im Verordnungsblatt des Handelsministeriums nicht mit der der gesetzlichen Anordnungen, sondern mit dem Eheausgebote (wie Kohler Deutsch. Patentr. 1878) S. 367 will) in Parallele bringen wollte. Versüßt doch noch §. 26 des Priv. Ges. vom 15. August 1852: „die Kundmachung . . . hat . . . in der Art und mit jenem Zeitpunkte der Wirksamkeit stattzufinden, wie er für die Gesetze überhaupt vorgezeichnet ist.“ Die Publication anderer Privilegien erfolgt bald durch das R. G. B. (so z. B. der Eisenbahnconcessionen, auch jener, die der Gesetzesform nicht bedürfen), bald durch die amtlichen Zeitungen (z. B. persönlicher, durch den Kaiser ertheilter Auszeichnungen) oder in derselben Weise, wie kundzumachende gerichtliche Verfügungen überhaupt (vgl. z. B. Probigalitäts-erklärung, §. 273 b. G. B., Pat. v. 9. August 1854 S. 184). Nicht überall aber ist die Publication zur Rechtswirkung des Privilegs wesentlich und so manche Privilegien, die da verliehen werden, werden gar nicht öffentlich bekannt gemacht. Ein Bedürfniß nach Publication der Privilegien besteht ja in Wahrheit nur rücksichtlich derjenigen, welche Dritten irgend welche Last oder Verpflichtung auferlegen. Schlayer S. 82, Schulte Kirchentr. I S. 157.

<sup>80)</sup> Zuweilen betrifft freilich eine Anordnung, die scheinbar hieher gehört, nur die Art der Geschäftsbehandlung. Ein Beispiel aus dem Anfang des 18. Jahrh. vgl. in „Kais. und königl. das Erbherzogthum Schlesien concurrende priv.; stat. und sanct.

oder kürzerer Zeit<sup>81)</sup> nicht die Gesetzgebung unmittelbar, sondern der Monarch,<sup>82)</sup> ein Ministerium oder auch eine Verwaltungsbehörde geringeren Ranges, die autonomen Landes- oder Gemeindebehörden,<sup>83)</sup> die Ge-

pragm. . . .“ Breslau 1713, Theil I Nr. XXXIX S. 327 f., wo eine allgemeine kaiserliche Sanction (Ref. v. 28. Juli 1704, kundgemacht 18. September 1704) sich findet, „wie sich Personen bei Verlangung eines moratorii verhalten sollen;“ sie sollen nämlich „nicht bei Ihrer k. und k. Majestät, sondern directe bei derjenigen Instanz, welcher sie unterworfen sind, hierummen einkommen.“

<sup>81)</sup> Die Gegenwart ist sehr reich an derartigen Fällen. Die im Text und den nächsten Notizen folgende Aufzählung will nicht erschöpfend sein.

<sup>82)</sup> Vgl. z. B. §. 162 b. G. B.: Legitimation durch „Begünstigung des Landesfürsten“. Sie ist trotz des Redactionsverfehlers im §. 753 („Begünstigung des Gesetzgebers“) auch jetzt ein Recht des Kaisers geblieben, was schon aus den Protokollen (14. Juni 1802) unzweifelhaft erhellt. Es beantragten nämlich Sonnensfeld und Aichen, im §. 62 b. G. B. nicht, wie noch w. g. G. B. I §. 137 that, von einer „Begünstigung des Gesetzgebers“, sondern von einer solchen des „Landesfürsten“ zu sprechen, „weil es angemessener sei, daß der Gesetzgeber nicht selbst sage, daß er die Gesetze selbst wieder abändern wolle und weil auch die Hofstellen nach dem ihnen eingeräumten Wirkungsbereich diese Begünstigung gewöhnlich für sich, obwohl im Namen des Landesfürsten erteilen.“ Dieser Antrag wurde angenommen. Die fragliche Legitimation ist also von Haus aus als ein Privileg gedacht, welches nicht der Gesetzgeber, sondern der Landesfürst als solcher erteilt. So sagt auch Zeiller im Vortragsconcept v. 7. Juni 1810, es überlasse der Entwurf des G. B. (offenbar der Entwurf in jenem Stadium, in welchem er sich damals befand) die Entscheidung, welche Kinder auf diesem Wege legitimirt werden sollen, der politischen Beurtheilung des Landesfürsten. — S. ferner St. G. B. über die Ausübung der Regierungs- und Vollzugsgewalt v. 21. December 1867 R. G. B. Nr. 145 Art. 4: „Der Kaiser verleiht Titel, Orden und sonstige staatliche Auszeichnungen“ (z. B. die Ehrenerkennung zur Belohnung ausgezeichneten seemannischer Leistungen der Handelsmarine. Pat. v. 16. April 1850 R. G. B. Nr. 249 §. 9. Die Führung des Reichsadlers oder eines Landeswappens ist „bedingt von der erhaltenen a. h. Bewilligung oder von der in einem besonderen Gesetze ausgesprochenen Gestattung.“ Vbg. v. 24. April 1858 R. G. B. Nr. 61). St. B. D. §. 411: „Eine in dem Gesetze nicht vorbehaltene Nachsicht oder Milderung der Strafe steht nur dem Kaiser zu.“ Verleihung von (definitiven) Eisenbahnconcessionen in Gemäßheit des Concessionsgesetzes vom 14. September 1854 Nr. 238 §. 2, z. B. Erlaß vom 23. October 1863 R. G. B. Nr. 89, 23. November 1863 R. G. B. Nr. 90 u. v. a. Der Gesetzgebung gehört dagegen an die Verleihung von über die allgemeinen Gesetze hinausgehenden Begünstigungen; vgl. z. B. das der Anglo-Oesterr. Bank rücksichtlich der Geltendmachung ihrer Forderungen zustehende privilegierte Retentionsrecht, gewährt auf Grund des §. 13 des (älteren) St. G. B. durch die Kundmachung vom 28. Juli 1864 R. G. B. Nr. 67; ein ähnlicher Fall in der Kundm. vom 26. December 1864 R. G. B. Nr. 99. Hinwieder ist die Bewilligung von Sparcassen und Genehmigung ihrer Statuten dem Kaiser vorbehalten: Regulativ vom 26. September 1844 J. G. B. Nr. 832 §. 4 u. f. Die in der älteren Doctrin viel besprochene Streitfrage, ob und inwiefern der Thronfolger Privilegien wirksam erteilen könne, ist, da der Thronfolger als solcher mit keiner Gewalt im Staate betraut ist, selbstverständlich rundweg zu verneinen (Schäfer S. 72). Wenn früher dennoch nicht selten gelehrt wurde (z. B. Leyser med. spec. X Nr. X p. 110 sq., § 116 II S. 13), ein solches Privilegium sei von der Zeit der Thronbesteigung an rechtswirksam, wofür nur der Thronfolger zur Zeit der Verleihung fähig war, sich durch Verträge zu verpflichten, so hängt diese Ansicht mit jener auch heut noch nicht ganz verschwindenden (vgl. bei Note 95) irrigen Lehre zusammen, welche gewisse Privilegien für Verträge hielt.

<sup>83)</sup> Daß städtische autonome Communen Privilegien gewisser Art erteilen, kommt schon im Alterthum vor. Dirksen Civ. Abh. I S. 270, 305 f. Privilegien gegen Nachdruck wurden auch schon frühzeitig nicht nur von Kaiser und Reich oder vom Territorialherrn (Schürmann S. 16 ff., 74), sondern auch vom Reichs-Regiment oder vom General-Büchler-Superintendenten, sächsischen Privilegien vom Oberconsistorium, wenn auch im Namen des Churfürsten erteilt (Pütter S. 169, 175, 186, Schürmann S. 12, 16). Die ordentlichen zur Verleihung von Gewerbsbefugnissen autorisirten Behörden waren in Oesterreich schon seit dem Ende des vorigen Jahrhunderts die Magistrate bezw. die Ortsobrigkeiten, neben denen jedoch als außerordentliche, Gewerbe verleihe Organe die Kreisämter, Länder- und Hofstellen und eine Reihe anderer thätig waren (Kopeck II S. 443 ff., 462 ff.). Ueber die Verleihung von Industrieprivilegien s. oben Note 72. Die Dispensation von Ehehindernissen wies der Urentwurf §. 89 (= w. g. G. B. I §. 87) „einzig und allein der gesetzgebenden Gewalt“ zu. Wohl von der Anschauung erfüllt, daß

richte,<sup>54)</sup> gewisse Corporationen,<sup>55)</sup> kirchliche Autoritäten<sup>56)</sup> Privilegien gewisser Art verleihen, so geschieht das doch immer nur auf Grund eines Gesetzes, welches eben dieses Organ zur Verleihung dieser Privilegien berufen und ermäch-

damit nur das kirchliche Dispensationsrecht negirt werden solle, äußerte sich die Revisionscommission: „Die gesetzgebende Gewalt, welcher der Urentwurf die Dispensation vorbehält, ist ein Kunstwort der Rechtswissenschaft, mit welchem die gemeine Fassung derjenigen, denen das Gesetz Nichtschonr werden soll, keinen eigenen Begriff verbindet. Die gesetzgebende Gewalt ist der Regent selbst, und an diesen unmittelbar anzuweisen konnte die Absicht des Urentwurfes nicht sein.“ Daher wurde beschlossen: „In solchen Fällen haben die Parteien sich an die Landesstelle zu wenden, diese aber jedesmal die Entscheidung der obersten politischen Stelle einzuholen.“ Daran knüpft das spätere Recht an: b. G. B. §§. 83 ff., Min. Vdg. v. 1. Juli 1868 R. G. B. Nr. 80 §. 1, 2, Gef. v. 4. Juli 1872 R. G. B. Nr. 111 §. 1. (Vgl. aus früherer Zeit Vdg. v. 1. August 1852 R. G. B. Nr. 159, welche das Straf- und Begnadigungsrecht und das Recht zur Ertheilung von Erhebewilligungen rücksichtlich der Angehörigen eines gewissen Corps einem bestimmten militärischen Functionär verleiht). Zwangsenteignung z. B. Verordnung v. 19. Jänner 1853 R. G. B. Nr. 10. Veil. A §. 23, Veil. B §. 26, Gef. v. 18. Februar 1878 R. G. B. Nr. 30 §. 1, 13, 17, 18. — Nach Verordnung vom 31. März 1853 Nr. 91 §. 4 ertheilt die Befugniß zur Pulververzeugung die General-Artillerie-Direction. Concessionen zum Betrieb der Dampfschiffahrt auf Binnengewässern ertheilt regelmäßig die politische Landesstelle, Verordnung v. 12. Juli 1858 R. G. B. Nr. 108, Concessionen von Pferdebahnen das Handelsministerium, a. b. Entschl. v. 25. Februar 1859. Die Regierung kann Anstalten, welche Creditgeschäfte betreiben, gewisse „Ausnahmen von den allgemeinen Bestimmungen der Gesetze über die Gebühren von Rechtsgeschäften, Urkunden, Schriften und Amtshandlungen“ gewähren, Gesetz v. 10. Juli 1865 R. G. B. Nr. 55. „Die Bewilligung zur Errichtung von öffentlichen Lagerhäusern mit allen in dieser Verordnung enthaltenen Begünstigungen steht dem Ministerium für Handel und Volkswirtschaft zu und kann einzelnen Personen, Körperschaften oder Vereinen ertheilt werden.“ Verordnung v. 19. Juni 1866 R. G. B. Nr. 86 §. 1. Das Gesetz v. 20. Mai 1869 R. G. B. Nr. 82 gewährt der Staatsverwaltung die Ermächtigung, bei Concessionen neuer Eisenbahnen, wosfern der Staatschatz weder durch Uebernahme einer Garantie noch sonst dabei theilhaft ist, gewisse Begünstigungen (Einkommensteuerfreiheit, Befreiung von gewissen Stempeln und Gebühren) zu gewähren, was denn auch geschah in den Conc. Urk. v. 8. Juli 1869 Nr. 136, 9. Juli 1869 Nr. 137, 23. August 1869 Nr. 160, 20. August 1869 Nr. 164, 7. September 1869 R. G. B. Nr. 31 ex 1870 u. f. w. Ein ähnliches Gesetz v. 13. April 1870 Nr. 56 wurde die Grundlage der Conc. Urk. v. 21. April 1870 Nr. 77 und 111, 25. Juli 1870 Nr. 97 und 98, 24. Juni 1870 Nr. 100, 4. September 1870 R. G. B. Nr. 4 ex 1871 u. f. w. Das Gesetz v. 18. Mai 1869 Nr. 70 ermächtigt das Justiz-Minist. für ein Jahr, Notarstellen auch an solche Candidaten zu vergeben, welche die vom Gesetze geforderte Praxis bei einem Notar nicht genommen hatten. — Die Anerkennung einer Religionsgesellschaft kann unter gewissen Voraussetzungen vom Cultusminister ausgesprochen werden, Gef. v. 20. Mai 1874 Nr. 68 §. 2. Die kais. Verordnung v. 30. August 1878 (nachträglich vom Reichsrath genehmigt: Kundmachung v. 26. März 1879 Nr. 44) gestattet dem Handelsminister, gewissen Vereinen die Portofreiheit zu gewähren u. f. w.

<sup>54)</sup> Z. B. Ertheilung der *venia aetatis* a. b. G. B. §. 252; sie stand schon früher „in allen Fällen der Personalinstanz des Mündels“ zu, Hofd. v. 9. Mai 1785 J. G. S. Nr. 429. Ueberlassung des Ueberflusses der reinen Einkünfte zur eigenen freien Verwaltung an einen mindestens zwanzigjährigen Minderjährigen durch die Obervormundschaft, §. 247. (Mit Unrecht will Chambron a. a. D. in beiden Fällen noch kein Privileg erblicken, sondern erst darin, wenn der Gesetzgeber einem Zwanzigjährigen mehr als den Ueberfluß seiner Einkünfte zur Verwaltung überließe oder einen noch nicht Zwanzigjährigen für großjährig erklärte.) Dispensation des Vormundes von Bestellung einer Realcantion, Hofd. v. 9. April 1781, J. G. S. Nr. 12 (anders nach §. 237 b. G. B.) u. A.

<sup>55)</sup> Namentlich Universitäten haben (und zwar selbst durch Privilegium) das Recht erhalten, gewisse Titel zu verleihen. Noch im 18. Jahrhundert kam es vor, daß die philosophische Facultät der Wiener Universität den Adel verlieh; da sie jedoch ihr Privilegium nicht vorzuziehen vermochte, wurde ihrem Recht die Anerkennung versagt (Cod. austr. V. S. 648 f. 20. Mai 1752). Vgl. Verfügung v. 27. April 1784 J. G. S. Nr. 282: „Die von den Hochstiftern Trient und Brigen nobilitirten Familien können in den österreichischen Provinzen nicht als Adelige anerkannt werden.“ Aus neuester Zeit: Erlaß v. 28. April 1866 R. G. B. Nr. 50: Der Hoch- und Deutschmeister kann durch ein Decret „Chrenritter des hohen deutschen Ordens“ aufnehmen.

<sup>56)</sup> Vgl. oben ad §. 10, 11 Nr. III Z. 3 S. 258 ff.

tigt hat. Die Gründe, die die Gesetzgebung bestimmen, das Recht der Verleihung gewisser Privilegien nicht selbst auszuüben, sind nicht immer die gleichen; im allgemeinen kann man sagen, sie liegen darin, daß die betreffenden Fälle entweder so zahlreich, oder so unbedeutender Natur oder sonstwie von solcher Beschaffenheit sind, daß es durchaus unangemessen wäre, die Gesetzgebung selbst, namentlich im constitutionellen Staate, wo sie ihrer Natur nach schwerer beweglich ist, damit zu befassen.<sup>87)</sup> Mag aber die Gesetzgebung selbst oder ein anderes Organ zur Verleihung des Privilegs berufen sein, überall finden wir Fälle, in denen die Verleihung dem freien Ermessen des Verleihenden überlassen ist, neben solchen, für welche die Voraussetzungen der Verleihung von der Gesetzgebung in einem allgemeinen Gesetz mehr oder weniger genau in vorhinein bestimmt sind. Man muß daher für das geltende Recht das Ergebnis dahin formuliren: Jedes Privilegium<sup>88)</sup> ist entweder ein Act der gesetzgebenden Gewalt selbst oder ein Act eines andern hiezu berufenen Organs in Kraft<sup>89)</sup> des dazu ermächtigenden Gesetzes.<sup>90)</sup>

<sup>87)</sup> Zuweilen treffen auch mehrere dieser Gründe rücksichtlich derselben Gruppe von Fällen zu.

<sup>88)</sup> Etwas anderes ist die „Gesetzgebung über Monopole und Regalien“ und die über „Privilegien“. Diese gehört „zum Wirkungskreis des Reichsrathes“. St. G. G. v. 21. December 1867 Nr. 141 §. 11 lit. c und e.

<sup>89)</sup> Das zur Ertheilung gewisser Privilegien ermächtigte Organ erscheint also darum noch keineswegs als „Gesetzgeber“ (anders Chamhon a. a. D.); ebenfowenig ist es genau, wenn man mit Dirksen S. 255 f. die Privilegienhoheit ein der gesetzgebenden Gewalt „innig verwandtes Recht“ oder mit Böpff XI S. 155 eine „Unterart“ der gesetzgebenden Gewalt nennt, oder umgekehrt mit Gerber bes. S. 472 ff. einen Begriff der Privilegienhoheit aufstellt, der sie als etwas von der Gesetzgebungsgewalt völlig Verschiedenes erscheinen läßt. Unseres Erachtens werden Privilegien gerade so, wie andere Gesetze und Verordnungen kraft des Gesetzgebungsrechtes und des gewissen Organen eingeräumten Verordnungsrechtes erlassen. Danach hat Gerber allerdings vollkommen Recht, wenn er sich dagegen verwahrt, daß man auf Grund des Argumentes, die Privilegienhoheit sei ein Theil der gesetzgebenden Gewalt, im modernen Staat zur Verleihung eines jeden Privilegiums die Zustimmung des Parlamentes fordere. Aber es ist *petitio principii*, wenn er die Zustimmung des Parlamentes nur zu solchen Verfügungen der Staatsgewalt erforderlich erachtet, „durch welche Rechtsnormen eingeführt werden,“ nicht auch zu solchen, „welche subjective Rechtszuständigkeiten für einzelne Individuen begründen.“ Ein Dreizehnjähriger könnte die Befugniß zu testiren nicht anders als durch ein Gesetz erhalten; würde sie ihm anders eingeräumt, so müßten die Gerichte das Testament für nichtig erklären (Wächter Württemb. Priv. R. II S. 132 und Note 4). Es ist also vielmehr davon auszugehen, daß das Recht, Privilegien zu verleihen, so gewiß es meist von der Verwaltung ausgeübt wird (Laband S. 3, Wächter Pand. S. 86), der Gesetzgebungsgewalt und nur ihr soweit zustehe, als sie dasselbe nicht insbes. anderen Organen überlassen hat. (Sehr bezeichnend die Formel in den Eisenbahnconcessionen [z. B. Ges. v. 17. Juni 1868 Nr. 65]: „Die Regierung wird ermächtigt . . . die Concession . . . zu ertheilen.“) §. 13 b. G. W. läßt die Frage unbeantwortet; aus ihm ergibt sich nur, daß Privilegien nicht allgemeine Gesetze seien. Vgl. Keller Pand. S. 15, Kleinschrod Patentgesetzgebung (1855) S. 39. Umgekehrt darf man darum, weil Privilegien meist von der Verwaltung ausgehen, dieselben nicht mit Meyer Lehrb. S. 452 ff. wesentlich als „Verwaltungsacte“ denken, und unter dem Begriff der „Verfügungen“ subsumiren. Damit würden viele Privilegien ausgeschlossen, die dies unzweifelhaft sind. In Oesterreich ist die Frage bisher nur rücksichtlich des Organs, das die Bewilligung zur Errichtung von Familienfideicommissen zu ertheilen hat, streitig gewesen, und dieser Streit ist beigelegt durch das Gesetz v. 13. Juni 1868 R. G. B. Nr. 61 (f. Comm. II ad §. 627.)

<sup>90)</sup> So schon Wächter Württ. Priv. R. II S. 16 f., 132, Christiansen über erworbene Rechte S. 33, Brinz I S. 227 f., Dernburg S. 44, Roth System des deutsch. P. R. I S. 266, Eccius in Holtendorff's Rechtslex. III (dritte Aufl.) S. 185 u. A. In einem anderen Sinne unterscheidet Bering (Zweck im Recht S. 332) legislative und administrative Privilegien. „Das Individualgesetz theilt den Charakter der Verfügung; aber während die Verfügung im gewöhnlichen Sinne von der Regierungsgewalt erlassen wird, geht jenes von der gesetzgebenden Gewalt aus . . . stellt sich . . . dar als ein Gebot der Staatsgewalt *contra legem*“ (S. 331). Nur jene Gebote der Staats-

B. Wie hienach jedes Privilegium entweder selbst Gesetz ist oder doch auf Grund eines Gesetzes entsteht, also in seiner Entstehung ebenso gesetzartig ist, wie Statuten und Verordnungen überhaupt, so verleugnet es auch materiell nicht seinen gesetzartigen Charakter, da es ja die Anwendung eines Satzes des geltenden Rechtes auf ein individuelles Rechtsverhältniß ausschließt;<sup>91)</sup> indem aber das Privilegium dieses individuelle Verhältniß regelt, kann es unmittelbar oder mittelbar und sogar in sehr empfindlicher Weise auch die Rechtsstellung Dritter, denen es Verpflichtungen oder Beschränkungen auferlegt, berühren,<sup>92)</sup> und insofern selbst den Charakter eines allgemein verbindlichen Gesetzes<sup>93)</sup> annehmen, als es Jedermann<sup>94)</sup> verhält, die Rechtsstellung des Privilegirten zu respectiren. Eben

gewalt aber sollen als individuelle erscheinen, „welche im einzelnen Falle eine Anordnung treffen, die nicht schon abstract vorgelesen, durch das Gesetz als nothwendig gesetzt ist, sondern die auf freiem spontanem Willen der Staatsgewalt beruht.“ (S. 329). Wohin gehört danach die Bewilligung eines Fideicommisses? Sie ist zwar „abstract vorgelesen“ (§. 627 b. G. B.), dennoch aber nicht „durch das Gesetz als nothwendig gesetzt“, sondern beruht „auf freiem, spontanem Willen“ der Gesetzgebung.

<sup>91)</sup> Diese Seite des Privilegs verdient mehr betont zu werden (Windischeid §. 136 A. 1, Brinz I §. 228) oder sollte wenigstens nicht übersehen werden neben jener anderen, die eine bloße Regelung eines individuellen Rechtsverhältnisses enthält. Letztere wird zu sehr betont, wenn man in dem Privileg überhaupt „keine allgemein einen Rechtsatz enthaltende Norm“ (Unger I §. 52) erblickt oder die Privilegien „nicht zu den Quellen des objectiven Rechts, sondern bloß zu den Entstehungsgründen einzelner concreter Rechtsverhältnisse und subjectiver Rechte“ (Wächter Pand. I §. 87) rechnet. Vgl. auch Brinz §. 222.

<sup>92)</sup> Vgl. z. B. das Privilegium vom 15. Juli 1707 (Cod. austr. III §. 540 ff.), welches einer Compagnie das Baumölmonopol verleiht; dasselbe wendet sich schon im Eingang an alle geistlichen und weltlichen Obrigkeiten, „bevorab“ aber an die „Rauff- und Handelsleute“, und scharft diesen in seinem Schlusssatz „insonderheit“ ein, sich bei sonstiger Bestrafung nach den Vorschriften des Privilegs zu verhalten. Namentlich wird den Nutznießern der Delgärten (Punkt Viertens) verboten, „ihr eigen erzeugendes Baumöl ferners außer Land“ . . . zu verhandeln; sie müssen es vielmehr, wenn sie es nicht „in dem daselbstigen Landbezirk zum Consumo der Landinsassen“ verkaufen, der Compagnie überlassen; und (Punkt Fünftens) die österreichischen Handelsleute, die mit Baumöl handeln, sollen diese Waare ferner von der Compagnie allein beziehen. Nach dem einer anderen Gesellschaft ertheilten Privilegium vom 7. März 1727 (Cod. austr. IV §. 415 ff.) mußten „alle im Lande . . . befindlichen Drathzieher und Goldspinner der Fabrik allein und nicht für sich selbst . . . arbeiten.“ Das Patent v. 8. März 1747 (Cod. austr. V §. 243 ff. Punkt 18) verpflichtet die Handwerker und Künstler, der Cotoncompagnie die erforderlichen Werkzeuge gegen billige Bezahlung ohne Weigerung zu fertigen, während in der späteren Erweiterung dieses Privilegiums (v. 10. März 1753 Cod. austr. V §. 737 ff.) das Hauptgewicht ebenfalls darauf liegt, daß die Fabrik berechtigt sein solle, die Werkzeuge durch ihre eigenen Arbeiter fertigen zu lassen, ohne daß darin ein Eingriff in das Recht der Künstler erblickt werden soll. Man denke ferner an Moratorien oder die Poszählung einer Fettelbank von der Verpflichtung, ihre Noten einzulösen (z. B. Erl. v. 25. April 1859 R. G. B. Nr. 69).

<sup>93)</sup> Vgl. schon Kreittmayr I §. 96: „Sobald Einer privilegirt wird, so ist dieses zugleich für andere Unterthanen ein Gesetz, daß sie den Gesetzen an seiner Freiheit nicht hindern dürfen.“ Glück II §. 2, Wiener Heineccius I. §. 40. Zeiller I §. 88 hebt ausdrücklich hervor, daß „nur aus diesem Gesichtspunkt“ — doch sind freilich die Privilegien im G. B. zu den „anderen Arten der Vorschriften“ und so in Gegensatz zu den Gesetzen gestellt — den Privilegien in der Einleitung des b. G. B. ein Platz eingeräumt worden sei, „da sie übrigens (gleich anderen Rechten) unter die Rechtsgegenstände gehören.“ Schuster S. 198: „Privilegien haben die Natur eines Gesetzes nur insoweit, als die Mitbürger den Privilegirten in der Ausübung des Privilegiums nicht hindern dürfen, keineswegs aber in Ansehung des Begünstigten, denn es wird ihm keine neue Norm vorgezeichnet, es wird ihm vielmehr . . . eine Begünstigung ertheilt, welcher er ebenso wie einem anderen Recht jederzeit entsagen kann.“ Schlayer S. 71.

<sup>94)</sup> Bei allen exclusiven Privilegien ist dies selbstverständlich, gleichviel ob es in ihnen selbst oder einem allgemeinen für die fragliche Gruppe erlassenen Gesetze ausdrücklich gesagt und durch Strafdrohung sanctionirt ist, oder nicht. In sehr vielen Privilegien besonders der älteren Zeit ist dieses allgemeine Verbot sehr ausführlich ausgesprochen (so verbietet z. B. das Lotterieprivilegium von 1751 Cod. austr. V §. 607 Punkt 2 und dessen Erneuerungen [VI §. 256, VI §. 1323, 1326] den Unterthanen, in auswärtigen

darum aber, weil in jedem Privilegium dieser gesetzartige Charakter das Durchschlagende ist, alle gesetzgeberische Thätigkeit aber wesentlich eine einseitige, nicht aber vertragmäßige ist, ist die in der früheren Literatur geradezu herrschende und heut wenigstens noch nicht ganz verschwundene Anschauung, gewisse Privilegien seien als Verträge zwischen dem Privilegirenden und Privilegirten aufzufassen,<sup>95)</sup> durchaus abzulehnen;<sup>96)</sup> diese Auffassung trennt nämlich das Privilegium nicht hinlänglich theils von solchen Elementen, die seiner rechtlichen Existenz vorausgehen können, die also da sein können, bevor noch das Privileg da ist, theils von solchen, die noch fehlen können, obwohl dasselbe schon vorhanden ist, die aber allerdings da sein müssen, um dasselbe seine rechtliche Wirksamkeit entfalten zu lassen. Ungenauer Betrachtung kann beides als privatrechtlicher Vertrag erscheinen; genauer besehen können aber gleiche oder verwandte Erscheinungen auch solchen Gesetzen vorausgehen und nachfolgen, die gewiß nicht Privilegien sind; jedenfalls aber enthält beides, möchte darin auch wirklich noch so viel Vertragsartiges zu finden sein, nicht das Privileg selbst, fällt nicht mit demselben zusammen. Es kommt hier hauptsächlich auf folgende Momente an:

1) Unzweifelhaft ist es eine sehr häufige Erscheinung, daß der Verleihung eines Privilegs ein Ansuchen des Privilegienwerbers,<sup>97)</sup> sowie Verhandlungen und Einigungen<sup>98)</sup> zwischen der Verwaltung und dem zu Privilegirenden voraus-

setzungen (Lotterien zu spielen), und steht dieses Verbot unter der Marginalrubrik: „Manutenenz“. S. z. B. Spiegel-Fabrik (Cod. austr. III. S. 727 ff., IV. S. 846 ff.), orientalische Compagnie (Cod. austr. IV. S. 83, 85, 88, 380 f.). Vgl. noch Joseph. G. B. I. §. 15: „Den von dem Landesfürsten verliehenen besonderen Begünstigungen, Gnaden und Freiheiten soll von Niemanden entgegen gehandelt, noch dem Begnadigten im Genuße der ihm verliehenen Freiheiten ein Hinderniß gelegt werden.“ Es kommt aber auch vor, daß gegenüber dem allgemeinen Verbot, welches ein exclusives Privileg enthält, gewisse Gruppen von Personen ausdrücklich ausgenommen werden. So sollte z. B. das in Note 85 erwähnte Baumölmonopol die österreichischen Minister, die in Oesterreich accreditirten Gesandten u. s. w. nicht binden (Punkt 7 des Privilegs).

<sup>95)</sup> So läßt das A. L. R. (Eml. §. 56; ebenso Scheiblein S. 46) Privilegialrechte, wenn sie gegen eine Gegenleistung gewährt wurden, nach den Regeln über Vertragsrechte beurtheilen. Skarba S. 14 erklärt die von der Obrigkeit verliehenen Privilegien für Verträge, weil nur das Staatsoberhaupt wahre Privilegien verleihe könne. Selbst Savigny I. S. 65 und Roth I. S. 266 meinen noch, daß Privilegien auch durch Vertrag entstehen können. Vgl. Chambon Nr. 22, der gerade daraus, daß es auch vertragmäßige Privilegien gebe, ein Argument hernimmt gegen jene Lehre, die jedes Privileg für ein Gesetz erklärt.

<sup>96)</sup> Wichtig führt schon Hufeland S. 259 f. aus, eine Begründung von iura singularia durch Vertrag wäre absurd, da man sich nicht einmal vorstellen könnte, mit wem der Vertrag abgeschlossen sein sollte; der Vertrag, der begünstigenden Privilegien vorausgehe, bringe das Privileg noch nicht zur Entstehung, sondern dieses sei reine Handlung der gesetzgebenden Gewalt oder ihres dazu ermächtigten Organs. Obiose Privilegien endlich folgten lediglich (und damit überschießt Hufeland das Ziel) der Strafgewalt. Von den Neueren vertreten weitans die Meisten durchaus die richtige Ansicht; vgl. z. B. Buchta Band. §. 31 Note m, Holzschuher I. S. 151, Zöpfl XI. S. 156, Unger II. S. 314 f. Note 3, Schlager S. 61 ff., 73, Dernburg I. S. 44.

<sup>97)</sup> Das Industriepriv. Gesetz von 1852 bezeichnet (§. 7) das „Ansuchen bei einer competenten Behörde mittelst eines gehörig eingerichteten und mit den vorgeschriebenen Beilagen versehenen Gesuchs“ geradezu als eine der „Bedingungen“ zur Erlangung eines Industrieprivilegs. In anderen Fällen wird ein vorausgehendes Ansuchen, wenn es auch keineswegs wesentlich ist zur Erlangung eines gewissen Privilegs, doch als normale Voraussetzung zur Ertheilung des letzteren vorausgesetzt. So berechtigt z. B. der Besitz der Ehrenflagge (oben Note 82) zu dem Ansuchen um die Verleihung des Verdienstkreuzes u. s. w. (Pat. 16. April 1850 Nr. 249 §. 10.) Auch die Privilegien aus früheren Zeiten erwähnen sehr oft einer vorausgegangenen Bitte um die Verleihung. Vgl. noch Scheiblein S. 37.

<sup>98)</sup> Vgl. z. B. Ges. v. 27. December 1862 R. G. B. Nr. 2 ex 1863 Art. 1: „Das beifolgende Uebereinkommen“, „Uebereinkommen“ vom 1. December 1866 Nr. 7 und 8 ex 1867 zwischen dem Finanz- und Handelsministerium und gewissen Eisenbahnen; ähnlich „Uebereinkommen“ v. 13. April 1867 Nr. 69; „Uebereinkommen“ v. 30. December 1877 Nr. 121, v. 30. März 1878 Nr. 26 und 29. Mai 1878 Nr. 47 zwischen Regierung

gehen, Verhandlungen und Einigungen über den Inhalt dessen, was in das Privileg aufgenommen werden soll. Dies ist der wichtigste Grund, der so viele Schriftsteller bestimmte, Privilegien dieser Art als Verträge anzusehen, ihnen den Namen *privilegia conventionalia* zu geben, und denselben jene Privilegien, denen solche Einigungen oder Gesuche nicht vorausgegangen sind, unter dem Namen der *priv. non conventionalia, gratiosa oder pura*<sup>99)</sup> entgegenzustellen. In Wahrheit sind auch die fraglichen Privilegien nicht Verträge und die vorausgegangene Einigung nicht schon das Privileg;<sup>100)</sup> die Vereinbarung kann vorliegen, aber sie als solche kann ja nicht die Kraft haben, einem Rechtsatz auch nur für ein einzelnes Rechtsverhältniß die Anwendbarkeit zu benehmen, denn dazu bedarf es der Action der Gesetzgebung selbst oder des von ihr dazu berufenen Organs; die Vereinbarung kann ferner mit einem Organ der Verwaltung zu Stande gekommen sein, es ist aber sehr wohl möglich, daß das Privileg, das zu gewähren man sich geeinigt hat, gar nicht von diesem Organ der Verwaltung erlassen werden kann, sondern dazu das Zusammenwirken mehrerer Organe oder die Thätigkeit der Gesetzgebung selbst erforderlich ist, so daß mithin die Factoren, welche die Vereinbarung schlossen, ganz verschieden sind von jenen, die das Privileg verleihen. Zudem ist es auch möglich, daß nicht Vereinbarungen, sondern nur Anerbietungen<sup>101)</sup> des Privilegienwerbers der Verleihung des Privilegs vorausgingen; auch hier hieße es die Intentionen des Verleihers vollständig verkennen, wollte man in der Verleihung des Privilegs eine Acceptation jener Anerbietungen erblicken. Mögen immerhin diese Anerbietungen so, wie sie gestellt wurden, in den Inhalt des Privilegs aufgenommen werden, — der Privilegirende wird nicht als privatrechtliche juristische Person thätig (wie es der Staat allerdings thut, wenn er mit einem Privaten einen civilrechtlichen Vertrag abschließt), sondern er gewährt das Privileg immer als juristische Person des öffentlichen Rechts (als gesetzgebende oder Verordnungsgewalt), und verfügt damit über

---

und Nationalbank über die Verlängerung des Bankprivilegs u. s. w. Aus älterer Zeit vgl. insbes. die „*Pecitation des Potto*“ (Cod. austr. VI S. 255) und die „*Versteigerung*“, auf Grund deren das Privilegium dem Drucker der Joseph. G. S. gewährt wurde (Pat. v. 27. Juni 1785, der J. G. S. vorgebrucht).

<sup>99)</sup> Schulte Kirchenrecht I S. 145.

<sup>100)</sup> Die Vorstellung oder doch der Ausdruck, daß ein „*Uebereinkommen*“ die Verleihung oder Verlängerung eines Privilegs enthalten könne, ist zwar, wie die Allegate in Note 98 ergeben, auch unserer Gesetzgebung nicht fremd. Doch wird man nicht verkennen können, daß sich darauf die Behauptung nicht wird stützen lassen, unsere Gesetzgebung kenne durch Vertrag entstandene Privilegien. In den beiden am Schluß der Note 98 erwähnten Fällen ist ja offenbar die Versteigerung nur die Vorbereitung der wirklichen Verleihung des Privilegs, es soll durch sie die geeignetste Person bestimmt werden, der dann erst das Privileg gegeben wird. Anders allerdings in den angeführten Fällen aus der neueren Zeit, die übrigens keineswegs alle auf der gleichen Linie stehen. Das Gesetz von 1862 trennt ja das, was einseitig ist, von dem, was dem Uebereinkommen angehört (vgl. Art. II) und ebenso steht es mit den Uebereinkommen von 1877 und 1878, denen ebenfalls eine durch Gesetz ertheilte Ermächtigung vorausging. Zudem enthalten diese, wie auch das Uebereinkommen von 1867 und mehrere andere im Reichsgesetzblatt vorkommende wirklich auch Elemente, rücksichtlich deren der Staat als privatrechtlicher Contrahent in Betracht kommt. Bei allen cit. Uebereinkommen aus der neuesten Zeit trifft ferner das im Text Nr. 3 Bemerkte zu und bei jenen von 1866 mag insbes. darum die Form des Uebereinkommens gewählt worden sein, um sie (sie waren unter der Herrschaft des die Verfassung stiftenden Patentes von 1865 erlassen) auch dem Bedenken gegenüber möglichst unanfechtbar zu machen, daß ihnen die Zustimmung des Reichsrathes fehlte.

<sup>101)</sup> Vgl. z. B. Cod. austr. III S. 540: Die Compagnie hatte sich erboten, von jedem Centner Baumöl, den sie erhandle und einführe, neben den nach den allgemeinen Gesetzen zu bezahlenden Gebühren insbes. noch einen halben Gulden zu entrichten, der auf die Consumenten nicht überwält werden sollte. Ferner ebenda S. 593: ... „gegen dem allergehorfamsten Erbieten ...“

Objecte, über die er so als Privatrechtssubject gar nicht verfügen kann.<sup>102)</sup> Es fehlt also ganz an der Vertragsintention. Die Erscheinung aber, daß einem Gesetze eine Vereinbarung vorausgeht, findet sich auch bei Gesetzen, die nicht Privilegien sind, und zwar in Fällen, wo die Vertragsnatur der Vereinbarung bisher<sup>103)</sup> nicht bezweifelt wurde: Wenn durch einen „Staatsvertrag“, mag dieser auch als solcher perfect sein, etwa vereinbart wurde, es solle der Staat A gegenüber dem Staate B fernerhin einen Zolltarif gewissen Inhaltes gelten lassen, so wird doch dieser Zolltarif nicht schon kraft des abgeschlossenen Staatsvertrages, sondern erst dadurch verbindliche Kraft für alle Jene, die er angeht, erhalten, daß er von dem Staate A als Gesetz publicirt wird.<sup>104)</sup>

2) Ein starkes Argument für die Vertragsnatur (aller oder) gewisser Privilegien meinte (und meint) man darin zu finden, daß in so manchen Privilegienurkunden<sup>105)</sup> oder bei gewissen Gruppen von Privilegien auch schon in einem

<sup>102)</sup> Daher betont denn auch Böding I S. 332 Note 19, daß ein Vertrag, der ein Privileg. verleihen wollte, contra ius publicum verfiere und darum nichtig wäre, und Dernburg I S. 44 lehrt, daß auch der Vertrag, in welchem die Verleihung des Privilegs versprochen wird, nicht zur wirklichen Verleihung (doch vorbehaltlich eines gegen den Fiscus durchführbaren Erzasanspruches) verpflichtet, weil es eine Klage nicht geben könne zur Erzwingung einer bestimmten Ausübung der Majestätsrechte; — letzteres wird gewiß auch bei uns richtig sein trotz der weiten Fassung des St. G. v. 21. December 1867 R. G. B. Nr. 143 art. 3 a. Vgl. noch Sammlung XIV. 6172 und Tänzerles Vier Rechtsfragen, betreffend die Erlöschung des Privilegiums der Ferdinands-Norrbahn (1881) S. 34 f.

<sup>103)</sup> Vgl. jetzt Jellinek Die rechtl. Natur der Staatsverträge (Wien, 1880), der dieser herrschenden Lehre sehr beachtenswerthe Gründe entgegenstellt.

<sup>104)</sup> Aus dem Gesagten folgt denn auch mit aller Sicherheit, daß eine (einseitige) Zusage der Gesetzgebung (oder des sonst zu einer Privilegienverleihung berufenen Organs) ein Privilegium künftig verleihen zu wollen, die Privilegienverleihung selbst noch nicht enthält. Wenn Punkt 10 des Norrbahnprivilegs von 1836 verspricht: „... wird die Staatsverwaltung keinen Anstand nehmen, sich zu einer Erneuerung des Privilegiums herbeizulassen,“ und die Conc. Urkunde vom 6. October 1865 R. G. B. 1866 Nr. 24 S. 2 gleichermaßen: „den Concessionären wird zu jeder Zeit, wenn sie das Ansuchen stellen, die Bewilligung ertheilt werden, eine Verbindungsbahn von . . . nach . . . herzustellen“ — so ist damit das Privileg noch nicht erneuert, die Concession der Verbindungsbahn noch nicht ertheilt. Welche Bedeutung kommt ihr aber zu? Ein Vertrag ist sie nicht (so mit Recht Trotter Jur. Bl. 1881 Nr. 9 S. 103), auch nicht ein pactum de contrahendo (wie Feistmantel a. a. O. annahm), sondern eine (einseitige) staatsrechtliche Zusicherung (Jur. Bl. 1881 Nr. 10), enthalten in einem Privilegium, das ein Gesetzgebungsact war: die Gesetzgebung erklärte, in einem künftigen Zeitpunkt in Action treten und abermals einen gesetzgeberischen Act vornehmen zu wollen; sie gewährte nicht damals ein Recht, sondern sie stellte in Aussicht, künftighin ein Recht schaffen zu wollen. Eine direct erzwingbare Verpflichtung, dies wirklich zu thun, kann die Gesetzgebung so wenig durch ihre einseitige Zusage, wie durch einen Vertrag übernehmen; die Gesetzgebung kann ihren Willen nur als einen juristisch freien und wandelbaren setzen. Eben darum sollten anomale Vorgänge der bezeichneten Art ganz unterbleiben, so begreiflich der erste Fall dieser Art nach den vortrefflichen Ausführungen in Jur. Bl. Nr. 11 ff. auch erscheint. Darüber ist eben nicht hinauszukommen: die Gesetzgebung kann zu einer Action nicht gezwungen werden. Die Frage, ob ein Erzasanspruch zu substantiiren sei, ist hier nicht zu unteruchen.

<sup>105)</sup> So war z. B. die Baumölmonopolcompagnie (Cod. austr. III S. 540 f.) verpflichtet, an verschiedenen Orten Magazine zu halten, es war ihr ein Maximum ihrer Verkaufspreise vorgeschrieben und die Verpflichtung auferlegt, das von inländischen Producenten angebotene Oel zu einem bestimmten Preise zu übernehmen — In den Eisenbahnconcessionsurkunden wiederholten sich eine Reihe von Verpflichtungen, die der Unternehmung auferlegt zu werden pflegen, betreffend den Ausbau der Bahn in einer gewissen Zeit, die Höhe des Tarifs, den Transport der Post, die Militärtransporte, die Herabminderung der Frachttarife bei Theuerung von Lebensmitteln für diese u. dgl. Besonders zahlreiche und weitgehende Verpflichtungen, betreffend die Art des Baues, legt die Conc. Urk. vom 22. October 1871 R. G. B. Nr. 135 der Unternehmung auf — Die Ehrenritter des Deutschen Ordens (oben Note 85 a. E.) übernehmen die Verpflichtung, in der katholischen Religion zu verharren, einen jährlichen Beitrag an den Spitalsfond zu leisten und die Ehre

allgemeinen diese Gruppe umfassenden Gesetze<sup>106)</sup> dem Privilegirten gewisse Verpflichtungen auferlegt werden. Die Gewährung der Begünstigung wird als die (vertragsmäßige) Leistung des Privilegirenden, die Erfüllung der auferlegten Verpflichtungen als die Gegenleistung des Privilegirten gedacht.<sup>107)</sup> So meint man dieselben unter den Begriff des entgeltlichen Vertrages (darum also gewiß unter den Vertragsbegriff) subsumiren zu können, hat sie mit dem Namen privilegia onerosa bezeichnet (entgeltliche Priv.), und ihnen die priv. gratuita (die unentgeltlichen Priv.) entgegenstellt. Wie schief und unhaltbar die Eintheilung ist, erkennt man ohne Schwierigkeit; was der Privilegirte empfängt und was er seinerseits zu geben oder zu thun übernimmt, läßt sich nur in den seltensten Fällen mit der Leistung und Gegenleistung bei zweiseitigen Verträgen in Parallele bringen. Die Taxe, die für die Gewährung eines Industrieprivilegiums bezahlt wird, mag sie nun niedrig oder hoch bemessen sein,<sup>108)</sup> ist zu ganz anderen Zwecken bestimmt, als jene wären, denen sie dienen müßte, wenn sie eine Gegenleistung für die Gewährung der Begünstigung wäre;<sup>109)</sup> die Taxe, die der mit einem Orden Beliehene zu bezahlen hat, ist weit entfernt, der Kaufpreis des Ordens zu sein; die Eisenbahnconcession soll von vornherein nicht sowohl im Interesse der Gründer, als vielmehr im öffentlichen Interesse gegeben werden und gleichermaßen haben die Verpflichtungen, die der Unternehmung auferlegt werden, die Aufgabe, dem öffentlichen Interesse zu dienen. Und wie gezwungen ist es, wenn man als die Gegenleistung des privilegirten Druckers guten und correcten Druck und nicht unmäßigen Preis des Werkes denkt!<sup>110)</sup> Man hat denn auch nicht selten die Grenze zwischen onerosen und unentgeltlichen Privilegien anders und so gezogen, daß die Parallele mit den entgeltlichen und unentgeltlichen Verträgen ihre Durchführbarkeit einbüßte, indem man insbesondere den onerosen Privilegien jene unentgeltlichen gleichstellte, die zur Belohnung ausgezeichneten Dienste verliehen wurden,<sup>111)</sup> ja es fehlt selbst nicht an älteren Schriftstellern, welche den fraglichen Unterschied darum für bedeutungslos erklären, weil alle Privilegien entgeltlich ertheilt würden, nämlich nur an Solche, die sich entweder schon Verdienste erworben haben zur Belohnung derselben, oder an Solche, die wenigstens bereit seien, zur Beförderung des allgemeinen Besten

des Adels und des Ordens stets im Auge zu haben. Vgl. noch Note 101; in dem zweiten dort angeführten Falle wurde der Weinkörnerfabrik auferlegt, von jedem Centner ihres Fabricats einen Gulden an das Aerar abzuführen, bezw. das für den Hofstaat und die Beleuchtung der Residenz erforderliche Oel um einen Gulden per Centner billiger abzulassen.

<sup>106)</sup> So insbes. bei Industrieprivilegien die Verpflichtung zur Entrichtung einer bestimmten Taxe und Einlegung einer genauen Beschreibung der Entdeckung, Erfindung oder Verbesserung (§. 7 des Ges. v. 1852) als „Bedingung“ der Verleihung. Das Gesetz von 1810 verwies rücksichtlich der Taxe noch auf spätere Gesetze; seit dem Ges. v. 1820 ist diese Frage in den Privilegiengesetzen selbst geregelt. — Auch kann ein odioses ins singulare für alle Privilegirten einer gewissen Kategorie bestehen; vgl. z. B. Cod. austr. I §. 15: „Denen von Adel die bürgerlichen Gewerbe und Handirungen verboten.“

<sup>107)</sup> Diese Vorstellung ist auch dem Ausdruck unserer Gesetze nicht fremd; so ermächtigt z. B. das Ges. v. 3. Juni 1871 Nr. 52 die Regierung, einer Eisenbahnunternehmung bei dem Ankauf einer anderen Linie die Befreiung von den Uebertragungsgebühren „gegen dem“ zu gewähren, daß eine gewisse Tarifermäßigung eintrete.

<sup>108)</sup> In Oesterreich übersteigt sie nicht 700 fl. C. M. (Ges. v. 1852 §. 11); nach dem deutschen Pat. Ges. kann sie bis auf 5300 Mark steigen, Rosenthal S. 154.

<sup>109)</sup> Sie bildet vielmehr einen Beitrag zur Deckung der Kosten des Patentamtes, und soll unbegründete Ansuchen um Patente fernhalten u. dgl. Vgl. auch Zßpf I XI S. 154.

<sup>110)</sup> So noch Schürmann S. 55. Aehnlich dachten Aeltere die Verpflichtung des Erfinders, sich die Publication seiner Erfindung und ihre Freigebung nach Ablauf der Zeit des Privilegs gefallen zu lassen, als einen Theil seiner Gegenleistung. So noch Jäger über Erfindungspriv. (1840) S. 10. Wird aber Jemand auch die Note 105 aufgeführten Verpflichtungen eines Ehrenritters des Deutschen Ordens als Gegenleistung denken wollen?!

<sup>111)</sup> S. bei Schlayer S. 62.

beizutragen.<sup>112)</sup> In der That ist die Eintheilung unhaltbar; sie läßt sich weder durchführen, noch können die Consequenzen, die man an dieselbe geknüpft hat, als aus ihr sich ergebend anerkannt werden.<sup>113)</sup>

3) Von gewissen Privilegien läßt sich allerdings behaupten, daß sie, insofern es sich um die durch dieselben geschaffene Rechtsstellung des Privilegirten handelt, insofern Aehnlichkeit haben mit einem Rechtsgeschäft,<sup>114)</sup> als zu ihrem Wirksamwerden die Zustimmung des Privilegirten erforderlich ist. Das trifft überall da zu, wo es von dem Belieben des Privilegirten abhängt, von jener Begünstigung,<sup>115)</sup> die ihm das Privileg gewährt, Gebrauch zu machen, oder dieses zu unterlassen, überall also, wo es bei ihm steht, auf die gewährte Begünstigung zu verzichten.<sup>116)</sup> Auch hier aber verschiebt man den richtigen Gesichtspunkt, wenn man dabei von einer „Annahme“ spricht und diese als Vertragsacceptation denkt. Denn es ist sehr wohl möglich, daß der Privilegirte die Begünstigung von vornherein „angenommen“ (insbes. angefordert) hatte, und dann dennoch Gebrauch davon machen will, und ebenso, daß er, ohne zum voraus angenommen zu haben, die Annahme der ertheilten Begünstigung zurückweist; beide Fälle stehen sich juristisch ganz gleich; in beiden war das Privileg durch den einseitigen Act des Verleihenden entstanden und in beiden kommt es nicht zur wirklichen Anwendung — ganz ähnlich, wie auch so manches allgemeine Gesetz nur dann zur Anwendung zu kommen hat, wenn durch den Willen einer Partei der Thatbestand geschaffen ist, auf dessen Vorhandensein es berechnet ist, der Parteilille aber absichtlich, vielleicht gerade um der Anwendung dieses Gesetzes auszuweichen, den Thatbestand nicht so gestaltet, daß er unter dieses Gesetz fällt.<sup>117)</sup> Dennoch wird in Fällen dieser Art Niemand behaupten, das fragliche Gesetz erlange Gesetzeskraft für diese Partei erst durch die Annahme Seitens derselben.

C. Auch insofern, als ihr Inhalt ebenso verschieden sein kann, als der der allgemeinen Gesetze und Verordnungen, insbesondere insofern, als Privilegien in alle Zweige des öffentlichen und Privatrechts eingreifend einschlagende concrete Rechtsverhältnisse regeln können, verleugnen sie ihren gesetzesartigen Charakter nicht. Je mannichfaltiger sie sind, desto näher liegt der Gedanke, durch Aufstellung gewisser Eintheilungen festgeschlossene Gruppen zu gewinnen, und für diese, da sich doch sehr wenig allen Privilegien gemeinsame Rechtsfälle finden,

<sup>112)</sup> Schuster Comm. S. 211 f. S. auch unten Note 249.

<sup>113)</sup> Das zeigt sich sofort bei Schuster; zwar stimmt es mit seiner Auffassung sehr wohl überein, daß er willkürlichen Widerruf eben kraft der Entgeltlichkeit jeder Privilegienverleihung ausgeschlossen wissen will (S. 215 f.); in der That aber ist diese Erscheinung anders zu begründen; und wenn Schuster (S. 216) den Widerruf im Falle des Mißbrauchs des Privilegs ohne Entschädigung zulassen will, „da die Schenkung auch wegen Undankbarkeit widerrufen werden kann,“ so fällt er in die von ihm bekämpfte Lehre selbst zurück.

<sup>114)</sup> Namentlich liegt dieser Gesichtspunkt dann nahe, wenn das Privilegium einem Ausländer ertheilt wird, der im Inlande nicht einmal seinen Wohnsitz hat. Vgl. jetzt rückwärtlich der Industriepriv. das Gesetz von 1852 §. 1 lit. c, §. 9 lit. a (und schon Gesetz von 1820 §. 1). In früherer Zeit wurden in Fällen dieser Art Reverse abgefordert, des Inhalts, der Begünstigte werde auf Grund des ertheilten Industrieprivilegiums nicht beanspruchen, als österr. Staatsbürger behandelt zu werden. — Auch daß jene Privilegien, die nicht nach Art allgemeiner Gesetze kundgemacht sind, im Prozesse gerade so beweisbedürftig sein können, wie andere processuale Thatfachen, legt, obwohl es sich von selbst erklärt, den Gedanken nahe, sie seien nur Rechtsgeschäfte. Daß dieser Beweis, wie die ältere Literatur oft annahm (Kreittmayr I S. 99), nur durch Urkunden erbracht werden könne, wird heut zu Tage schwerlich behauptet werden.

<sup>115)</sup> Bei obiosen Privilegien wird Niemand die Zustimmung des Benachtheiligten für nothwendig halten.

<sup>116)</sup> Schulte Kirchenrecht I S. 156.

<sup>117)</sup> B. B. Man schließt einen Vertrag mündlich ab, um der Stempelpflicht auszuweichen.

die entsprechende Rechtstheorie zu formuliren. In der That finden wir denn auch in Gesetzgebung und Doctrin eine Anzahl technischer Namen zur Bezeichnung gewisser Kategorien von Privilegien, und es fehlt nicht an Versuchen, wesentliche Unterschiede der juristischen Bedeutung und Behandlung einzelner so bezeichneter Gruppen festzustellen. Doch wird jeder Versuch dieser Art nicht nur dadurch sehr erschwert, daß der Begriff des Privilegiums von den Einen weiter, von den Anderen enger verstanden wird, sondern auch dadurch, daß der Sprachgebrauch selbst derjenigen, die von dem gleichen Begriff des Privilegs ausgehen, ein außerordentlich verschiedener ist.

1) Die wichtigste dieser Eintheilungen, die denn auch in unserem (nur an begünstigende Privilegien denkenden) §. 13 kurz angedeutet wird, ist die in Privilegien (im engsten Sinne, affirmative Privilegien, Autorisationen) und Befreiungen (negative Privilegien, Dispensationen, Nachsichten). Daß die österreichische Gesetzgebung auf diesen Unterschied bedeutendes Gewicht nicht legt, ergibt schon die Marg. N. zu §. 13, in welcher der Name „Privilegien“ für beide Gruppen gebraucht ist.<sup>118)</sup> So haben denn auch unsere älteren Schriftsteller den alten Streit über die Bedeutung dieses Unterschiedes schon darum für müßig erklärt, weil für beide Gruppen dasselbe gelte.<sup>119)</sup> Allein dieses beiden Gemeinsame liegt zwar sicher in der formalen Vorschrift des §. 13, schließt aber keineswegs das Vorhandensein tief greifender materieller Verschiedenheiten aus, wie ja auch unzweifelhaft für gewisse als Dispensationen bezeichnete Begünstigungen einzelne Rechtsfälle bestehen, die nur von ihnen gelten, auf andere aber nicht ausgedehnt werden dürfen. Und selbst wenn wirklich von beiden Gruppen durchaus dasselbe gälte, würde darum die Untersuchung, ob nicht dennoch ein begrifflicher, nur in dem jetzt geltenden Recht zufällig nicht praktisch hervortretender Unterschied bestehe, keineswegs überflüssig.

Die Quellen des älteren österreichischen Rechtes nennen zwar sehr oft nebeneinander „Privilegien“ und „Freiheiten“ und daneben noch andere Namen;<sup>120)</sup> allein daß jeder dieser Namen eine feststehende, von der des anderen verschiedene Bedeutung habe, davon kann gar nicht die Rede sein. Namentlich das Wort „Freiheit“ wird unzählige Male nicht etwa als Gegensatz von Privilegium, sondern unzweifelhaft diesen Begriff in seinem vollen Umfang umfassend,<sup>121)</sup> identisch

<sup>118)</sup> Das officielle Register verweist unter dem Schlagwort „Dispensation“ auf: „Nachsicht; Privilegium;“ s. v. Nachsicht ist von EheDispensen und von der *venia aetatis* (§. 252: „Nachsicht des Alters“) die Rede; s. v. Privilegium wird auf §. 13 gewiesen. Das G. B. selbst spricht §. 38 von „Befreiungen“ der Gesandten, identificirt (§. 83 ff. und Marg. N.) „Dispensation“ und „Nachsicht“ (der letztere Ausdruck ist der des Textes des G. B.), und spricht §. 120 von einer „Dispensation“, durch welche der Frau vor Ablauf von 6 bezw. 3 Monaten nach Auflösung einer ersten Ehe die Eingehung einer weiteren Ehe gestattet wird. Der nämliche Sprachgebrauch ist festgehalten auch in der Verordnung v. 1. Juli 1868 Nr. 80 §. 1 und dem Gesetz v. 4. Juli 1872 Nr. 111 §. 1.

<sup>119)</sup> So schon Zeidler I S. 89, Schwister S. 201, Starba S. 8.

<sup>120)</sup> Z. B. Cod. austr. I S. 476, 486: „Hoffreiheiten“, II S. 88: „Österreichische Freiheiten, Exemtionen und Privilegia“, 183: „Privilegia, Concessiones, Freiheiten, Exemtionen“ und so sehr oft. Vgl. z. B. Note 236.

<sup>121)</sup> So spricht Cod. austr. I S. 293 davon, daß Jemand „befreit“ sei, gewisse Güter zu besitzen, ebda V S. 716 bezeichnet Freiheit ein Industrie- und Fabriksprivilegium (die „Freiheit . . . Seife . . . zu erzeugen“), VI S. 1315 bezeichnet „Freiheitsartikel“ eine Privilegialbestimmung; ebenso ist klar, daß Exemption nicht etwas anderes als ein Privileg ist, sonst könnte nicht (z. B. Cod. austr. III S. 543) von „Exemtionsprivilegium“ gesprochen werden. Bei Suttinger S. 241 wird s. v. Freiheiten auf Privilegium verwiesen und unter dem letzteren Schlagworte S. 625 sofort von einer „Freiheit“ gehandelt; s. ferner S. 734: „Nothes Siegel-Wax ist denjenigen, so dessen nicht befrehet seynd, bey Straff verboten.“ Auch für die Nachdruckprivilegien war der Terminus Befreiung oder Freiheit sehr gebräuchlich. Pütter S. 167 Note 6, S. 175 Note c, S. 176.

mit demselben, oder gar auch *iura singularia* bezeichnend<sup>122)</sup> gebraucht. Ebenso ist im Joseph. G. B. I §. 15 ff. gewiß kein Unterschied zwischen den „vom Landesfürsten verliehenen besondern Begünstigungen“, „Gnaden“ und „Freiheiten“ oder „Befreiungen“ zu erkennen, sondern diese Ausdrücke sind gleichbedeutend, mit Vorliebe aber wird der Ausdruck Freiheit oder Befreiung gebraucht und der Ausdruck *Privilegium* ganz vermieden, während im westgal. G. B. I §. 49 ff. umgekehrt nur dieser als technischer gebraucht und ausdrücklich erklärt wird, daß „Begünstigungen und Freiheiten, welche der Gesetzgeber einzelnen Personen oder auch ganzen Körpern verleiht, Privilegien genannt werden.“ Die Revisionscommission (Prot. 11. April 1796) deutete ihre Anschauung insofern bestimmter an, als sie in den §. 32 ihres Entwurfes den Satz aufnahm: „Durch Privilegien werden einzelnen Personen oder ganzen Körperschaften besondere Befugnisse oder Befreiungen, die von einer Verbindlichkeit entheben, ertheilt.“ Dabei war der Entwurf von Sonnenfels bereits benutzt, welcher gegenüberstellte „Befreiungen, welche von einer Verbindlichkeit entheben“ und „besondere Befugnisse, wodurch Jemanden ein ausschließendes Recht oder Vorrecht auf bestimmte Zeit eingeräumt wird“, — eine Formulirung,<sup>123)</sup> die sich allerdings nicht ganz unerheblich von jener der Commission unterscheidet. Er selbst hatte erklärt, daß er nur jenen nämlichen Unterschied bestimmt ausgedrückt habe, den der Entwurf (westgal. G. B. §. 50) nur angedeutet hatte, indem er die Privilegien als „eine Ausnahme vom Gesetze oder eine Beschränkung der Rechte der übrigen Bürger“ bezeichnete. Daß die Auffassung der letzten Redactoren und der Sinn des Gegensatzes der „Privilegien und Befreiungen“ im §. 13 b. G. B. ein anderer geworden sei, dafür fehlt jeder Halt, und damit stimmt auch der Sprachgebrauch unserer Gesetzgebung<sup>124)</sup> seit dem Ende des vorigen Jahrhunderts der

<sup>122)</sup> J. B. Suttinger S. 505: „Mauren der Stadt seynd soweit befreyt, daß Niemand nicht daran mit Gebäuden schaden mag, und wann etwas daran gebaut, muß solches demofirt oder der Stadt eine jährliche Pension deswegen gerichtet werden.“

<sup>123)</sup> Sehr nahe steht ihr die in unseren Tagen von Erber S. 470 ff. gewählte. Er unterscheidet Privilegienhoheit und Dispensationsgewalt als bloß verwandte Begriffe. Das *Privilegium* soll ein subjectives Recht unmittelbar und primitiv constituiren, die Dispensation aber eine Verfügung über die Art der Vollziehung eines Rechtssatzes enthalten, aus welcher eine subjective Berechtigung des Begünstigten erst secundär hervorgeht. Allein so wenig es genau ist, daß das Privileg überall Jemanden ein „ausschließendes Recht oder Vorrecht auf bestimmte Zeit einräumt“, so wenig trifft Erber's Unterscheidung, selbst wenn man Handlungs- und Rechtsfähigkeiten zu den subjectiven Rechten zählen wollte, überall das Richtige. Es ist eben nicht zutreffend, daß Dispensationen Verfügungen über die Art der Vollziehung eines Rechtssatzes seien; sie sind vielmehr Verfügungen, betreffend seine ausnahmsweise Nichtvollziehung. Erber muß denn auch die *venia aetatis* als *Privilegium* im e. S., die Loszählung von einem ein Gehirnbrennis constituirenden Gesetze eine Dispensation nennen — beides (so sehr das letztere den Sprachgebrauch für sich hat) unhaltbar; vgl. Note 127 und Excursus.

<sup>124)</sup> Vgl. z. B. Hofd. v. 9. April 1781 J. G. S. Nr. 12, welches die Enthebung von der Verpflichtung zur Bestellung einer Realcaution „Dispensation“ nennt; Pat. v. 9. November 1781 J. G. S. Nr. 30, welches vom Austritt aus einem Orden „mit Dispensation“ redet; Hofd. v. 9. Mai 1785 Nr. 429, in welchem die Ertheilung der *venia aetatis*, Nachsicht der Minderjährigkeit“ heißt; in dem Verzeichniß, das dem Hofd. v. 4. Jänner 1790 Nr. 1090 beigegeben ist, wird sie einmal „Dispensation“, das andere Mal „Gnade“ genannt. Den Namen „Dispensation“, „Nachsicht“, „Altersnachsicht“ gebrauchen die Hofd. v. 14. Februar 1834 Nr. 2642 und 1. Juli 1835 J. G. S. Nr. 45 auch von Ausnahmen, die von der Regel verwilligt werden, daß Niemand im Staatsdienst angestellt werden soll, der das 40. Lebensjahr überschritten hat. Namentlich aber war immer die Rede von „Freiheit“ oder „Befreiung“, gleichviel ob sie durch Privileg oder *ius sing.* zustanden war, bei den Exemptionen von Eidespflicht, Mauth-, Steuer-, Stempel-, Tax-, Gebührens-, Zoll- und Portopflcht, Amortisationsgesetzen u. dgl. (Vgl. z. B. A. G. D. §. 161: „... Zeuge, der nicht durch ausdrückliches landesfürstl. Privilegium von Beschwörung der Zeugnenschaft befreit ist ...“ Hofd. v. 26. November 1784 Nr. 369, 15. Jänner 1801 Nr. 515, 23. März 1809 Nr. 887, Erbsteuerpatent v. 15. October 1810 Nr. 914 §. 23,

Hauptsache nach überein. Sie acceptirt somit die schon zu Beginn unseres Jahrhunderts herrschend gewesene Auffassung, die sich schärfer, als meist zu geschehen pflegt,<sup>125)</sup> dahin fassen läßt: Loszählung<sup>126)</sup> von einem Gebot des Gesetzes ist Befreiung, jedes andere Privilegium ist Privileg im engsten Sinne.

In der That möchte es sich, obwohl keine der bisher vorgeschlagenen Fassungen des Unterschiedes der in den Gesetzgebungen angewendeten Terminologie vollkommen entspricht, noch am meisten empfehlen, an diesem Sprachgebrauche festzuhalten. In jenen wenigen Fällen, in welchen mit der Loszählung von einem gebietenden Gesetze zugleich die Erlangung oder Wiedererlangung gewisser Handlungs- oder Rechtsfähigkeiten, das Loskommen von Verboten des Gesetzes verbunden ist, kann freilich zweifelhaft sein, was das Primäre, was das Secundäre sei; aber diese Schwierigkeit möchte leichter zu überwinden sein,<sup>127)</sup> als jene, die den anderen in der Literatur hervorgetretenen Auffassungen unserer Eintheilung<sup>128)</sup> entgegenstehen. Und die hier vertretene Auffassung des Privilegs im engsten Sinne hat nach einer ganz anderen Richtung hin wissenschaftlichen Werth; wer alles das überblickt, was wir (im Gegensatz zu den Befreiungen) Privilegien nennen, wird an dem Inhalt dieser Privilegien wohl schärfer und leichter als an dem der *iura communia* und *singularia* erkennen können, wie wenig Halt

Pat. v. 27. Jänner 1840 J. G. S. Nr. 404 §. 79 ff., M. G. v. 10. Jänner 1849 Nr. 80, 26. April 1849 Nr. 230, 5. Mai 1849 Nr. 239, 6. Mai 1849 Nr. 241, 15. Mai 1849 Nr. 249, 22. Juli 1849 Nr. 334, 25. Juli 1849 Nr. 338, 10. August 1849 R. G. B. Nr. 358 C. B., 28. October 1849 Nr. 19, 3. Jänner 1851 Nr. 32, 23. Februar 1851 Nr. 50, 12. Mai 1851 Nr. 129, 3. Februar 1851 Nr. 133, 26. Juni 1851 Nr. 167, 11. Mai 1850 Nr. 184, 16. Februar 1852 Nr. 50, 30. September 1858 Nr. 170, Gef. v. 10. Juli 1865 Nr. 55, 2. October 1865 Nr. 108, 14. November 1867 Nr. 137, 15. März 1876, Nr. 31, 25. März 1880 Nr. 39 u. v. a.) Umgekehrt hat unsere Gesetzgebung (Erfindungs-) Patente immer Privilegien genannt; ebenso hat sie noch in neuerer Zeit wiederholt ausgesprochen, daß sie Eisenbahn- und ähnliche Concessionen als Privilegien im engsten Sinne ansehe, vgl. z. B. das Eisenbahnconcessions-system v. 14. September 1854 R. G. B. Nr. 238 §. 8, Conc. Urkunde v. 10. Mai 1866 Nr. 69 §. 1, v. 27. Jänner 1867 Nr. 33 §§. 10, 11, 13; wo freilich Befreiungen und Privilegien im engsten Sinne in einer Anordnung zusammentreffen, da wird am liebsten von „Begünstigungen“, „Zugeständnissen“, „Ausnahmen von den Gesetzen“ gesprochen. So meist in den Eisenbahnconcessionsurkunden und den Privilegien der Creditinstitute.

<sup>125)</sup> Vgl. z. B. Glück II S. 9, Schlayer S. 60.

<sup>126)</sup> Gleichviel, ob für immer, oder bloß Aufschub der Erfüllung während (z. B. Moratorium), gleichviel ob Alles oder nur einen Theil des im Gesetze Gebotenen erlassend.

<sup>127)</sup> Es kommt eben darauf an, zu erkennen, was nach dem ganzen Habitus des Falles als das Primäre anzusehen ist. So wird in der Dispensation von Ordensgessüßben, obwohl das cit. Pat. v. 1781 selbst betont, daß damit die Wiedererlangung der Fähigkeit zur Erwerbung von Erbschaften und Schenkungen verbunden sei, doch als das Primäre angesehen werden dürfen das Losgezähltwerden von dem Gebote, der Regel des Lebens nachzuleben; die Altersnachfrist für Minderjährige muß als Befreiung von dem Gebote erscheinen, daß jeder Minderjährige der Gewalt seines Vormundes unterliege; die Aufgebotsdispense sind, auch wenn alle Aufgebote nachgesehen werden, nicht wesentlich als Gestattung der Eingehung einer sonst vom Gesetze verbotenen Ehe (Autorisation), sondern bloß als Loszählung von der Verpflichtung, vor Eingehung der Ehe das Aufgebot vornehmen zu lassen, zu denken. (Vgl. Schlayer S. 60 und das Nähere im Eherecht.) Nicht überall aber, wo unsere Gesetzgebung von Nachsicht oder Dispensation spricht, läßt sich eine Befreiung von einem gebietenden Gesetz erkennen. Schon im Falle des §. 120 wird man zugeben müssen, daß das Gesetz, von dessen Anwendung die Frau losgezählt wird, kein gebietendes, sondern vielmehr ein verbotendes ist; das nämliche gilt von der Nachsicht von Ehehindernissen (die freilich Viele, z. B. auch Brinz S. 226 Nr. 6, dem üblichen Namen entsprechend, für negat. Privilegien halten) und von jener andern Altersnachfrist, die einem mehr als Bierzigjährigen den Staatsdienst zugänglich macht. Alle diese Dispensationen können nur als Autorisationen angesehen werden, und es ist also der in unserer Gesetzgebung im Allgemeinen festgehaltene Sprachgebrauch doch nicht überall in derselben durchführt.

<sup>128)</sup> Vgl. darüber die Excurse.

jene Lehre<sup>129)</sup> hat, die davon ausgeht, es könne jedes Gesetz nur entweder gebietenden oder verbietenden Inhaltes sein. Denn es ist unmöglich, alle affirmativen Privilegien als Ausnahmen von verbietenden Gesetzen zu denken,<sup>130)</sup> und noch weniger ist es möglich, in jedem affirmativen Privilegium<sup>131)</sup> nichts anderes, als jene verbietende Spitze zu finden, die es allerdings gegen alle Welt kehrt.<sup>132)</sup> Wer in einem affirmativen Privilegium, selbst in einem erclustiven, einem „Alleinrecht“, nichts anderes als dieses Verbot erkennen will, kann dessen vollem, ja seinem Hauptinhalt nicht gerecht werden. Wer davon ausgeht, es gebe nur Gebote und Verbote, und jede verbietende Norm wende sich nur an die Verpflichteten, erzeuge zunächst nur Pflichten, wenngleich im Interesse des Berechtigten,<sup>133)</sup> der macht den primären Inhalt des Gesetzes: die Erlaubniß, die es dem Begünstigten gibt, das Recht, auf dessen Erschaffung das Gesetz so recht abzielt, zu dessen secundärem, nur beiläufigem Inhalt.<sup>134)</sup> Nicht nur steht keineswegs jedem erlaubenden Gesetz ein verbietendes gegenüber, das durch das erstere beseitigt wird, sondern selbst da, wo wirklich ein bis dahin bestehendes Verbot (allgemein oder zu Gunsten eines bestimmten Begünstigten) aufgehoben wird, ist diese Aufhebung des Verbotes selbst keineswegs ein Gebot oder ein Verbot. Das Letztere gilt ebenso auch von negativen Privilegien. Gewiß enthalten sie (z. B. das Privileg der Steuerfreiheit) die Aufhebung eines sonst (für Alle) geltenden Gebotes zu Gunsten des Begünstigten, aber diese Aufhebung selbst läßt sich correct weder als ein Gebot noch als ein Verbot charakterisiren. Das, worauf es ankommt, ist ja die Aufhebung der Steuerpflicht, die Veränderung in der recht-

<sup>129)</sup> So wieder neuestens Thon Rechtsnorm und subj. Recht S. 8, Schey in Grünhut's Zeitschr. VII. S. 763 ff. und vgl. schon Schuster Comm. S. 198 (oben Note 93). Doch ist wohl die entgegengesetzte Lehre, welche neben gebietenden und verbietenden auch erlaubende Rechtsätze annimmt, als die herrschende anzusehen; vgl. Thöl Einl. S. 101 ff., Unger I S. 58 f., Merkel in Grünhut's Zeitschr. VI S. 371 f., Binding in trit. Vierteljahr. XXI S. 545 ff., Brinz (2. Aufl.) I S. 90, Pernice in Grünhut's Zeitschr. VII S. 475 ff., u. A.

<sup>130)</sup> Wenigstens geht es nicht an, ohne dem Gesetzesgedanken Zwang anzuthun. Man kann z. B. in jener Zeit, in welcher das *ius respondendi de auctoritate principis* aufkam, nicht wohl von einer Gesetzesregel des Inhalts ausgehen, es sei im Allgemeinen dieses Respondiren Jedermann verboten. Ebenso schief wäre es, wenn man das Recht, einen verlehnenen Titel zu führen, einen Orden zu tragen u. dgl. als Ausnahme von einem dies Jedermann verbietenden Gesetz construiren wollte; die Regel wäre in Fällen dieser Art bloß darum aufgestellt, um die Ausnahme als solche erkennen zu lassen — sie ergäbe sich erst aus der Ausnahme, sie wäre nicht als selbständige Regel da.

<sup>131)</sup> Ebenso aber auch in so manchem andern erlaubenden Gesetze. Sollte wirklich ein Gesetz, welches ausspricht, es sei Jemand unter bestimmten Voraussetzungen ein giltiges Testament zu errichten berechtigt, juristisch genau nichts anderes besagen, als es sei Jedermann verboten, den Testator an der Errichtung eines Testaments zu verhindern? Bei Privilegien tritt es nur besonders deutlich hervor, daß sie in erster Linie ein Recht gewähren, eine Erlaubniß erteilen wollen; gerabe diese Erlaubniß, die Gewährung zu Gunsten dieses bestimmten Individuums ist das in ihnen Genannte, vgl. z. B. die Aufenthaltprivilegien, wie sie in früherer Zeit Juden für eine bestimmte Zeit gegeben wurden, Cod. austr. IV S. 130, 147 Punkt 1; die negative Seite derselben, die sich an die Behörden oder, wenn man will, an Jedermann richtet, kann ebenso gut als ein Verbot, den Begünstigten am Aufenthalt zu hindern, wie als ein Gebot, diesen Aufenthalt zu dulden, jedoch (und dieses Gebot richtete sich an die Behörde allein) nicht länger als die bestimmte Zeit zu dulden, angesehen werden. Vgl. auch Note 58 und 67.

<sup>132)</sup> Vgl. Fellenz Die rechtl. Natur der Staatenverträge S. 6 Note 8. Die älteren Privilegien sprachen dieses allgemeine Verbot auch regelmäßig selbst aus (s. Note 94).

<sup>133)</sup> So Schey a. a. D.

<sup>134)</sup> Vgl. Kohler in Iherings Jahrb. XVIII S. 197 ff. In Wahrheit tritt überall das Recht in den Vordergrund, die Pflicht der Andern ist nur die Consequenz dieses Rechtes („Verbotsrechtes“ b. G. B. §. 313 W. R.). Vgl. z. B. den charakteristischen Ausdruck bei Lysyer a. a. D. Nr. VII pag. 109: „obtinuerat quis privilegium, ut solus in praediis quibusdam nobilibus, civitatibus et monasteriis equos et porcos castraret, ceterosque omnes ab exercitio hujus artis ibidem excluderet.“

lichen Stellung des Begünstigten: daß, um ihn seine Befreiung auch wirklich genießen zu lassen, nun auch noch der Steuerbehörde geboten werden muß, ihn mit der Einforderung der Steuer zu verschonen, oder ihr verboten werden muß, die Steuer von ihm zu fordern und einzutreiben, ist allerdings richtig, aber weder dieses Gebot noch dieses Verbot kann uns den materiellen Inhalt der ertheilten Begünstigung darstellen, die ja wesentlich darauf hinauslief, nicht der Steuerbehörde etwas zu gebieten oder zu verbieten — ganz dasselbe kann ihr aus ganz anderen Gründen geboten und verboten werden — sondern den A von der Steuerpflicht frei zu machen. Und so darf man wohl sagen: Wer die Kategorie der erlaubenden Rechtsätze nicht anerkennt, der übersieht, daß Privilegien ihrem wesentlichen Inhalt nach Normirungen concreter Rechtsverhältnisse sind, indem er ausschließlich jene eine (secundäre) Seite derselben betont, die sich nicht an den Privilegirten, sondern an Andere wendet, m. a. W. er muß in denselben wesentlich sehr allgemeine Rechtsnormen erblicken.

2) Knüpft sich hienach an die Eintheilung der Privilegien in Privilegien im engeren Sinne und Befreiungen doch immerhin ein wissenschaftliches Interesse, wenngleich nicht eigentümliche praktische Rechtsätze für jede der beiden Gruppen,<sup>135)</sup> so hat eine Reihe anderer Namen, die für gewisse Privilegien gebraucht werden, kein anderes als ein terminologisches Interesse. Durchgreifende rechtliche Unterschiede, die dieselben als in sich geschlossene Gruppen erscheinen ließen, sucht man vergebens, und selbst der Sprachgebrauch ist diesfalls jetzt wie früher ein sehr schwankender. Das gilt insbesondere von den Begriffen: Concession, Monopol und Octroi.<sup>136)</sup> Die Mannigfaltigkeit des Inhalts der Privilegien ist so groß, wie die des Inhalts der allgemeinen Gesetze. Jedes der rechtlichen Bestimmung bedürftige öffentlich- oder privatrechtliche Verhältniß ist auch der Regelung durch Privilegium nicht unzugänglich,<sup>137)</sup> und so übernehmen denn auch in dem Rechtsleben der Vergangenheit,<sup>138)</sup> wie in dem der Gegenwart Privilegien die Regelung zahlloser concreter Verhältnisse. Der Versuch, erschöpfend aufzuzählen, welches diese Verhältnisse sein können oder wirklich sind, wäre ein müßiges Unternehmen. Die nachstehende Aufzählung will nur an einer Reihe der wichtigeren Beispiele zusammenhängend zeigen, wie weit Privilegien statt allgemeinen Rechtes für concrete Verhältnisse maßgebend werden; eine streng wissenschaftliche Classification soll damit nicht versucht werden: keine dieser größeren Gruppen hat eine geschlossene Rechtstheorie in dem Sinne, daß nicht beinahe von jedem der Fälle, die eine solche Gruppe bilden, auch etwas Besonderes auszusagen wäre.<sup>139)</sup>

<sup>135)</sup> Auch was die Erlösung durch Verjährung im weiteren Sinne anbelangt, wird sich nach Herr. Recht kein durchschlagender rechtlicher Unterschied (vgl. Fritz in Linde's Zeitschr. IV Nr. VI, Brinz S. 233) nachweisen lassen.

<sup>136)</sup> Vgl. die Excurse zu §. 13.

<sup>137)</sup> Dernburg I S. 43. Warum Roth I S. 266 als möglichen Inhalt von Privilegien nur „jede vermögensrechtliche Begünstigung“ denken will, ist nicht einzusehen; ebenso wenig, warum Unger I S. 592 f. Note 45 meint, §. 13 b. G. W. habe nur die vermögensrechtlichen Begünstigungen im Auge, nicht auch solche, welche den rechtlichen Zustand der Person afficiren. In der That paßt das, was §. 13 sagt, ganz ebenso gut auf die letzteren, wie auf die ersteren Fälle: ob Jemand großjährig geworden ist durch Vollendung des 24. Jahres oder durch gerichtlich erklärte Altersnachfrist, macht in seiner Handlungsfähigkeit keinen rechtlichen Unterschied; ist aber für ein durch Privileg erlangtes Recht in irgend welcher Beziehung in politischen (oder anderen) Gesetzen etwas Besonderes vorgeschrieben, so hat das zu gelten, wieder ohne Unterschied, ob es sich um eine vermögensrechtliche oder eine den Zustand der Person afficirende Begünstigung (oder Zurücksetzung) handelt.

<sup>138)</sup> Vgl. namentlich die citirte Abhandlung von Dirksen.

<sup>139)</sup> Auch die interessante und lehrreiche Classification, die Brinz §. 70 S. 224 ff. gegeben hat, will ohne Zweifel nicht das Gegentheil besagen.

Vor Allem afficiren Privilegien sehr vielfach den rechtlichen Zustand der Person<sup>140)</sup> in öffentlich- wie privatrechtlicher Beziehung, indem sie Rechts- und Handlungsfähigkeiten schaffen,<sup>141)</sup> ohne daß deren gemeine oder natürliche Voraussetzungen vorliegen, indem sie solche erweitern,<sup>142)</sup> entziehen oder vermindern,<sup>143)</sup> endlich indem sie persönliche Auszeichnungen oder gewisse rechtliche Qualitäten geben<sup>144)</sup>

<sup>140)</sup> Das geschieht entweder primär oder secundär (durch Aufhebung eines Verbotes).

<sup>141)</sup> Welche Bedeutung dem Erforderniß ausdrücklicher Bewilligung zur Errichtung eines Vereines zukomme — in dem Vereinsgesetz von 1852 ist es in weiterem Umfang aufgestellt als in dem von 1867 — kann hier noch nicht untersucht werden. Als einen gewiß hieher gehörigen Fall darf man aber nennen Reichswasserrechtsgesetz v. 30. Mai 1869 Nr. 93 §. 22: „Die rechtliche Existenz einer Wassergenossenschaft für den öffentlichen und bürgerlichen Verkehr ist durch die Erlangung ihrer Anerkennung von Seite der zuständigen Verwaltungsbehörde bedingt.“

<sup>142)</sup> Einen Hauptfall bildet die Gewährung der *venia aetatis*; daß sie als Privilegienverleihung aufzufassen ist, darüber s. Note 84, 124, 127 und unten Note 237. Ähnliche Begünstigungen in Betreff des persönlichen Rechtszustandes erfolgten oft auch durch Aufstellung eines allgemeinen Rechtsfalles, der sich übrigens nicht selten „Begnädigung“ und „Privilegium“ nennt; so z. B. in den Privilegien des Erbherzogthums Schlesien II Nr. C II S. 538 ff. die Bestimmung (5. Sept. 1704), daß „die Schäfer und deren Knechte für ehrlich und anderen Leuten gleich gehalten werden sollen.“

<sup>143)</sup> Ohne Zweifel kann z. B. das im Art. VI des St. G. G. v. 21. Dec. 1867 Nr. 142 der Gesetzgebung zugesprochene Recht, der „toten Hand“ „Beschränkungen des Rechtes, Eigenschaften zu erwerben und über sie zu verfügen“ aufzulegen, auch bloß zum Nachtheil eines einzelnen kirchlichen Instituts ausgeübt werden, und wenigstens praktisch auf völlige Entziehung desselben hinauslaufen. Ein anderes Beispiel bietet die Probirgaltigkeitserklärung und die Auflösung eines (nicht durch Privilegium entstandenen) Vereines.

<sup>144)</sup> Dahin gehört die Verleihung sehr verschiedenartiger Hof- und Staatsehren, wie Orden, Ehrenlagge, Würden, (Staats- und sog. Hof-) Titel, Adel, Standeserhöhungen, Wappen, des Rechtes, den kaiserlichen Adler oder ein Landeswappen zu führen, Verleihung des Gerichtsstandes vor dem Obersthofmarschallamte, Bewilligung von Namensänderungen, auch wohl die Verleihung positiver Vollmachten, wie sie in der Berufung zu öffentlichen Aemtern und der Ernennung zum Mitglied des Herrenhauses gelegen ist (doch kann freilich manche dieser Auszeichnungen durch ins singulare auch an ganze Gruppen Begünstigter gelangen), auch Verleihung der Staatsbürgerschaft (§. 30 b. G. B.), des Gemeindebürgerrechts u. dgl. gehört hieher; vgl. z. B. nebst Note 237 Cod. austr. II S. 337: „privilegium nobilitatis“; Generale von Ferdinand II. v. 1. März 1631 (bei Suttinger S. 8, Cod. austr. I S. 15): „Abelicher Titel und Wappen . . . solle Niemand's, deme es seines adelichen Hertommens oder erlangten privilegii halber nicht gebührt und zusteht, sich gebrauchen . . . bei Straff . . .“; Priv. für Schlesien II Nr. CXIV S. 610 f.: Titel und Prädicate, die Einer aus einer Familie erwirbt, sind auf die übrigen Familienglieder nicht auszudehnen; Prot. v. 5. Juli 1802: Man war allgemein einverstanden, daß zur Uebertragung von Adel und Wappen auf einen Adoptirten die Bewilligung des Landesfürsten erforderlich sei, „weil dieses im Grunde eine neue Verleihung des Adels ist, welche als ein Majestätsrecht nur dem Landesfürsten zusteht“ (vgl. Pat. v. 9. August 1854 Nr. 261). Suttinger S. 286 (Cod. austr. I S. 290): der Ritterstand hat „das Privilegium erlangt, daß denenselben insgesammt und in particulari der Titel Gestrenge gegeben werden soll.“ Ausführliches über Titel und Prädicate und das Recht des Gebrauchs von rothem Siegelwachs (Suttinger S. 734) im Cod. austr. II S. 334 ff.; Titulatur „Durchlaucht“ den vormal's reichständischen fürstlichen, „Erlaucht“ den vormal's reichständischen gräflichen Familien zugestanden, Hofb. v. 24. Sept. 1825 Nr. 2133 und 13. October 1829 Nr. 2433 f. G. S. Gebrauch des kaiserl. Adlers: Cod. austr. IV S. 417 Punkt 8; Hoftitel: Stubenrauch Gewerberecht S. 108, 123. — Wenn Pözl S. 373 bestreitet, daß Verleihung von Titel, Orden, Würden und regelmäßig auch von Standeserhöhungen Privilegienverleihung sei, weil es sich dabei um Gewährung rechtlich irrelevanter Vortheile handle, die „weder direct noch indirect eine Ausnahme von dem regelmäßigen Recht nach sich ziehen“, so wird Niemand auch nur die Begründung an sich richtig finden können, da ja diese Auszeichnungen rechtlich keineswegs irrelevant sind; nicht nur wird unberechtigte Anmaßung derselben bestraft (vgl. z. B. St. G. S. 333, 334, auch §. 320 lit. e, Pat. 16. April 1850 Nr. 249 §. 20), sondern an manche dieser Auszeichnungen knüpfen sich selbst ökonomische Vortheile; und wenn Pözl in der Verleihung eines Staatsamtes nur insofern ein Privilegium finden will, als das positive Recht für alle oder Beamte dieser Kategorie wahre Ausnahmsgesetze, z. B. befreiten Gerichtsstand enthält, im übrigen aber das Vorhandensein eines Privilegiums in Abrede zieht, weil „Alles hier normal, d. h. den Anforderungen des Staats-

oder entziehen;<sup>145</sup>) eine andere namhafte Reihe von Privilegien kommt darin überein, daß sie den rechtswirksamen Abschluß gewisser Geschäfte gestattet, die sonst verboten sind;<sup>146</sup>) wieder andere Privilegien ertheilen ausschließliche Berechtigungen (Monopole, Alleinrechte) zu gewinnbringenden Unternehmungen,<sup>147</sup>)

rechtes entsprechend" ist, — so hält es zunächst nicht schwer, so manche Ausnahmsgesetze für Beamte (Straf-, Steuer-, Disciplinargesetze) nachzuweisen, und insofern müßte auch Pözl selbst die Privilegienqualität der Amtsverleihung anerkennen. Und daß die Verleihung der Ämter und die rechtliche Stellung der Beamten sich nach den Anforderungen des Staatsrechts zu gestalten hat, daß diesfalls gewisse allgemeine Grundsätze bestehen, kann an der Privilegienqualität der Verleihung wohl ebenso wenig ändern, als an der der Gewerbsprivilegien, die Pözl selbst (S. 375) als Privilegien anerkennt. Solche Privilegien bilden geradezu eine planmäßig gewollte und mit Bewußtsein eingeführte Art der Ergänzung und Vollziehung der staatlichen Ordnung. Gerber S. 478, Zöpsl XI S. 155. Vgl. auch H. Schütze Lehrb. d. deutschen Staatsr. 1881 S. 321. Streittig ist endlich die Frage, wie weit Würden, Titel, Adel u. dgl. auch außerhalb des Landes, in welchem sie erworben wurden, rechtliche Anerkennung zu finden haben. S. einerseits Glük II S. 4, andererseits Hufeland S. 231.

<sup>145</sup>) Z. B. Entlassung aus dem Staatsverband, soweit eine solche noch nöthig ist (Ges. v. 5. Dec. 1868 Nr. 151 §. 54, v. 13. Mai 1869 R. G. B. Nr. 68, Min. Erlaß v. 13. Mai 1877 Z. 5954, bei Keller Oestr. Justizgesetze I S. 339).

<sup>146</sup>) Einen der wichtigsten Fälle dieser Art bildet die Gestattung sonst verbotener Ehen durch Dispense, ferner die Verwandlung, Verschuldung, Auflösung eines Fideicommisses, b. G. B. §§. 634, 635, 644, Gesetz v. 13. Juni 1868 R. G. B. Nr. 61 §. 3; die Ausstellung und Ausgabe gewisser Papiere auf den Inhaber, die nur durch ein Gesetz bewilligt werden kann (Hofdecr. v. 17. Dec. 1847 Z. G. S. Nr. 1105, Dernburg I S. 44 Note 5), und das zuerst einzelnen Instituten, dann als ius singulare ganzen Gruppen solcher ertheilte Recht der Exemption von allgemein bestehenden Zinsbeschränkungen (vgl. z. B. Erl. v. 20. März 1856 Nr. 36 §. 2, Verordnung v. 28. October 1865 R. G. B. Nr. 110), ein Recht, das sich auch der Staat selbst bei Emission seiner Anleihen stillschweigend einzuräumen pflegte. Verwandt damit ist die im älteren Rechte vorkommende Confirmation letzter Willensordnungen durch kaiserl. Decret trotz defectus solennitatum, z. B. Suttinger S. 800 f.

<sup>147</sup>) Dahin gehören Gewerbs-, Eisenbahn-, Bergbauconcessionen, Baurechte, Industrieprivilegien u. s. w. (daß die Industrieprivilegien hieher gehören, darüber f. bef. Schmid S. 182; eine gute Consequenz aus der Ausschließlichkeit eines Industrieprivilegiums f. Sammlung XII. 5230, wo nur die Anwendung des §. 1304 b. G. B. kaum zu billigen sein möchte). Weil die heutigen Gewerbeordnungen allgemeine Regeln aufstellen, lehrt Gerber S. 479, die noch erforderlichen Gewerbsconcessionen seien nicht mehr Privilegien, „sondern nur Acte der Ausübung des gesetzlich angeordneten Prüfungsrechtes“, und so erwartet er auch das Verschwinden der Erfindungspatente, sobald der Schutz des Erfinderrechtes als ein an und für sich gebührender angesehen werden werde. Das beweist nichts, denn Gerber S. 483 erkennt an, daß auch Ertheilung von Privilegien Mittel des Gesetzvollzuges sein kann. — Die ältere Zeit ist sehr reich an Monopolen und es betonen unsere älteren Rechtsquellen diesen Begriff und namentlich die Exklusivität des Monopols (cf. Sonnenfels Grundzüge II S. 129 §. 110) oft und scharf. Vgl. z. B. Cod. austr. IV S. 420, wo das Salpeter- und Pulvermonopol dahin definiert wird, daß „alle diejenige, so . . . Saliter oder Pulver . . . bedürftig seynd, solche Nothdurft keineswegs mehr bei denen Saliter-Werkmeistern oder Pulvermachern, sondern bei unseren hierzu ausgezeichneten Zeughäusern oder denen gegen proportionirten Gewinn verlegenden Kauf- und Handelsleuten erhandeln und erkaufen mögen.“ Noch eingehender V S. 29, Punkt 2. Cod. austr. III S. 540 ff.: „... bewilliget, daß sothane Compagnie fünf Jahre lang allein, sonst aber während Zeit von dem Handelsstand Niemand . . . das Baumöl in unsere Erbkönigreiche und Lande bestellen und einführen . . . möge.“ Sehr oft wird die Exklusivität eines Privilegs dadurch ausgebrüht, daß von ihm gesagt wird, es sei ein privatives, eine „Privatgerechtigkeit“; vgl. z. B. Cod. austr. III S. 860, 939, IV S. 76—88, 376, 379, 415 f., 419, V S. 28, ff. 247, 277, 737 ff., 996, 1149, VI S. 1125, 1174, das der Z. G. S. vorgebrachte Druckerprivilegium, u. oft. Zuweilen wird neben der Verleihung privativer Rechte ausdrücklich hervorgehoben, daß mit ihnen auch gewisse andere nicht privative Rechte verliehen seien, z. B. Cod. austr. IV S. 422, V S. 243; auch hindert der Umstand, daß „das Pulver- und Salniterswesen auf gleiche Weise, wie das Tabakwesen als ein immediates uns zuständiges landesfürstliches Regale zu reserviren ist“, nicht im mindesten, daß zwei Kaufleute zum Handel mit dieser Waare privativ privilegiert werden (Cod. austr. V S. 276 f.), oder geradezu Ausnahmen von der Exklusivität für gewisse Fälle

geltend für ein halb enger, halb weiter abgestecktes Territorium, das möglicherweise selbst mit dem ganzen Staatsgebiet zusammenfallen kann,<sup>148)</sup> noch andere schaffen familienrechtliche Verhältnisse<sup>149)</sup> oder (meist erbrechtliche) Successionsrechte,<sup>150)</sup> die theils in ihrem Inhalt, theils und jedenfalls in ihrer Basis von den gemeinen abweichen, oder sie räumen Privaten Befugnisse ein, die sonst nur der Staatsgewalt zustehen;<sup>151)</sup> eine andere wichtige Gruppe erleichtert gewisse Rechtserwerbungen, oder dient der Erhaltung bestehender Rechte verschiedener Art oder erleichtert die Rechtsverfolgung und Rechtsdurchsetzung;<sup>152)</sup> eine weitere

gemacht werden: Cod. austr. V §. 606 (Lotto di Genova), VI §. 255, 1312 f., 1323, 1326 — Vgl. noch Postgesetz v. 5. November 1837 J. G. §. Nr. 240 §. 1: „Die dem Staate in Hinsicht auf Transporte von Sachen und Personen vorbehaltenen ausschließenden Rechte und die den Anstalten zur Ausübung dieser Rechte zustehenden Vorzüge und Auszeichnungen begründen das Postregale.“

<sup>148)</sup> Daß nach Gesetz v. 27. Juni 1878 R. G. B. Nr. 62 Art. XVI (ebenso auch früher, Gesetz v. 1820 §. 21), die in Oesterreich oder in Ungarn vorchriftsmäßig erwirkten Industrieprivilegien in beiden Ländergebieten Geltung haben, geht insofern nicht hinaus über die im Text bezeichnete Grenze, als die Ministerien beider Länder bei der Verleihung mitwirken und jedes derselben die Patenturkunde für das seiner Leitung unterstehende Ländergebiet abgefordert ausstellt.

<sup>149)</sup> Z. B. Eheconvalidation nach §. 88 b. G. B., Adoption §. 181 b. G. B. §. 257 ff., d. Pat. v. 9. Aug. 1854, Legitimation durch Begünstigung des Landesfürsten.

<sup>150)</sup> Bewilligung zur Errichtung eines Familienfideicommisses, b. G. B. §. 627, G. B. v. 13. Juni 1868 Nr. 61; daß darin ein Privilegium gelegen sei (dagegen Erber §. 480) kann für das österreichische Recht (und nicht erst seit dem Ges. von 1868) nicht wohl zweifelhaft sein. Unten Note 237 und Excursus II §. 170. — Aus älterer Zeit vgl. noch die Albertina constitutio zu Gunsten der Stadt Wien von 1381 im Cod. austr. II §. 473 f.

<sup>151)</sup> Z. B. Gewährung von Enteignungsrechten, §. 365 b. G. B., Dornburg I §. 44. Dieses Recht wurde insbesondere in den Eisenbahnconcessionsurkunden den Unternehmungen regelmäßig speciell (z. B. Erl. v. 23. Oct. 1868 Nr. 89, Gesetz v. 11. Jänner 1864 Nr. 5, v. 7. Aug. 1865 Nr. 60; nur selten ist davon nicht die Rede, z. B. in den Conc. Urk. v. 10. August 1872 Nr. 133 und 134) zugesprochen; seit dem Gesetze vom 18. Febr. 1878 R. G. B. Nr. 30 §. 1 steht es „jedem Eisenbahnunternehmen insofern zu, als die Gemeinnützigkeit des Unternehmens von der hiezu berufenen staatlichen Verwaltungsbehörde anerkannt ist.“ In älterer Zeit sind ferner sehr wichtig zahlreiche (nicht staatliche) Jurisdictionen, zuweilen verbunden mit Markrechten und anderen Begünstigungen (vgl. z. B. die Bezener Marktstatuten); insofern Banknoten als Geld rechtlich functioniren, kann man auch das Recht, Banknoten zu emittiren, hieher stellen. Geradezu privates Recht an öffentlichen Sachen gewährt die Conc. Urk. v. 9. März 1880 Nr. 41, indem sie (§. 3) der Unternehmung das Recht einräumt, die Eisenbahn theilweise auf der Reichsstraße zu führen; cf. Gesetz v. 25. März 1880 Nr. 56.

<sup>152)</sup> Manches hieher Gehörige tritt allerdings entweder von Anfang an als ius singulare auf oder ist dies im Laufe der Zeiten geworden. Vgl. z. B. die Erwerbsprivilegien der Kirche nach römischem und kanonischem Recht bei Rahl Die deutschen Amortisationsgesetze (1879) §. 28 ff.; ebenda §. 40 ff. die zur Erhaltung des gewonnenen Kirchenvermögens dienenden Begünstigungen; der Ausdruck der Reaction dagegen sind die Amortisationsgesetze, ebenda §. 39, 45 ff., (insbes. die österr.) 226 ff. — Vgl. ferner b. G. B. §§ 1441 i. f., 1456, 1457, 1472, 1485 (Begünstigungen des Staates), sodann die Vorzüge der Postanstalten im Postgesetz von 1837 cit. §§. 29 ff.; die Maßregeln zum Schutze des Eigenthums öffentlicher wissenschaftlicher oder Kunstsammlungen u. dgl. Erl. v. 16. Dec. 1858 Nr. 233; die Begünstigungen der nach den Directiven von 1844 eingerichteten Sparcassen (vereinfachte Realisirung von Pfandrechten), Verordn. v. 2. Febr. 1852 Nr. 42 und 28. Oct. 1865 Nr. 110, dazu Sammlung XIV. 6256 und 6330; Begünstigungen der Nationalbank rücksichtlich der Hypothekarereditgeschäfte (Beweiskraft der Bücher, was den Betrag einer in Execution zu ziehenden Forderung anbelangt, dazu auch Sammlung IX. 4108. rasche Execution, Recht die Versteigerungsbedingungen selbst dann zu entwerfen, wenn ein anderer Gläubiger Befriedigung aus einem ihr verpfändeten Gute sucht — dazu Sammlung VI. 3029, VII. 3509 — u. f. w.), Erl. v. 20. März 1856 Nr. 36 §. 2, 32; die Ausnahmen von den allg. bürgerl. Gesetzen zu Gunsten der Pester Commercialbank, Erl. v. 23. Juni 1860 Nr. 188; zu Gunsten der Pfandleihgesellschaft in Wien, Kundm. v. 24. Juni 1864 Nr. 56; zu Gunsten der Anglo-Oesterr. Bank, Kundm. v. 28. Juli 1864 Nr. 67; der Hypothekenbank in Böhmen, Kundm. v. 26. Dec. 1864 Nr. 99; Verordnung v. 28. Oct. 1865 R. G. B. Nr. 110, Sammlung II. 858, XVI. 6943 u. a. — Nur

gewährt Befreiung von gemeinen Lasten und Verpflichtungen<sup>153)</sup> oder gar von gerichtlicher Verfolgung und Bestrafung.<sup>154)</sup> Neben diesen Kategorien können aber noch andere aufgestellt werden und Fälle vorkommen, die ganz vereinzelt stehen. Keine Gesetzgebung kann, selbst wenn sie alle oder gewisse Privilegien verbietet, verhindern, daß dieses Verbot später dennoch unbeachtet bleibt, und die Individualität der Dinge kann die Nichtbeachtung solchen Verbotes geradezu fordern.<sup>155)</sup>

VI. Die Privilegien im subjectiven Sinne und ihre Verknüpfung mit dem privilegierten Subject. Das Privilegium im objectiven Sinne erzeugt das Privileg im subjectiven Sinne, d. h. seine Wirkung besteht insbesondere in der Hervorbringung eines concreten Rechtes, einer rechtlichen Möglichkeit, eines Rechtsvorthells oder Rechtsnachtheils,<sup>156)</sup> die, eben weil sie durch das Privilegium hervorgebracht sind, selbst mit dem Namen Privilegium (im subjectiven Sinne) bezeichnet werden.<sup>157)</sup> Wesen und Inhalt der so geschaffenen Rechte, Möglichkeiten, Vor- und Nachtheile ist kein anderer, als wie er sich auch bei jenen findet, die dem generellen Recht ihre Entstehung verdanken:<sup>158)</sup> „Das Privilegium kann das Recht ausschließen, negiren, fingiren, aber keine neuen Kategorien oder Gattungen von Rechten aufstellen“; <sup>159)</sup> wohl aber unterscheiden sich die subjectiven

Erleichterung der Nachweisung der Ehefähigkeit enthält auch die Nachsicht von Beitreibung des Lauscheines (nach Hofd. v. 22. Dec. 1826 Nr. 2241), nicht Schaffung einer nicht vorhandenen rechtlichen Fähigkeit.

<sup>157)</sup> Zoll- und Steuerfreiheit, Militär- und Quartierbefreiung, Exemption vom Gemeindeverband u. s. w., Gerber S. 478, andere Fälle bei Brinz a. a. D. Nr. 5. Vgl. z. B. über Brücken- und Mauthfreiheit Cod. austr. II S. 185, 322, III S. 69 ff., 99, 104 u. oft.

<sup>158)</sup> Brinz Nr. 7 St. Pr. D. §. 411. Wenn Bözl a. a. D. S. 373 auch der Begnadigung den Privilegialcharakter bestreitet, und in ihr nur eine Modification des Gesetzesvollzuges finden will, so muß auch dagegen bemerkt werden, daß sie das Gesetz vielmehr für den einzelnen Fall entweder gar nicht, oder nicht seinem wahren Inhalt nach zum Vollzug kommen läßt; sie hat, soweit sie reicht, den Effect, als bestebe das fragliche Gesetz für den Begnadigten überhaupt nicht. — St. G. G. über die Ausübung der Regierung- und Vollzugsgewalt, Art. 1: „Der Kaiser ist geheiligt, unverleßlich und unverantwortlich“, während allerdings das österr. Recht kein legitimus solvere im Sinne des röm. Rechtes hat — b. G. B. §. 20, 289. — Die „Unverleßlichkeit und Unverantwortlichkeit der Mitglieder des Reichsrathes und der Landtage“ (Ges. v. 3. Oct. 1861 Nr. 98) gehört, auch abgesehen davon, daß sie ein ius singulare enthält, nur zum kleineren Theil unter den im Text bezeichneten Gesichtspunkt.

<sup>155)</sup> Brinz S. 228 f.

<sup>156)</sup> Es ist sehr ungenau, wenn man rundweg lehrt (z. B. Gerber S. 470), es werde durch ein Privileg für ein bestimmtes Subject „eine Befugniß“ unmittelbar begründet; es ist weitaus nicht immer ein concretes Recht, das dadurch für den Privilegirten entsteht. Windscheid §. 135.

<sup>157)</sup> „Gerade weil aber hier die Rechtsregel mit dem von ihr normirten Rechtsverhältniß sich deckt, hat man das Wort auch auf das subj. Recht angewendet.“ Laband S. 2. Der wahre Grund ist das wohl nicht, denn man nennt ebenso die auf dem ius comm. und sing. im obj. Sinne beruhenden subj. Rechte iura communia und singularia im subj. Sinne, (die letzteren ebenfalls Privilegien im weiteren Sinne), und doch bedeuten sich da Rechtsregel und Verhältniß nicht. Vgl. Böcking Instit I S. 331.

<sup>158)</sup> Es wird schwerlich ein Privilegium zu finden sein, dem nicht ein ganz ähnliches Recht an die Seite gestellt werden könnte, das durch ius singulare (oder gar durch ius commune) entweder wirklich entstanden ist oder entstanden sein könnte. Immerhin aber bleibt zu beachten, daß es zu jeder Zeit eine Reihe von Rechten und rechtlichen Lagen gibt, die factisch nicht anders, als durch Privileg neu zu entstehen pflegen. Soweit ist es richtig, daß sich Privilegienrechte auch in ihrem Inhalt (Wächter Band. I S. 189) von anderen Rechten unterscheiden. (Viel weiter geht Gerber System §. 67. Auch die Sub. B. v. 24. Februar 1790 in (Kropatschek) Sammlung I S. 30 Nr. 3 scheint Jagd- und Fischereierechtigkeiten nur als Privilegialrechte zu denken). Beispiele auch dafür sind in der obigen Aufzählung leicht zu finden.

<sup>159)</sup> Brinz S. 223.

Privilegien von ähnlichen auf dem generellen Recht beruhenden Rechten u. s. w. durch ihre Entstehung; die Entstehung der iura communia und singularia im subjectiven Sinne ist nicht schon mit dem Vorhandensein des Rechtsfages vollzogen, sondern knüpft sich erst an den von dem Rechtsfage bezeichneten juristischen Thatbestand, das Privilegialrecht dagegen — so gewiß auch dieses gar oft nur unter Voraussetzung eines gewissen Thatbestandes gegeben sein kann<sup>160)</sup> und gar oft nur beim Vorhandensein eines gewissen Thatbestandes Anwendung zu finden hat,<sup>161)</sup> — entsteht unmittelbar aus dem es gewährenden Privileg, lediglich aus dem Verleihungsact des privilegirenden Organs. Und zwar besteht das Privilegialrecht für den Privilegirten schon dadurch, daß es ihm ertheilt ist<sup>162)</sup> —

<sup>160)</sup> Soweit über die Verleihung gewisser Gruppen von Privilegien allgemeine Normen bestehen, pflegen letztere (z. B. §. 252 b. G. B., die Patent- oder Vereinsgesetze) diese Voraussetzungen zu bezeichnen. Insoweit man mit uns davon ausgeht, daß auch Privilegien nie nach Willkür verliehen werden sollten, sondern immer nur da, wo es durch die Gerechtigkeit geboten erscheint, kann man freilich auch sagen, daß jedes Privilegium nur beim Vorhandensein eines gewissen, dasselbe rechtfertigenden Thatbestandes verliehen werden sollte. Allein nicht nur hängt die Verleihung der Frage, ob von diesem Thatbestand nichts fehle, großentheils (oft ganz und gar) von dem freiesten Ermessen des Verleihenden ab, sondern — und das ist noch wichtiger — selbst da, wo eine allgemeine Norm besteht, welche gewisse Voraussetzungen der Privilegialverleihung bezeichnet, ist damit, daß der von der allgemeinen Norm vorbezeichnete Thatbestand, sei es auch noch so vollständig, vorliegt, das Privilegialrecht noch durchaus nicht erworben, sondern dieses kann erst entstehen durch die Verleihung des Privilegiums selbst. — Das Joseph. G. B. I §. 16 enthielt noch die Bestimmung: „Alle von dem Landesfürsten ertheilten Begünstigungen enthalten das Bedingniß in sich, wenn sich die Sache angebrachter Massen verhält. Wenn sich daher nach der Hand zeigte, daß Begünstigungen durch unwahrhaftes Anbringen, Verschweigung der Wahrheit oder arglistiger Weise erschlichen worden, soll der Fall dem Landesfürsten jedes Mal zur Abänderung der Entschließung angezeigt werden.“ Noch allgemeiner das westgal. G. B. I §. 51: „Privilegien, welche durch ein falsches Vorgeben, durch Verhehlung und Verdrehung der Wahrheit erschlichen worden sind . . . sind von keiner rechtlichen Kraft.“ Aehnlich sagte die Revisionscommission in §. 39 ihres Entw. (11. April 1796): sie „könnten nie als ertheilt angesehen werden und daher auch keine Wirkung haben.“ Die jetzige Gesetzgebung hat nirgends einen derartigen Satz in gleicher Allgemeinheit ausgesprochen. Vgl. auch Schmid S. 177. Doch hat sie die gleiche Bestimmung für Industrieprivilegien in ganz bestimmter Ausprägung (Ind. Priv. Ges. §. 29. I a) und überhaupt kann ein Privileg selbst gewisse Voraussetzungen bezeichnen, bei deren Vorliegen es nach seinem eigenen Inhalt als nicht verliehen angesehen werden soll. (Nichtigkeit, entspringend aus einem Grundgebrechen: Kleinschrod a. a. O. S. 70.) In vielen Fällen jedoch wird die Vernichtung des Privilegs, möchte immerhin der bezeichnete Grund vorliegen, unter einen anderen Gesichtspunkt gestellt, der genau genommen nur da paßt, wo es sich um Beseitigung des Privilegs auf Grund später eingetretener Thatsachen handelt, nämlich unter den der Aufhebung, des Verfalls, des Verlustes desselben; so würde ein Verein, der seine Concessionirung oder Anerkennung erschlichen hätte, wohl nur aufgelöst, ein Beamter, der seine Anstellung durch falsche Zeugnisse erschlichen hätte, entlassen werden u. s. w. Vgl. auch die Fälle des Gewerbsverlustes im Pat. v. 20. December 1859 (R. G. B. Nr. 277) §. 60: „zurückgenommen“. In dem Falle der Sammlung X. 4612 wurde (u. S. nicht mit Recht) unter diesen Gesichtspunkt auch die Rückgängigmachung einer venia aetatis gebracht, die gegen die klare Vorschrift des Gesetzes einem Minderjährigen ertheilt worden war, der das 20. Lebensjahr noch nicht vollendet hatte, und so die Nichtigkeitsklärung eines nachtheiligen Vertrages, der vor dem Widerruf der venia aetatis geschlossen worden war, verweigert. Diese Entscheidung wurde hauptsächlich — die anderen Gründe sind gewiß nicht ausschlaggebend — damit begründet, daß das widerrufende Decret nicht zu rückwirken könne. Freilich ist aus dem mitgetheilten Thatbestand nicht zu entnehmen, ob die Großjährigkeitsklärung durch ein unwahres Vorbringen erschlichen war. — Daß endlich da, wo gegen die Verleihung eines Privilegs im Instanzenzuge Abhilfe gesucht werden kann, das Privileg überhaupt nicht giltig ertheilt wurde, wenn die höhere Instanz es mit Rücksicht auf falsches Vorgeben, durch welche die Entscheidung erster Instanz erschlichen wurde, verweigert, braucht wohl kaum bemerkt zu werden.

<sup>161)</sup> Man denke z. B. an die dem Fiscus zukommende Begünstigung der längeren Erzkungs- und Verjährungszeit u. dgl.

<sup>162)</sup> Hierin liegt ein weiterer, für Manche vielleicht der gewichtigste Grund, der sie

auch ohne daß eine Publication statt gefunden hätte; soll dasselbe jedoch auch die Handlungsweise Dritter beeinflussen, dann ist allerdings auch eine Publication erforderlich, mit der sich auch noch eine Insinuation an die betheiligten Dritten verbinden oder die durch eine solche Insinuation ersetzt werden kann.<sup>163)</sup> Damit hat dann das individuelle Verhältniß, dem das Privileg gilt, wofern das letztere nicht insbesondere sein Wirksamwerden von dem Vorhandensein weiterer Voraussetzungen ausdrücklich oder stillschweigend abhängig macht, seine concrete rechtliche Gestalt gefunden.

Wie aber die Verknüpfung der verschiedenen subjectiven Rechte mit ihrem Subjecte nicht immer die nämliche ist, so kann auch ein Privilegium im subjectiven Sinne, obwohl es immer zu Gunsten oder zu Lasten „einzelner Personen oder auch ganzer Körper“ ertheilt wird, sich mit diesen in sehr verschiedener Art verbinden.<sup>164)</sup> Insbesondere ist es keineswegs wesentlich, daß in dem Privileg selbst die begünstigte (benachtheiligte) Person individuell bezeichnet sei; auch wenn es keine Person, sondern eine Sache oder ein Rechtsverhältniß als begünstigt nennt, ist doch immer eine Person die privilegierte, nur ist sie bezeichnet durch die Sache oder das Rechtsverhältniß, — diese bilden das Medium der Verknüpfung des Privilegialrechtes mit der Person, ganz so, wie auch *iura communia* oft genug erst durch eben solche Medien mit der berechtigten Person verbunden werden.<sup>165)</sup>

Am häufigsten nennt übrigens das Privilegium selbst die Person, der es verliehen wird,<sup>166)</sup> wie auch singuläres Recht am häufigsten für eine Classe von Personen (Minderjährige, Frauen u. s. w.) bestimmt ist (*privilegia, beneficia personae*). Der Versuch, allgemeine Regeln darüber aufzustellen, inwieferne der Privilegialvorthheil vererbt, legirt, durch Geschäfte unter Lebenden auf Andere übertragen werden oder ihnen der Ausübung nach überlassen werden könne, mußte mißlingen; diese Fragen können nicht allgemein für alle persönlichen Beneficien und Privilegien gelöst werden,<sup>167)</sup> sondern müssen beantwortet werden

bestimmt, in der Verleihung eines Privilegiums nicht die Aufstellung eines Rechtsatzes, sondern nur einen Rechtsact, eine Art Rechtsgeschäft zu erblicken.

<sup>163)</sup> Vgl. Note 79; Holzschuber I S. 154, Schulte Lehrb. d. Kirchenr. S. 111 S. 409. Insinuationen kamen und kommen besonders da vor, wo eine allgemeine Kundmachung nicht erfolgt. Hufeland S. 227 f.; z. B. Insinuation der Privilegien gegen Nachdruck an die mit Büchern Handelnden: Pütter S. 182 f. Kundmachung von Amts-ernennungen durch die Amtsblätter verbunden mit Insinuation der Ernennung an den Amtsvorstand. Betreffend die Industrieprivilegien vgl. insbes. das Ges. v. 1852 S. 26: „Jedes ausschließende Privilegium beginnt von dem Tage der Ausfertigung der Privilegiumsurkunde.“ §. 31 ff.: Eintragung im Privilegienregister; §. 39: Sofortige Wirksamkeit gegen Dritte, so daß schon der erste Eingriff Confiscation und Strafe nach sich ziehen kann, wenn die Beschreibung der Entdeckung, Erfindung oder Verbesserung nicht geheim gehalten wurde; im Gegenfalle Begründung einer Gesekübertretung erst durch eine Wiederholung des bereits unterfagten Eingriffs. Darum sagt Starba S. 137, das Privilegium werde erst durch die Kundmachung zu einem ausschließlichen.

<sup>164)</sup> Vgl. namentlich Wächter Württ. Pr. R. II S. 50 S. 330 ff.

<sup>165)</sup> Es ist denn auch verhältnißmäßig sehr Weniges zu bemerken, was dieser Verbindung der Privilegialrechte (im engeren und weiteren Sinne) mit der betreffenden Person eigenthümlich wäre. Doch nöthigt allerdings der Stand der Lehre in der Wissenschaft, derselben eine kurze Darstellung zu widmen. Die ältere Theorie, überall von dem Gedanken beeinflusst, daß von der Auslegung der Privilegien allerlei Besonderes gelte, hat mehrfach durchgreifende, eigenthümliche Regeln aufgestellt, wo entweder gar nichts den Privilegien Eigenthümliches zu sagen ist, oder die Entscheidung nur für den concreten Fall zu finden ist; und das Schwergewicht dieser älteren Doctrin wirkt auch heutzutage noch einigermaßen nach.

<sup>166)</sup> S. z. B. die Eisenbahnconcessionen.

<sup>167)</sup> Bei Lauterbach, Leyser und vielen älteren Schriftstellern finden wir aus dem in Note 165 a. E. angegebenen Grunde theils sehr eingehende Casuistik, theils Untersuchungen sehr unpassend gestellter allgemeiner Fragen; so meint z. B. Leyser a. a. O. Nr. 1 ff., ein einer Universität verliehenes Privilegium berechtige jedes Mitglied derselben

aus den für das einzelne Privilezialrecht, bezw. für die einzelne Gruppe von Privilezialrechten vorliegenden Bestimmungen, die sich ja darüber oft eingehend genug aussprechen; <sup>165)</sup> fehlt es an solchen Bestimmungen, dann ist die zweifelhafteste Frage mit eben jenen Hilfsmitteln und nach eben denselben Grundsätzen zu untersuchen, die uns überhaupt bei Lösung zweifelhafter Fragen auf dem Rechtsgebiet zu Diensten stehen, bezw. maßgebend sind. Ost wird so der Zweifel spielend zu beseitigen sein. <sup>169)</sup> In letzter Linie wird man daran festhalten müssen, daß, wo ein anderes Resultat nicht insbesondere gerechtfertigt werden kann, ein persönliches Privilegium als ein höchst persönliches anzusehen sei. <sup>170)</sup>

Nicht selten treten Privilezialrechte (oder *iura singularia*) als Realrechte auf; das Recht oder die Befreiung steht dem jeweiligen Eigenthümer einer

zur Klage; er meint ferner, es könne jedes persönliche Privilegium verpachtet werden u. dgl. Vgl. auch Kreittmayer I S. 100.

<sup>168)</sup> Die Privilegien der älteren Zeit thun dies meistens; vgl. z. B. Cod. austr. V S. 717; Lotterierprivilegium v. 1751 (Cod. austr. V S. 607; daselbe war der Hauptsache nach ein persönliches, dem Impresario Octavio v. Catalbi verliehen, derselbe aber berechtigt, es auch „jemand Anderen ganz oder stückweise“ zu cediren oder zu überlassen). Nach dem Hofd. v. 29. November 1790 J. G. S. Nr. 87 erstreckte sich das privilegierte Forum der Eltern auf deren volljährige Kinder, so lange sie in der Eltern Brod standen, ebenso nach der letzteren Hinzuschieben und nach erlangter Majorität noch für die Dauer von 10 Jahren, wofern die Kinder nicht vorher den Stand änderten; auf die Kinder dagegen, die wahnsinnig oder wegen Verschwendung interdicirt waren, ohne zeitliche Schranke. Ueber den alten Unterschied der reinen Personalgewerbe, der übertragbaren und radicirten Gewerbe vgl. bes. die Hofd. v. 7. November 1793 Nr. 133, 20. Februar 1795 Nr. 219, 7. Jänner 1825 J. G. S. Nr. 2063. Befugnisse zur Pulvererzeugung (Verordnung vom 31. März 1853 Nr. 91 §. 5, 6) können nicht vererbt, verpfändet oder sonst übertragen werden, doch kann unter Umständen der Erbe neu privilegiert werden. (Industrie-) Privilegien waren schon nach dem Hofd. v. 1810 Punkt 2 dem Privilegirten und Jenem gegeben, der sich mit ihm abfindet, und Punkt 5 bezeichnet sie als veräußerlich und vererblich; zugleich hebt er hervor, daß der Anspruch des Erfinders auf Privilegierung ebenfalls übertragbar sei. Weil dieses Gesetz nicht bestimmt sagt, wieweit seine Regeln nur von Industrieprivilegien gelten, will Schuster Comm. S. 212 der Regel nach alle Privilegien auch auf die Erben übergehen lassen; dafür beruft er sich auch auf §. 918 b. G. B., was freilich, da er ja sehr entschieden betont, daß alle Privilegien Gesetze seien, einen etwas wunderlichen Eindruck macht; nicht anders seine Behauptung, es werde jedes Privilegium entgeltlich ertheilt. Als ob es entgeltlich gegebene Gesetze geben könnten! Gegen Schuster s. schon Nippel I S. 113. Ueber das jetzt diesfalls geltende Recht vgl. Gesetz v. 1852 §§. 22, 35 ff.

<sup>169)</sup> Persönliche Fähigkeiten oder Auszeichnungen (Adel, Titel, *venia aetatis* u. dgl.) werden selbstverständlich nicht übertragbar sein (vgl. auch oben Note 144); aber es versteht sich auch von selbst, daß persönliche Privilegien für Alle gelten, denen sie entweder nach ausdrücklicher Erklärung oder nach ihrer Natur zustehen sollen; demnach ist es keine ungebührliche Ausdehnung, wenn der vom ehelichen Vater erworbene Adel sich auch auf die Kinder erstreckt (b. G. B. §. 146; und gewisse Auszeichnungen des Mannes auch der Frau zu Guten kommen. Kreittmayer S. 98, Huseland S. 233 ff.). Dagegen ist eine translativie Ersthung von Industrieprivilegien nicht zulässig; arg. a contr. der am Ende der vorigen Note cit. Gesetzesstellen; so schon Wessely in Wagner's Ztschr. 1830 III S. 210, Skarda S. 194, Unger II S. 316 f. Note 9.

<sup>170)</sup> Vgl. schon Cod. austr. IV S. 195 (1. Juni 1724): „... künftighin aber auf dergleichen eigenmächtige Transferrirung der landesfürstlichen Privilegien, als welche *mere personalia* seyn, nicht reflectiret werden...“ So erklärt auch die Verordnung v. 10. April 1807 J. G. S. Nr. 807 Fabriksbefugnisse für persönliche Rechte, die keineswegs mit dem Ererbe des Fabriksgebäudes und seiner Einrichtung auf den Erwerber dieser Sachen übergehen. In der älteren Zeit zumal liebte man es, bei dem Uebergang von Fabriken u. dgl., selbst wo dies rechtlich nicht unerlässlich gewesen wäre, eine Erneuerung (und womöglich zugleich eine Erweiterung) des Privilegs zu erwirken; vgl. z. B. Cod. austr. IV S. 225 ff., V S. 243 ff. Aus neuester Zeit vgl. etwas Ähnliches in der Kundm. v. 21. December 1879 R. G. B. Nr. 149. — Bei Uebertragung von Industrieprivilegien erfolgt Eintragung in das Register und Bestätigung auf der Privilegiumsurkunde selbst; im Falle nur theilweiser Uebertragung wird noch ein besonderes Certificat darüber ausgestellt. Ges. v. 1852 §. 36.

bestimmten Sache zu (*privilegia rei*);<sup>171)</sup> sie erscheinen also insofern als rechtliche Qualitäten der Sache, daß sie — gleich dem normal entstandenen Recht der Real-servitut — ohne die Sache nie, mit ihr immer und nothwendig übertragen werden.<sup>172)</sup> Doch kann es kommen, daß die Ausübung des mit der Sache verbundenen Rechtes<sup>173)</sup> nur einem solchen Eigenthümer gestattet ist, in dessen Person gewisse Qualitäten vorhanden sind; fehlen dieselben einem Eigenthümer, so ruht — wofür nicht Ausübung durch einen entsprechend qualificirten Stellvertreter erlaubt ist<sup>174)</sup> — das Recht so lange, bis diese Qualitäten sich wieder in der Person eines Eigenthümers vorfinden, — lauter Erscheinungen, die den Privilegial-rechten durchaus nicht eigenthümlich sind.<sup>175)</sup>

Wie an das Eigenthum einer Sache, so kann sich ein singuläres oder Privilegialrecht auch an ein anderes Rechtsverhältniß in dem Sinne anknüpfen, daß der jeweilige Träger<sup>176)</sup> dieses Verhältnisses auch Subject des fraglichen Sonder- oder Privilegialrechtes sein soll (*privilegia causae*)<sup>177)</sup>. Auch hier aber ist es sehr wohl möglich, daß die Begünstigung des Verhältnisses gleichwohl aus Rücksicht auf die Person oder besondere persönliche Eigenschaften des Begründers desselben stattfindet;<sup>178)</sup> trotzdem ist im Zweifel daran festzuhalten, daß, wenigstens soweit das Verhältniß durch die Begünstigung bereits modificirt ist, dieselbe auch dem späteren Träger des Verhältnisses zu Statten komme.<sup>179)</sup>

<sup>171)</sup> Vgl. z. B. Freiheiten der (zahlreichen) Freihäuser in Wien, Cod. austr. I §. 379 ff., II. §. 192; Freiheiten eines ständischen Landhauses, ebenda I §. 733 ff. Steuerfreiheit eines einzelnen Hauses oder ganzer Kategorien von solchen, z. B. aller Neubauten, die bis zu einem gewissen Zeitpunkt bewohnbar hergestellt oder zu einer gewissen Höhe aufgeführt sind. Erlaß v. 10. Jänner 1849 R. G. B. Nr. 80 C. B., Ges. vom 14. November 1867 Nr. 137, 3. März 1868 Nr. 16, 25. März 1880 R. G. B. Nr. 39, u. a.

<sup>172)</sup> Sammlung III. 1183, VII. 3637, XII. 5256.

<sup>173)</sup> Z. B. einer radicirten Apothekergerechtigkeit.

<sup>174)</sup> Wie z. B. im Falle der vorigen Note.

<sup>175)</sup> So ruht z. B. die Ausübung des (dinglichen) kirchlichen Patronatsrechtes, gleichviel wie es entstanden sein mag, darum und insolange, als der Eigenthümer des Gutes einer Confession angehört, die ihn der Uebung dieses Rechtes unfähig erscheinen läßt. Kaisr. B. v. 18. Februar 1860 Nr. 45. Budwinsky Sammlung I. 4.

<sup>176)</sup> Oder auch die mehreren, durch Erbgang oder sonstwie in das Verhältniß getretenen Träger desselben. Schlayer S. 61.

<sup>177)</sup> Eines der wichtigsten Privilegien dieser Art lag in der Zeit der Zinstaxen in der vom Staat sich selbst zugestandenen Emission von Inhaberpapieren mit Zinsen, die den sonst erlaubten höchsten Zinsfuß überstiegen. Die jeweiligen Inhaber dieser Papiere, die betreffenden Gläubiger, waren durch ihre Gläubigerschaft zugleich mit dem Privileg ausgestattet. Weitans die meisten Begünstigungen dieser Art sind indessen *iura singularia*. Vgl. z. B. die Begünstigungen „ständischer Creditpapiere“ v. 1. August 1761, Cod. austr. VI §. 162 ff. Sehr zahlreiche Objecte sind dem Zugriff der Gläubiger (Verbot, Cession) gänzlich entzogen (z. B. Almosenelder aus dem Armen- und Stiftungsfonde ertheilt, Hofb. v. 5. Juli 1784, J. G. S. Nr. 313) oder nur unter Einschränkungen zugänglich (z. B. gewisse Einkommensbestandtheile der activen Beamten und Pensionisten). Das Hofdecret v. 15. Jänner 1801 Nr. 515 befreite fromme Vermächtnisse von der sogen. Sterbtaxe. Von besonderer Wichtigkeit ist hier die Rangordnung der Ansprüche im Concurse, die übrigens auch *iura sing. obsolet* Inhalts umfaßt: C. D. §§. 26 ff.

<sup>178)</sup> Dahin gehört es z. B., daß die Pensionen der Mitglieder des Maria-Theresien-Ordens und ihrer Angehörigen, sowie die mit der Tapferkeitsmedaille verbundenen Bezüge von der Einkommensteuer befreit sind (B. v. 23. Februar 1851 Nr. 50, v. 12. Mai 1851 R. G. B. Nr. 129), dahin die Begünstigung des rickständigen Lieb- und Arbeitslohnes, der Forderungen der Aerzte u. s. w. im Concurse: C. D. §. 43. Wächter Württemb. Pr. R. II §. 333.

<sup>179)</sup> Der Zweck der Begünstigung kann sehr wohl auch dahin gehen, dem Träger des Verhältnisses auch die bestmögliche Verwerthung seines Rechtes durch Veräußerung zu erleichtern. Dieser Zweck würde durch eine andere, als die im Text angegebene Behandlung bereitet. Das Nähere gehört in die Lehre von der Cession. Vgl. Unger I §. 584 f. und bef. Note 19.

Im einzelnen kommt indessen auch hier das Meiste auf die speciell getroffenen Bestimmungen<sup>180)</sup> und die Natur der fraglichen Begünstigung an.

In vorstehender Schilderung ist schon enthalten, daß die Verbindung des Privilegialrechtes mit der Person auch noch weitere Voraussetzungen haben kann, als das bloße Vorhandensein der Person, die Eigenthümerschaft an der Sache, die Trägerschaft des vermittelnden Verhältnisses. Es ist daher überflüssig, neben priv. (beneficia) personae, rei, causae noch eine vierte Gruppe, sogen. privilegia mixta<sup>181)</sup> aufzustellen, obwohl zugegeben ist, daß es unter Umständen wohl zweifelhaft sein kann, ob man es mit einem übertragbaren persönlichen oder mit einem an ein Verhältniß geknüpften Privileg zu thun habe.<sup>182)</sup>

VII. Gleich- und Sonderstellung der Privilegialrechte gegenüber anderen Rechten von gleichem Inhalt. Je nach dem Inhalt des ertheilten Privilegs (oben Nr. V) kann auch das dadurch entstandene subjective Recht sehr verschiedenen Classen des öffentlichen,<sup>183)</sup> wie des Privatrechtes angehören; darum, weil es ein Privilegialrecht (Fähigkeit u. s. w.) ist, hat es noch keinen eigenthümlichen Inhalt, vielmehr ist davon auszugehen, daß die durch ein Privilegium geschaffene Rechtsstellung, soweit nicht in einzelnen Beziehungen Modificationen vorgeschrieben sind,<sup>184)</sup> rechtlich ebenso zu behandeln ist, als wäre die nämliche Rechtsstellung nicht durch das Privileg, sondern auf gewöhnlichem Wege (Vorhandensein des von einer generellen Norm vorausgesetzten Thatbestandes) entstanden. M. a. W.: Das, was jedes Privilegialrecht von einem anderen Rechte gleichen Inhaltes unterscheidet, ist wesentlich nur die Art seiner Entstehung; diesfalls muß unerläßlich ein Unterschied zwischen beiden da sein; ob ein solcher auch in anderen Beziehungen besteht, darüber gibt es wieder keine durchgreifende Regel, immerhin aber sagt das b. G. B. selbst, daß Privilegien, soweit nicht insbesondere etwas Abweichendes bestimmt ist, „gleich den übrigen Rechten zu beurtheilen sind,“ d. h. daß der Regel nach jedes Privilegialrecht den nämlichen Sätzen unterworfen ist, denen es unterworfen wäre, wenn ein Recht vollkommen gleichen Inhalts nicht durch Privilegialsetzung, sondern auf dem normalen Wege

<sup>180)</sup> Vgl. z. B. den in Note 178 cit. §. 43 C. D.

<sup>181)</sup> Der Begriff ist schon von mehreren unter den Neueren (z. B. Böpf I S. 154, Dernburg I S. 43 f., welcher überhaupt nur persönliche und subjectiv-dingliche [Joseph. G. W. I §. 18: persönliche und sächliche] Privilegien unterscheiden will, ebenso Brinz S. 231: „an der Identität der privilegia rei und causae darf man nicht zweifeln...“) aufgegeben. Bei den Älteren, und jenen Neueren, die daran festhalten, ist sehr bestritten, was darunter zu verstehen sei; vgl. z. B. Leyser spec. XI Nr. II pag. 117, der an ein persönliches Privileg denkt, welches jedoch ad certum praedium restrictum sei, z. B. ein persönliches Braurecht auf einem bestimmten Gute, und davon lehrt, daß dieses Braurecht durch Veräußerung des Gutes nicht aufgehoben werde, sondern nur zeitweilig ruhe. Ihm steht am nächsten Huseland, welcher (S. 253) jene Befreiungen gemischt nennt, welche Grundstücken auf jene Zeitdauer gegeben werden, während deren sie im Besitze gewisser Personen, z. B. einer bestimmten Familie sind. Andere, z. B. Wächter Würt. Pr. R. S. 335, nennen gemischte Privilegien jene priv. rei, deren Ausübung durch gewisse persönliche Qualitäten des Eigenthümers bedingt ist u. dgl. S. die folgende Note.

<sup>182)</sup> Vgl. z. B. das Note 168 citirte Lotteriepivilegium (und dessen Erneuerung vom 16. Jänner 1762, Cod. austr. VI S. 255 f. Punkt 5), von welchem bestimmt ist: „In diesem privilegirten Werke und was dahin einschlägt (und dessen war nicht wenig) soll kein anderes Gericht, als der jedes Orts aufgestellte consensus in causis principis et commissorum einige Ingerenz oder Judicatur haben.“ Aus dem im Text angegebenen Grunde mögen wohl auch viele Ältere jene Privilegien mixta genannt haben, welche einer Person dergestalt ertheilt waren, daß sie zugleich auf die Erben überzugehen hatten. Vgl. bei Glück I S. 571.

<sup>183)</sup> Eschuster Comm. S. 204 scheint freilich jedes Privilegialrecht, „welches ein Privilegirter gegen das übrige Volk bereits erworben hat,“ für ein reines Privatrecht gehalten zu haben. Vielleicht ist aber, was er sagen wollte, nur ungenau ausgedrückt.

<sup>184)</sup> Vgl. z. B. b. G. B. §. 88, 162.

entstanden wäre. Und so kann denn auch nicht zweifelhaft sein, daß im Allgemeinen, wer eine Ehe nach erlangter Dispensation eingeht, damit genau das nämliche und den nämlichen Rechtsätzen unterliegende Rechtsverhältniß geschaffen hat, wie wenn er eine gültige Ehe geschlossen hätte, ohne einer Dispensation überhaupt zu bedürfen; ebenso ist die Handlungsfähigkeit desjenigen, der *veniam aetatis* erlangt hat, nach österreichischem Recht genau die nämliche,<sup>155)</sup> wie jene dessen, der durch Vollendung des 24. Lebensjahres die Großjährigkeit erlangte, die Fähigkeit dessen, der von der Ablegung einer zur Erlangung eines Amtes vorgeschriebenen Prüfung dispensirt wurde, dieselbe wie desjenigen, der die Prüfung mit Erfolg abgelegt hat; und so ist auch die rechtliche Stellung des in seinem Autorrecht durch Privileg Geschützten wesentlich derjenigen gleich, die durch die Anerkennung des Autorrechts in einem allgemeinen Rechtsatz geschaffen wird.<sup>156)</sup>

Das Princip der regelmäßigen Gleichstellung der Privilegialrechte mit anderen Rechten gleichen Inhalts, ein Princip, das in der heutigen Doctrin kaum noch auf Widerspruch stößt,<sup>157)</sup> haben für die österreichische Gesetzgebung zuerst die letzten Redactoren ausgesprochen, und wie es scheinen will, auch diese noch kaum mit ganz klarem Bewußtsein von dessen Tragweite. Der älteren Doctrin<sup>158)</sup> war dieses Princip fremd; ihr waren Privilegialrechte Rechte von ganz spezifischem Inhalt, die demnach auch eigenthümlicher rechtlicher Behandlung unterliegen sollten; jede ausdehnende Interpretation des Privilegs sollte unzulässig sein;<sup>159)</sup> das Recht selbst sollte ein Vertragsrecht sein und seinen rechtlichen Schutz durch die *actio confessoria* finden; die wichtigste Eigenthümlichkeit der Privilegien aber sollte darin bestehen, daß sie gewissen eigenthümlichen Erlöschungs-

<sup>155)</sup> Die bekannte Modification des röm. R., betreffend die Veräußerung von Immobilien, gilt bei uns nicht. Gleichwohl stellt auch nach österr. Recht die Ertheilung der *venia aetatis* nicht in jeder Beziehung jene Rechtslage her, die durch die Erreichung der physischen Großjährigkeit gewonnen wird. Verfügungen dritter Personen, die auf die Vollendung des 24. Jahres abgestellt sind (Testamentarische Verfügung, der Erbe solle erst nach erreichter Großjährigkeit über ein Nachlassstück verfügen dürfen, Substitution einer Stiftung auf den Fall, als der Insitut vor erreichter Großjährigkeit stirbe, Sammlung VII 3254, IX 4321), bleiben unberührt. Das aber steht mit dem Satze des Textes keineswegs im Widerspruch.

<sup>156)</sup> Die zuletzt in Parallele gestellten Fälle kommen auch darin überein, daß in beiden, nur in verschiedenen Formen, ausschließende Verhältnisse geschaffen werden. Schäffe S. 95.

<sup>157)</sup> Vgl. bes. Unger I S. 596. Die älteren österr. Juristen, z. B. Schuster S. 198, betonten nur, zusehende Privilegien seien in Ansehung der Mitbürger ebenjogut Rechte, als wären sie anderweitig erworben. Das Princip in seinem ganzen Umfang kommt bei ihnen nicht zum Bewußtsein.

<sup>158)</sup> Vgl. über sie Unger I S. 593. Schlayer S. 76 ff.

<sup>159)</sup> Consequent mußte man auch Einschränkung des Privilegialrechtes postulieren, wie denn auch in der Revisionscommission alle Stimmen einig waren, daß Privilegien nur nach dem buchstäblichen Wortverstand ausgelegt und nicht ausgedehnt werden dürften. In der Literatur war man weniger einig. Rücksichtlich der (gebüßigen) Monopole hielt man an der strengsten Interpretation fest, leugnete ihre Ausschließlichkeit oder suchte diese einzuschränken (z. B. dahin, daß das Monopol nicht über die Stadtmauer hinauswirke), und stellte die Regel auf, der Verleihende dürfe im Zweifel, selbst wenn der Privilegirte davon Nachtheil habe, demnach später einem Anderen ein gleiches Recht verleihen; vgl. z. B. *Leyser spec. X Nr. IV—VII*. Gewisse andere Privilegien dagegen war man geneigt, auf das Weiteste auszulagen, inbes. jene, die nur zum Nachtheil des Gewährenden ausfingen; so wurden Bewilligungen von „Holz“ aus einem Walde unbedenklich nicht nur auf Brenn-, sondern auch auf Bauholz bezogen, Befreiungen von „allen Landesbeschwerden“ auch von einer erst später eingeführten Consumtionsaccise verstanden. *Leyser l. c. Nr. III*. *Schilter prax. iur. rom.* (Frankfurt und Leipzig 1713) p. 9 col. 1 geht davon aus, man müsse ein kaiserliches Benefiz „*quam plenissime*“ interpretiren: „*ad principis enim maiestatem pertinet, ut liberalissimus existimetur.*“ Dagegen müsse man *strictissime* interpretiren, „*quotiens cum caeterorum incommodo unius alteriusve immunitas est conjuncta.*“ Ähnlich auch *Project des corp. iur. Frid. I. 1. §. 23*.

gründen zugänglich sein sollten; dazu kam noch eine mehr oder weniger verwickelte Lehre von der Collision der (besonderen Rechte und) Privilegien. Die Spuren dieser Doctrin sind unverkennbar noch im Hof. G. B., in den Beratungen der Revisionshofcommission und im westgal. G. B.<sup>190)</sup> Erst die letzten Redactoren ließen diese Theorie zur Seite liegen; zwar läßt sich nicht nachweisen, daß sie dieselbe nach ihrem ganzen Inhalte für unrichtig hielten, wenngleich sie einige Elemente derselben gewiß fallen ließen. Sie kamen vielmehr an ihr vorbei, indem sie betonten, daß Privilegien einer doppelten rechtlichen Beurtheilung unterliegen: einer politischen und einer rechtlichen; was zunächst jene anbelangt, so wäre an sich die Möglichkeit durchaus nicht ausgeschlossen, daß für sie der Hauptfache nach Regeln bestünden, wie sie die ältere Theorie für alle Privilegien durchgreifend aufstellte; allein die Redactoren haben es durchaus vermieden, diesfalls mehr als eine formelle Verweisung auf die politischen Gesetze in das G. B. aufzunehmen, und ihre Verhandlungen ergeben, daß auch an eine Aufrechterhaltung der Bestimmungen des Hof. (oder westgal.) G. B. nicht entfernt gedacht war.<sup>191)</sup> Sonach bleiben für die politische Beurtheilung maßgebend nur jene politischen Gesetze, welche einschlagende Vorschriften wirklich enthalten; diese wirklich vorhandenen Vorschriften aber, die sich bald in den einzelnen Privilegien selbst, bald in allgemeineren, kleinere oder größere Gruppen von Privilegialrechten betreffenden Gesetzen finden, stimmen mit dem, was jene Theorie lehrte, bald überein, bald weichen sie davon sehr wesentlich ab, — jedenfalls enthalten sie nichts, was uns erlauben würde, eine allen Privilegien eigenthümliche Behandlung im Sinne der älteren Theorie als geltendes (Verwaltungs-) Recht anzusehen. Die praktische Wichtigkeit dieser, den politischen Behörden zukommenden, politischen Beurtheilung haben die Redactoren ohne Zweifel zur Genüge erkannt.<sup>192)</sup> Sie verkannten aber auch nicht, daß daneben noch eine rein rechtliche nothwendig werden könne,<sup>193)</sup> namentlich dann, wenn vor dem Civilrichter ein Rechtsstreit über ein durch ein Privilegium entstandenes Recht durchgeführt werde, wie er über ein Recht von gleichem Inhalt auch dann entstehen könnte, wenn dieses Recht seine Entstehung nicht einem Privileg verdankte. Für diese rechtliche Beurtheilung nun schreibt das Gesetz dem Richter nicht principieell die Beachtung und Anwendung eigens für Privilegialrechte geltender Gesetze vor; zwar muß er die in politischen Gesetzen enthaltenen „besonderen Bestimmungen“ und ohne Zweifel ebenso die in Justizgesetzen für gewisse Privilegialrechte vorkommenden Specialvorschriften beachten;<sup>194)</sup> soweit es aber an solchen fehlt, hat er jedes

<sup>190)</sup> Ueber die Revisionscommission vgl. unten S. 341 ff. und bes. Note 229. Das Joseph. G. B. enthielt Bestimmungen über Erschleichung, Collision, Erlöschung, Bestätigung von Privilegien durchaus im Sinne der älteren Doctrin; das westgal. G. B. begnügte sich mit einigen Sätzen über Erschleichung und Erlöschung derselben. Völlig überwunden ist übrigens jene ältere Auffassung auch heut noch nicht. Lehren doch noch immer so Manche (oben Note 95), gewisse Privilegien entstünden durch Vertrag; selbst Schlayer S. 83 ff. hat noch eine besondere Lehre von Collision der Privilegien; wie wenig Besonderes von Erlöschung der Privilegien gilt, tritt kaum in irgend einer Darstellung der Lehre hervor; und selbst was die Auslegung der Privilegien anbelangt, hat die richtige Lehre noch nicht volle Festigkeit gewonnen; s. Note 197.

<sup>191)</sup> S. oben S. 88 f. Note 41, S. 300 Note 17.

<sup>192)</sup> Darum nannte ja Zeiller (oben S. 299) die ganze Materie ein wesentlich politisches Institut. Vgl. Schuster S. 202 f.

<sup>193)</sup> Ueber die Grenzen der richterlichen und der Ingerenz der Verwaltung vgl. im Allgemeinen: Pözl S. 375 f., Schlayer S. 88 ff. Dazu Industriepriv. Ges. §. 42 ff., Hye Sammlung der . . . geschöpften Erkenntnisse des k. k. österr. Reichsgerichts III Nr. 111. Sammlung XIV 6172.

<sup>194)</sup> Es ist mehr als ungenau, wenn Starda S. 11 Industrieprivilegien nach dem betreffenden Patent, alle anderen nach §. 13 b. G. B. behandelt wissen will. Für alle Privilegien gilt §. 13, für alle aber damit auch die sie betreffenden speciellen Normen.

durch Privileg entstandene Recht so zu beurtheilen, wie er es beurtheilen müßte, wenn seine Entstehung nicht auf ein Privileg zurückzuführen wäre.<sup>195)</sup> Kraft dieses Princips unterliegt — überall vorbehaltlich besonderer Bestimmungen — die Auslegung<sup>196)</sup> der Privilegien den allgemeinen Auslegungsregeln,<sup>197)</sup> es kann der Begriff des Besitzes und der Besitzeserwerb auf ein durch Privileg entstandenes, des Besitzes seiner Natur nach fähiges Recht volle Anwendung finden,<sup>198)</sup> der petitorische Schutz findet durch die nämlichen Rechtsmittel statt, durch welche Rechte dieser Art geschützt werden, wenn sie nicht durch Privilegien entstanden sind,<sup>199)</sup> das Privilegialrecht geht, wenn es ein übertragbares ist, nach denselben Regeln auf den Nachfolger über,<sup>200)</sup> die sonst für Rechte dieses Inhaltes gelten, die Collision von Privilegien ist nach den allgemeinen Regeln über die Collision der Rechte zu behandeln,<sup>201)</sup> und es erlischt nicht minder nach den nämlichen Grundsätzen, mit dem Eintreten der nämlichen Thatbestände, an welche das Er-

<sup>195)</sup> Vgl. auch Hoffstb. v. 11. Mai 1842 Nr. 614. J. G. S. Danach kann ein Industrieprivileg auch erwerben, wer nicht die freie Verwaltung seines Vermögens hat. Was jedoch die Ausübung des so erworbenen Rechtes anbelangt, so ist „sich nach den für solche Individuen bestehenden Civil- und politischen Vorschriften zu benehmen.“

<sup>196)</sup> Selbstverständlich kann übrigens nicht nur der Civilrichter, sondern auch die Verwaltung in die Lage kommen, ein Privileg auslegen zu müssen. Vgl. schon Hoffstb. v. 1810 Punkt 9, Pat. v. 1852 §. 42.

<sup>197)</sup> So schon Schöffler Briefe S. 186 f., und von österr. Juristen Zeiller Comm. I S. 89, Schuster S. 220. Ganz correct bestimmt auch das Hoffstb. v. 1810 cit. Punkt 3, es hänge von den Verhältnissen und Umständen ab, welche Arbeitsbefugniß mit einem Privilegialrecht verbunden sei. Troßdem begegnen wir in der Praxis nicht selten dem Satze, es müßten Privilegien streng ausgelegt werden (vgl. z. B. Höhler in der Zeitschr. f. österr. R. G. 1825 I S. 132 ff., Starbda S. 151 ff.). Ob nicht auch die (übrigens sicher richtige) Entscheidung des Hoffstb. v. 23. März 1809 J. G. S. Nr. 887, (wonach die von den Amortisationsgesetzen ausgenommenen Institute darum noch keinen Anspruch haben auf jene Zuteil- und Pflichttheilsportionen, die ihren Professoren, wenn sie dies nicht wären, zugefallen wären) auf dem gleichen Gedanken beruhe, mag dahingestellt bleiben. In der Praxis der Civilgerichte finden wir nicht selten neben Fällen ausdehnender Auslegung singularer Gesetze auch Fälle, in denen gesagt ist, daß solche Gesetze streng auszulegen seien; vgl. für beides z. B. Sammlung I 452, II 681; XIII 5856, 5959; XV 6464, XVI 7144 u. a.

<sup>198)</sup> Vgl. über den Besitz des Propinationsrechtes Sammlung XV 6583. S. auch Suttinger pag. 626: „Ad inquirendam possessionem privilegii ist nicht genug animus, sondern wird erfordert actus und also civilis und naturalis possessio“ . . . „die eingelegten privilegia erweisen possessionem nicht, sondern gehören ad petitorium.“ S. 626: „Bei einer Freyheit wird erfordert, daß er deren im Gebrauche seye.“

<sup>199)</sup> Gegen die ältere Lehre, welche die a. confessoria gab, vgl. bes. Schulte Kirchenrecht I S. 161 ff.

<sup>200)</sup> Daß Industrieprivilegien Gegenstand der Pfändung, des Verbotes u. s. w. sein können, spricht die Vollzugsvorschrift v. 5. October 1852 (Verordnungsbll. des Hand. Min. II Nr. 77) §. 28 ausdrücklich aus.

<sup>201)</sup> Weil durch das Privileg ein subjectives Recht entstanden ist, das ebenso gut ist, als wäre es auf dem sonst regelmäßigen Wege entstanden (§. 13 b. G. B.), muß davon ausgegangen werden, daß das später gewährte Privilegialrecht dem Älteren gegenüber, soweit sie nicht neben einander bestehen können, zurückstehen müsse, wofür nicht in der Gewährung des späteren eine Aufhebung des Älteren zu erblicken ist (s. unten). So schon Schuster S. 220. Starbda S. 190 zieht daraus die richtige, aber wohl unpraktische Folgerung, es sei, wenn zwei Vererber um Industrieprivilegien identischen Inhalts diese Privilegien an Orten, die unter verschiedenen Meridianen liegen, zur gleichen Stunde erhalten haben sollten, der Zeitpunkt der Verleibung eines jeden Privilegiums astronomisch zu bestimmen und hienach dem Älteren der Vorzug zu geben. — Das Jos. G. B. stellte über die Collision drei Regeln auf (I §. 17): Zunächst sollte, wo Zwei in dem Genuße einer Befreiung zusammentreffen, gegenüber dem, der de lucro captando streitet, Jener den Vorzug haben, der de damno evitando streite; stehen sich diesfalls beide gleich, Jener, dem der Vorzug namentlich zugestanden worden; endlich „bei allen anderen Begünstigungen“ der früher Privilegirte, wenn nicht sein Privileg durch das spätere ausdrücklich aufgehoben worden sei. Vgl. Scheidlein a. a. D. S. 38 ff. Ueber die Regel: Privilegiatus contra aequae privilegium iure suo non utitur: Unger I S. 632.

löschen von Rechten dieser Art nach dem regelmäßigen Rechte geknüpft ist. Für jene Rechte endlich, die nur durch Privileg zu entstehen pflegen, für welche es demnach in der Zahl der auf dem *ius commune* oder *singulare* beruhenden Rechte kein Muster und Vorbild vollkommen gleichen Inhaltes gibt, nach welchem sich ihre rechtliche Behandlung bestimmen ließe, m. a. W. für jene Fälle, in welchen die Regel des §. 13 in buchstäblicher Anwendung den Dienst versagen sollte, wären die fehlenden Rechtsfälle im Wege der Analogie zu gewinnen.

Nicht überall aber gilt die Gleichstellung der Privilegialrechte mit anderen Rechten von gleichem Inhalt. Die „besonderen Bestimmungen“, die in manchen Privilegien selbst oder auch in allgemeineren Gesetzen enthalten sind, schaffen gewissen Privilegien eine Sonderstellung. Das trifft insbesondere insofern zu, als in Rücksicht des Verlustes, des Erlöschens der Privilegien mehrfach Besonderes gilt. Nicht so sehr in der Richtung, daß ein Privilegialrecht den allgemeinen Erlöschungsgründen von Rechten dieser Art nicht unterläge, sondern vielmehr umgekehrt in der Richtung, daß wir gewisse Gründe des Erlöschens constatiren müssen, die ein Privilegialrecht wesentlich nur darum treffen können, weil es ein Privilegialrecht ist. Weit aus die meisten Erlöschungsgründe jedoch, die noch in der heutigen Doctrin als Erlöschungsgründe der Privilegien angeführt zu werden pflegen, sind diesen keineswegs eigenthümlich, beruhen nicht auf der Privilegialeigenschaft des Rechtes, sondern kommen ganz ebenso und in gleicher Wirksamkeit auch bei anderen Rechten vor.<sup>202)</sup> Auch diesfalls<sup>203)</sup> ist nur sehr Weniges<sup>204)</sup> im geltenden Rechte zu finden, was den Privilegialrechten wirklich eigenthümlich ist.<sup>205)</sup>

Weber den *singulären* Rechten, noch den Privilegien<sup>206)</sup> ist eigenthümlich, daß viele derselben durch Verzichtleistung für den Verzichtenden aufgehoben oder

<sup>202)</sup> Schon Zeiller *Comm. I* S. 89 f. Note \* bemerkt, daß die Romanisten Ausführliches über die Privilegien, vorzüglich über deren Auslegung und Erlöschung vortragen, was aber, wenn man den richtigen Begriff von Privilegien vor Augen habe, „leicht aus den allgemeinen Grundsätzen von der juristischen Auslegung (S. 6 und 7) und der Erlöschung der Rechte gefolgert werden“ könne. S. auch oben nach Note 12 im Text.

<sup>203)</sup> Und zwar ist hier nur von dem Erlöschen wirklich entstandener Privilegialrechte die Rede. Ueber ihre Infirmität kraft ermangelnder Voraussetzung ihrer Entstehung vgl. Note 160.

<sup>204)</sup> Noch weniger bedarf es der Formulirung einer besonderen Lehre vom Erwerb der Privilegialrechte. Ihr Begriff bringt es mit sich, daß sie eben nur durch Verleihung eines Privilegs entstehen können; der einzig in Betracht kommende Erwerbsgrund ist „ein legislativer Act der gesetzgebenden Gewalt“ (Kierulff S. 55) oder was dem gleich steht. Vgl. Schuster S. 206 ff., der freilich etwas wunderliche Argumente herbeizieht, um jeden anderen Erwerbsgrund auszuschließen. Selbstverständlich darf gar nicht gefragt werden, ob nach heutigem *Börr.* Recht Privilegialrechte durch den Ablauf unvordenklicher Zeit entstehen können; sie können aber auch durch Ererbung nicht entstehen; nur ist damit nicht ausgeschlossen, daß Rechte, die gewöhnlich durch Privilegienverleihung zu entstehen pflegen, sofern sie ihrer Natur nach erblich sind, auch auf diesem Wege zur Entstehung gelangen, allein auch dann werden sie eben doch nicht als Privilegialrechte anzusehen sein.

<sup>205)</sup> Insofern sich hienach ergeben wird, daß so manche Bestimmungen des *Zos.* und *westgal. G. B.*, die in denselben aufgestellt sind, gleich als ob sie den Privilegien eigenthümliches Recht enthielten, sich als Ausflüsse allgemeiner Grundsätze auch im heutigen Recht als geltend herausstellen, ist die in der folgenden Darstellung durchgeführte Vergleichung dieser Gesetzbücher wohl keine missige.

<sup>206)</sup> Daß ein Privileg durch ausdrücklichen Verzicht des Privilegirten erlösche, sagen ohne nähere Bestimmung übereinstimmend der der Revisionscommission vorliegende (§. 55), der von ihr (§. 37), wie der von Sonnensfelds verfaßte Entwurf (§. 11), und das *westgal. G. B.* (I §. 53). Vorsichtiger fügt das *Zos. G. B.* §. 19 bei: „... es wäre denn, der, welchem die freie Schalkung mit seinem Vermögen mangelt, oder wenn die Begebung zum Nachtheile einer gesammten Gemeinde oder eines Dritten gerichte, oder auch, wenn die Befreiung mehr zum gemeinen Besten und zur Aufrechthaltung eines Standes oder einer Würde, als zum Vortheile der Person verliehen worden.“

ihre Anwendung im concreten Falle<sup>207)</sup> durch Entsagung ausgeschlossen werden kann;<sup>208)</sup> vielmehr ergibt sich auch hier dieselbe Mannichsartigkeit der Erscheinungen, wie in dem Kreise der durch das gemeine Recht geschaffenen Rechte. M. a. W.: Es gibt Rechtswohlthaten, die nur dem gewährt werden, der sie erbittet,<sup>209)</sup> und deren er sich, auch nachdem er sie erbeten, wieder entschlagen kann,<sup>210)</sup> und solche, die dem Begünstigten ipso iure zustehen; der letzteren kann er sich bald entschlagen, bald auch nicht,<sup>211)</sup> — das hängt von dem Sinne und Zwecke ab, der ihnen innewohnt; gehört die Rechtswohlthat zu jenem *ius publicum, quod privatorum pactis mutari non potest*, so versteht sich die Unzulässigkeit des Verzichtes von selbst,<sup>212)</sup> und wo ein in odium gewisser Classen geschaffenes singuläres Recht<sup>213)</sup> verliert, wird auch Niemand glauben, daß ein Angehöriger dieser Classe der Anwendung des obiosen Rechtsfases durch Verzicht entgegen könne. Ebenso kann auch auf manche Privilegien einseitig<sup>214)</sup> verzichtet, oder deren Anwendung im concreten Falle<sup>215)</sup> durch Verzicht ausgeschlossen werden; bei anderen Privilegien ist eine Verzichtleistung nur zulässig, wenn auch das privilegirende Organ (oder wer sonst etwa von der Gesetzgebung dazu berufen wäre) seine Zustimmung gibt,<sup>216)</sup> und trifft dies namentlich da zu, wo dem Privilegirten die Verpflichtung auferlegt ist, von dem Privilegialrecht Gebrauch zu machen,<sup>217)</sup> nicht schlechtweg auch schon darum, weil ihm in dem Privileg nebst der Verleihung eines Rechtes auch irgendwelche Lasten oder Verpflichtungen auferlegt wurden.<sup>218)</sup> Auch hier versteht es sich endlich von selbst, daß es keinen wirksamen Verzicht auf ein obioses Privileg geben kann, er kann aber auch bei rein favorablen<sup>219)</sup> völlig ausgeschlossen sein. Danach ist klar, daß sich aus dem Wesen des Privilegs im Allgemeinen kein Schluß auf dessen Verzichtbarkeit oder Nichtverzichtbarkeit ziehen läßt, die Frage daher auch nicht in der allgemeinen Lehre von den Privilegien gelöst werden kann.

Die Art der concreten Verbindung des Privilegialrechtes mit der privilegierten Person bringt es ferner von selbst mit sich, daß höchstpersönliche Privi-

<sup>207)</sup> Verzicht auf ein *ius sing.* wird nicht leicht eine andere Bedeutung haben. Beispiele: Verzicht auf die Wohlthat des S. C. Vellei. nach erfolgter Certioration im ältern Recht, Suttinger pag. 768, 794; Verzicht auf das Recht, sich von Uebernahme einer Vormundschaft zu entschuldigen, §. 195 b. G. B.

<sup>208)</sup> Generelle Verzichtleistung auf Privilegien verschiedener Art in Form des Land-schadenbundes: Suttinger pag. 433.

<sup>209)</sup> *Invito beneficium non datur.*

<sup>210)</sup> Z. B. die Rechtswohlthat des Inventars, arg. a contr. aus §. 806 b. G. B.

<sup>211)</sup> Für beides finden sich Beispiele in §. 47 J. N. vom 20. November 1852 N. G. B. Nr. 251.

<sup>212)</sup> Vgl. §. 19 Jof. G. B. in Note 206 a. C.

<sup>213)</sup> Z. B. die frühere Besitzunfähigkeit der Juden.

<sup>214)</sup> Besonders wichtig der Fall, wenn ein Industrieprivilegium „freiwillig zurückgelegt wird“. §. 29. 2. c des Pat. von 1852. Hierher gehört auch die Befugniß zur Pulvererzeugung, Wdg. v. 31. März 1853 §. 5.

<sup>215)</sup> So kann auch, wenn „durch besondere Anordnungen“ die Exterritorialität eingeräumt wurde (Pat. v. 20. Nov. 1852 Nr. 251 Art. V), sich doch einem anderen als dem obersthofmarschallischen Gerichte unterworfen, der Mauthbefreite die Gebühr bezahlen u. s. w.

<sup>216)</sup> Darum ist aber die Aufhebung des Privilegs noch keineswegs als eine ver-tragsmäßige zu denken.

<sup>217)</sup> So ermächtigt z. B. das Gef. vom 20. Mai 1869 Nr. 85 die Verwaltung, eine Eisenbahnunternehmung von der Verpflichtung zum Ausbau einer bestimmten Linie zu entheben.

<sup>218)</sup> So sind die von den Ehrenrittern des deutschen Ordens übernommenen Ver-pflichtungen (Note 105) gewiß kein Grund, der dem Verzicht auf dieses Privileg im Weg stünde. Auch versteht sich keineswegs von selbst, daß die auferlegten Verpflichtungen nach der Verzichtleistung noch ferner erfüllt werden müssen (anders Prinz S. 233). Vgl. jedoch Budwinsky Sammlung III 477.

<sup>219)</sup> Z. B. bei der Begnadigung eines Verurtheilten.

liegen mit dem Tode der Person,<sup>220)</sup> reale mit dem Untergang der Sache, causale mit dem Aufhören des Verhältnisses, an das sie gebunden sind, aufhören müssen.<sup>221)</sup> Auch diese Erscheinung beruht nicht auf der Privilegialqualität des Rechtes und findet sich daher ganz ebenso bei den an die Person, die Sache, ein Verhältniß gebundenen Rechten des *ius commune*.

Der Inhalt des concreten Privilegs selbst (oder eines für eine ganze Gruppe von Privilegien geltenden Gesetzes) kann ferner bestimmen, daß das Privilegialrecht mit dem Ablauf einer gewissen Zeit<sup>222)</sup> oder durch den Eintritt gewisser Voraussetzungen<sup>223)</sup> sein Ende finden soll, gleichviel ob im letzteren Falle diese Voraussetzungen als (Resolutiv-) Bedingungen bezeichnet sind, oder nicht.<sup>224)</sup> Auch darin ist aber keine Eigenthümlichkeit der Privilegialrechte zu erblicken, so wichtig und zahlreich auch die Fälle dieser Art sein mögen; denn es kommen auch zahlreiche *iura communia* vor, deren Leben von dem Gesetze von vornherein auf eine bestimmte Zeit oder bis zum Eintritt gewisser Voraussetzungen eingeschränkt ist, und die gleiche Macht steht nicht minder meist auch der Rechte schaffenden Privatwillkür zu.

Selbst das ist nichts Besonderes, daß gewisse Privilegien, insbesondere gewisse Concessionen auf Zeit oder für immer verloren gehen können, indem auf ihren Verlust geradezu zur Strafe erkannt wird, oder dieser Verlust als Folge gewisser Verurtheilungen wegen strafbarer Handlungen oder als Folge einer erkannten Strafart kraft des Gesetzes einzutreten hat, oder von bestimmten (nicht Straf-) Behörden verhängt werden kann;<sup>225)</sup> denn die nämlichen Arten des

<sup>220)</sup> Die Dauer der einer Familie oder Gemeinde verliehenen Privilegien (die letzteren werden im *Jos. G. B. I* §. 18 als „sächliche“ gedacht) ist unbedenklich nach §. 529 b. G. B. zu bestimmen. Ein Monitum der Wiener Universität wollte diesen Fall in §. 52 westgal. G. B. ausdrücklich hervorgehoben wissen.

<sup>221)</sup> *Jos. G. B. I* §. 18, westgal. G. B. I §. 52. Die *Rev.-Hof.-Comm.* (und *Sonnenfels* in seinem Entwurf) hatte den entsprechenden §. 54 des *Urentwurfs* in zwei zerlegt, ohne etwas Erhebliches daran zu ändern.

<sup>222)</sup> Die Privilegien der älteren Zeit sind auf sehr verschiedene Zeiträume verwilligt gewesen: das *Hofb.* von 1810 Punkt 4 bestimmte (für Industrieprivilegien) im Allgemeinen als Maximum einen Zeitraum von 10 Jahren, in einzelnen Fällen sollte nach dem jeweiligen Befunde die Zeit bestimmt werden; seit dem Patent von 1820 ist die höchste Dauerzeit der Privilegien auf 15 Jahre festgesetzt und kann eine längere Dauer nur vom Kaiser bewilligt werden (*Pat. v. 1852* §. 9, lit. c, §. 25). — Die *Eisenbahnconcessionen* (vgl. *Conc. Gesetz v. 1854* §. 11) lauten auf sehr verschiedene Zeiträume: 40, 50, 80, 90, 99 Jahre, die Concession einer unterseeischen Telegraphenlinie (27. Jänner 1867 *Nr. 33*) auf 25 Jahre u. s. w. — Ertheilung einer Concession auf *Widerruf*: z. B. *Note 259* und *Preßgesetz v. 17. Dec. 1862* §. 3. *Uf. 5*.

<sup>223)</sup> Westgal. G. B. I §. 52 nennt das Wegfallen des abgesehenen Endzweckes oder die Nichterfüllung der vorausgesetzten Bedingung. „Eine Stimme beim *Niederöstr. Appel. Gericht*“ wollte jedoch durch das Wegfallen des Endzweckes nur dann das Privileg erlöschen machen lassen „wenn er aus Verschulden des Privilegirten wegfiel. Wo ferner der Zweck aus einer Staatsanstalt aufhörte, wäre es zu hart, dem Privilegirten das Privilegium zu entziehen.“ — Vgl. *Sammlung XV 6455*, *Rundm. v. 8. August 1876 Nr. 108*, 21. Juni 1877 *Nr. 54*, 3. August 1878 *N. G. B. Nr. 104*.

<sup>224)</sup> In den älteren Privilegienurkunden kommen mehr oder weniger zahlreiche *Resolutivbedingungen* nicht selten vor. *S. arda* S. 130. Das *Pat. v. 1852* setzt §. 29, 1 b *Nullitätsklärung* auf die Nichterfüllung einer „Verpflichtung, welche die Gültigkeit des Privilegiums bedingt.“ — Die „Einziehung“ des Privilegs, mit welcher nach den Patenten von 1820 (§. 15) und 1832 (§. 14) die nicht rechtzeitige Zahlung der zweiten Hälfte der *Privilegientaxe* bedroht war, ist selbstverständlich entfallen, seitdem (*Pat. v. 1852* §. 11) der gesammte *Taxbetrag* auf einmal erlegt werden muß.

<sup>225)</sup> *St. G. B.* §§. 26, 27 (mit *Gef. v. 15. November 1867 N. G. B. Nr. 131*), 30, 242, 243, vgl. 320 lit. d, 321, 326, 330, 345 f., 356 f., 362 f., 366 f. u. a. *St. P. D.* §§. 402, 408. *Gew. D. v. 20. Dec. 1858* §. 138, *Preßgef. v. 1862* §. 3 *Uf. 6 ff.* Dazu *Liszt Lehrb. d. österr. Preßr.* §. 34. — S. auch *Cod. austr. V. S. 997*: Einige Juden erhalten ein *Industrieprivileg*; dabei wird ihnen aber auferlegt, sich

Verlustes von Rechten kommen auch rücksichtlich gewisser Rechte vor, die Niemand für Privilegialrechte halten wird.<sup>226)</sup>

Daß Rechte, welche durch Extinctioverjährung (in irgend einer ihrer Gestalten) zum Untergang geführt zu werden vermögen, darum, weil sie im einzelnen Falle durch Privileg entstanden sind, dem Einfluß der Verjährung weder in höherem Grade unterliegen, als wenn sie auf dem regelmäßigen Wege entstanden sind, noch dem Einfluß der Verjährung schwerer zugänglich oder ganz entzogen sind, entspricht selbstverständlich der allgemeinen Regel.<sup>227)</sup> Auch diesfalls ist also keine allen Privilegialrechten zukommende Eigenthümlichkeit zu bemerken. Da aber die Verleihung exclusiver Befugnisse zu Gunsten des Einen eine Beschränkung der Freiheit Aller enthält, die innerlich ungerechtfertigt erscheint, wenn jenes Alleinrecht nicht geübt wird,<sup>228)</sup> so begreift sich, selbst ohne Rücksicht auf den Einfluß der älteren Doctrin,<sup>229)</sup> daß insbesondere an den Nichtgebrauch, und

jedes andern Handels in Gemäßheit der Generalien zu enthalten und die Uebertretung dieses Verbotes mit dem Verlust des Privilegs bedroht. Verordnung vom 19. Juni 1866 R. G. B. Nr. 86 §. 8: „der Unternehmung (des Lagerhauses) . . . ist es bei sonstigem Verluste der Concession untersagt, für eigene Rechnung Handelsgeschäfte abzuschließen, die mit der Geschäftsbekahrung der Lagerhäuser in irgend einer Verbindung stehen.“

<sup>226)</sup> Vgl. die vorige Note.

<sup>227)</sup> Vgl. über die ganze Frage Fritz in Linde's Ztschr. IV (1831) Nr. VI S. 201 ff., der unabhängig von Sufeland und Mühlentruch zu demselben Ergebnis gekommen ist, das die Letzteren aufgestellt hatten.

<sup>228)</sup> Vgl. die Bemerkungen, die in der Revis.-Hof-Commission gemacht wurden, in Note 229.

<sup>229)</sup> Nach der „gemeinsten Meinung“ sollten Privilegien durch zehnjährigen Nichtgebrauch erlöschen. Kreittmayr I S. 103. Das Jos. G. B. §. 19, 20 unterschied: Es ging zwar auch davon aus, es könne Jedermann der erhaltenen Befreiungen wie durch ausdrücklichen Verzicht, so auch „stillschweigend durch Nichtgebrauch sich begeben.“ Dann aber hieß es: „Wenn die Begünstigung in einer bloß willkürlichen, Niemanden nachtheiligen Ausübung besteht, so zieht der Nichtgebrauch deren Verlust nicht nach sich. Sonst aber werden Begünstigungen ganz oder zum Theile, nachdem ganz oder zum Theile davon nicht Gebrauch gemacht worden, auf folgende Art verloren: Wenn die Begünstigung in einem Befugnisse, von Andern etwas zu fordern, oder mit ihrer Beschwerde ein Recht auszuüben besteht, erlischt dieselbe durch die vorgeschriebene Verjährungszeit, sofern während dieser Zeit der Gebrauch thunlich gewesen; hingegen wenn der Begünstigte von einer gemeinen Beschwerde enthoben war, hört diese Befreiung sogleich auf, wenn derselbe sich der ihm erlassenen Beschwerde dreimal freiwillig, wissenschaftlich und ohne Vorbehalt unterzogen hat.“ Ganz anders (A. W. Rippel I S. 115, aber höchst gezwungen) der der Rev.-Commission vorliegende Entwurf (§. 55 = weßgal. G. B. §. 53), der nur bestimmte, es könne ein „Verzichtthun . . . aus dem bloßen Nichtgebrauche keineswegs gefolgert werden.“ Sehr lehrreich sind hier die Verhandlungen der Rev.-Commission: Fictig griff die Bestimmung des Entwurfs an, indem er ausführte: „Es wird z. B. in Commerzgegenständen ein Privilegium erteilt in der Absicht, um einen Commerzartikel, eine Schifffahrt u. dgl. in Gang zu bringen. Hier liegt dem Staate und Landesfürsten daran, daß von dem Privilegium alsobald Gebrauch gemacht werde. Es wird also in solchen Concessionsfällen nicht nur der Bedacht darauf zu nehmen sein, daß die Zeit, binnen welcher das Privilegium zu exerciren anbestimmt werden solle, in dem Privilegium oder Concessionsbriefe genau ausgedrückt und bestimmt werde, sondern es erfordert auch die rechtliche Ordnung selbst, daß auf den Nichtgebrauch einer Befugniß oder Exemption, zu deren Ausübung die Gelegenheit vorhanden war, eine gesetzliche Verjährungszeit gesetzt werde. Die Rechtslehrer haben über diesen Punkt zeitler, und zwar nach meiner Meinung ganz wohl, den Grundfatz aufgestellt: Ein jedes Privilegium und Verleihung, zu deren Ausübung sich während der sonstigen gewöhnlichen Verjährungszeit Gelegenheit dargeboten hat, geht durch Verjährung verloren; wozu aber keine Ausübungsgelegenheit vorhanden war, geht ein solches Privilegium nicht verloren, wenn von selbst auch während hundert Jahren kein Gebrauch gemacht worden wäre. Nach diesem rechtlichen Maßstabe würde ich also auch diesen Paragraph . . . fassen, da es in Hinsicht Rechte und Eigenthums nichts gibt, was nicht verjährbar ist, und in Rücksicht auf die Hebung der incertitudinis iurium et domini, als der Grundquelle der Verjährung überhaupt stets verjährbar sein solle. Die Privilegien, und besonders, die Exemptionsprivilegien, wovon gerade hier die Rede ist, sind etwas

zwar einen recht kurzen Nichtgebrauch von gewissen Concessionen, namentlich von Industrieprivilegien, die Aufhebung derselben geknüpft ist.<sup>230)</sup> Von Vielen wird

Gebäffiges und dem Staate lästig: warum soll dieser also nicht, wie ein anderer Privat, solche Exemptionen präscribiren können?" Wieber anders Sonnenfels, der im §. 11 seines Entwurfs den Satz aufstellte: „Ein stillschweigender Verzicht wird zwar aus dem bloßen Nichtgebrauche einer Befreiung nicht vermuthet; aber wenn von auf bestimmte Zeit verliehenen Befugnissen durch ein Drittheil der Zeit, auf welche sie erworben wurden, kein Gebrauch gemacht wird, werden solche als aufgegeben anzusehen sein.“ Dazu bemerkte er: „Wenn der Urentwurf . . . ohne Unterscheidung die Vermuthung eines Verzichtes verwirft, so betrachtet er die Privilegien blos rechtlich als sogen. res merae facultatis, und mit deren Nichtgebrauch Niemandes Nachtheil verflochten ist. Der politische Beobachter findet aber dieses nur bei ertheilten Befreiungen, nicht zugleich auch bei Befugnissen, deren Nichtgebrauch dem gemeinen Wesen einen bei der Verleihung zum Zwecke genommenen Nutzen entweder ganz entgehen macht, oder doch verzögert. Jemand hat für eine Befreiung eine Steuerbefreiung auf immer erhalten. Wenn er dennoch durch ein paar Jahre Steuer abgeführt hat, so machte er dem Publikum ein Geschenk und Niemand als er fühlte den Entgang. Ein Fabrikant erbietet sich, eine Fabrik von einem im Lande nicht erzeugten wollenen Stoffe einzuführen: zur Unterstützung seines Unternehmens bewirkt er auf zehn Jahre ein ausschließendes Recht. Aber es vergehen mehrere Jahre, ohne daß er fabricirt: er selbst verschafft also dem Staate den erwarteten Vortheil nicht, und sein ausschließendes Befugniß hat auch dem Kunstfleißige Anderer, die eben diesen Zweig von Ernstigkeit einführen konnten, Hinderniß gelegt. Die Billigkeit nicht allein, sondern die Nothwendigkeit der . . . Vermuthung, das Befugniß aufgegeben zu haben, scheint dadurch bewiesen. Eigentlich auch ist dieses Gesetz eine bloße Anwendung des . . . in dem Urentwurf . . . voraus festgesetzten Grundsatzes, daß ein unter einer Bedingung oder zu einem bestimmten Zwecke erhaltenes Privilegium bei nicht erfüllter Bedingung oder aufgehörendem Zwecke erlösche.“ Den letzteren Gedanken acceptirend, im Uebrigen aber weitergehend, formulirte die Rev.-Commission den von ihr beschlossenen §. 37 ihres Entwurfs: „ . . . Ein stillschweigender Verzicht wird zwar aus dem bloßen Nichtgebrauche der Befreiungen nicht vermuthet; aber wer von einem Befugnisse, an dessen Ausübung dem Staate gelegen ist, binnen einer Zeit, in welcher zur Benützung desselben die nöthige Vorkehrung hätte gesehen können, keinen Gebrauch gemacht hat, wird dafür angelesen, solches aufgegeben zu haben. Auch Privilegien, welche eine bloße Befreiung zum Gegenstande haben, werden alsdann für aufgegeben und erloschen angesehen, wenn durch die allgemeine Verjährungszeit kein Gebrauch davon gemacht worden.“ Der letzte Satz wurde beschloffen, weil man es „der rechtlichen Ordnung gemäß fand, ob certitudinem inriam et dominii die gesetzmäßige Präscriptionzeit allerdings setzen zu sollen.“ Vergessen wendeten Sonnenfels und Oswald er dagegen ein, daß „weder der in den Rechten angenommene Grund der Verjährung, nämlich die Gewisheit des Eigenthums oder der Rechte, noch die beiden wesentlichen Erfordernisse, bona fides et iustus titulus hier auch nur eine analogische Anwendung zu geben“ schienen, und Sonnenfels: daß er, „da die Verjährung an sich immer ein Verlust sei, nicht einsehe, wozu derjenige z. B., der eine Mauthbefreiung erhalten hat und dennoch die Mauth entrichtet; verdiene, einen Verlust zu leiden, weil er dem Staate ein Geschenk gemacht;“ die Handhabung eines solchen Gesetzes würde auch nur die einzige Folge haben, „daß die Befreiten durch pünktlichen Gebrauch ihrer Befreiung die Verjährung zu hindern aufmerkham sein würden.“ Die Majorität verbarnte, weil es „die gute Ordnung“ ersehe, bei dem oben mitgetheilten Beschluß. Den letzten Redactoren lag endlich noch vor ein Meritum des Oberösterreich. Appell.-Gerichtes, welches die Verjährung zulassen wollte, wenn „die Rechte eines Dritten dabei verflochten sind,“ und eines des Innerösterreich. N. G., daß sie dann gestatten wollte, „wenn gegen den Privilegirten eine seinem Privilegium entgegengesetzte Handlung unterlaufen ist und er durch die gesetzliche Verjährungszeit derselben nicht widerpricht.“

<sup>230)</sup> Das Hofb. v. 1810 Punkt 7 d verfügt, es müsse in die Privilegienurkunde eingeschaltet werden, daß einjähriger Nichtgebrauch den Verlust des Rechtes nach sich ziehe; ein Jahr haben auch die Privilegiengesetze von 1820 §. 23 und 1832 §. 21; das Patent v. 1852 §. 29, 2 a läßt das Privileg erlöschen, wenn der Privilegirte dasselbe nicht längstens binnen einem Jahre vom Tage der Ausfertigung der Privilegiumsurkunde an gerechnet im Inlande auszuüben angefangen oder wenn er diese Ausübung durch volle zwei Jahre gänzlich unterbrochen hat. Ebenso erlöschen gewisse concessionirte Gewerbe, wenn sie binnen sechs Monaten nicht in Betrieb gesetzt oder der Betrieb später ebenso lange ausgesetzt wird (Gew. Ordnung §. 60, Stubenrauch Gewerberecht S. 77); und bestimmt die Conc. Urkunde vom 27. Jänner 1867 N. G. B. Nr. 33, daß zweijährige Unterbrechung des Verkehrs auf der unterseitschen Telegraphenlinie die Concession erlöschen mache.

übrigens diese Aufhebung der Industrieprivilegien auf stillschweigenden Verzicht des Privilegirten zurückgeführt.<sup>231)</sup>

Der von vielen gemeinrechtlichen Juristen gelehrte, von anderen bestrittene Satz, daß die vom Regenten auf Widerruf verliehenen Privilegien mit dem Tode des Verleiher's von selbst erlöschen,<sup>232)</sup> existirt in dieser Gestalt im österreichischen Rechte sicher nicht. Mit ihm verwandt ist aber ein in unserer Gesetzgebung seit mehreren hundert Jahren wieder und wieder,<sup>233)</sup> wenn auch nicht immer in der gleichen Fassung aufgestellter, der Evidenzhaltung und Verhütung unberechtigter Annäherung von Privilegien dienender Satz,<sup>234)</sup> der seine letzte Gestalt in dem Hofdecret vom 25. Mai 1792<sup>235)</sup> erhalten hat. Der Inhalt dieses Rechtsfages, wie er der Hauptsache nach in allen Fassungen übereinstimmend wiederkehrt, ist der, es sollen bei jeder Regierungsveränderung (das Hofdecret hebt ausdrücklich hervor, es sei dies „bei jeder Regierungsveränderung erforderlich“), die von den Verfahren des jetzt die Regierung antretenden Kaisers verliehenen Privilegien<sup>236)</sup> (jedoch nicht alle, sondern nur jene), welche nicht den Stand betreffen oder ihrer Eigenschaft nach unveränderlich sind,<sup>237)</sup> binnen einer gewissen

<sup>231)</sup> S. Note 229 und Pözl S. 376, der ebenfalls in längerer Nichtausübung stillschweigenden Verzicht findet, den Verlust des Rechtes aber dennoch nur nach den Regeln der Extinctivverjährung eintreten lassen will. Das heißt gleichermaßen die Bedeutung stillschweigender Willenserklärungen wie der Verjährung verkennen, was freilich Seitens der älteren Doctrin noch in manchen anderen Fällen geschah (vgl. z. B. §§. 967, 982 b. G. B., in denen man immer Verjährungsfristen gefunden hat). Dagegen Pfaff in Grünhuts Ztschr. II S. 302.

<sup>232)</sup> Vgl. einerseits Arnolds Pand. §. 57, andererseits Schlayer S. 92 f. Leyser spec. XI Nr. III pag. 118 sqq. lehrt, Privilegien ad beneplacitum des Verleiher's ertheilt, erlöschen nicht durch dessen Tod, sondern erst durch den Widerruf seines Nachfolgers. Glück II S. 38 hält überhaupt auch das Nachsuchen der Confirmation beim Regierungsnachfolger für überflüssig.

<sup>233)</sup> Cod. austr. II S. 183 (12. December 1659), I S. 476 ff. (20. November 1660), III S. 485 f. (17. Juni 1705), Suttinger addit. pag. 69 (27. April 1712), Cod. austr. III pag. 662 (8. August 1712), V S. 24 f. (12. December 1741), (Kropatschek) Sammlung der (Leopold.) Gesetze (oben S. 138 Note 56) II S. 218 Nr. 279 (18. November 1790) u. fter. Vgl. Jos. G. B. I §. 29 f. Bei Suttinger a. a. O. steht eine Vernehmung auf althergebrachte Gewohnheit, Satz und Ordnung.

<sup>234)</sup> Im Cod. austr. II S. 183 wird ausdrücklich betont, daß Viele Privilegien üben, die sie sich nur angemacht haben, daß manche andere Privilegien, die doch noch ausübt werden, bereits erloschen seien.

<sup>235)</sup> Pol. G. S. I S. 91, Winwartner Handb. I S. 54 f., Kropatschek Sammlung der (Französischen) Gesetze I S. 228 ff., Nr. 171.

<sup>236)</sup> Der Rechtsfag ist also von vornherein auf alle jene Privilegien nicht berechnet, die nicht vom Kaiser verliehen werden. Die meisten der in Note 233 angeführten Fassungen sagen das deutlich genug; sie nennen: „alle Privilegien, Concessionen, Exemtionen, Gnaden und Freiheiten, (Cod. austr. III S. 662 nennt insbes. „Maut- und andere Personal- und Realfreiheiten“) welche . . . von weiland Unseren durchlauchtigsten Vorfahren . . . als regierenden Herren und Landesfürst gnädigt verliehen worden“ (Cod. austr. V S. 24); andere drücken sich allgemeiner aus; sie nennen weder die hier in Frage stehende Begrenzung, noch die weiter unten zu nennenden Ausnahmen; so spricht Suttinger schlechtweg von „Besätigung derer Privilegien, Gnaden, Freiheiten, Ehrenstellen u. dgl.“ und auch das Jos. G. B. §. 22 redet ganz allgemein davon, daß „bei jeweiliger Veränderung der Landesregierung wegen Besätigung der Befreiungen ein allgemeines Gebot ergeht . . .“; selbstverständlich sind damit weder jene Begrenzung noch die Ausnahmen negirt. Es mag aber auf diese allgemeinen Fassungen zurückzuführen sein, daß Schuster S. 208, 217 und Rippel I S. 116 das Hofdecret von 1792 auf alle Privilegien beziehen, und Starba demselben (S. 13) alle Privilegien unterwerfen will, die nicht Industrieprivilegien sind. In Wahrheit trifft es die von dem Vorfahr des die Regierung antretenden Kaisers verliehenen oder besätigten Privilegien, keine anderen.

<sup>237)</sup> Auch die Aufzählung dieser Ausnahmen (von denen Unger II S. 320 gänzlich schweigt), ist nicht in allen Fassungen unseres Rechtsfages genau die gleiche. Cod. austr. II S. 183 zählt sie auf, wie folgt: „jedoch sein hierunter nicht verstanden die Standeserhebungen, Nobilitationen, Titel und Prädikate, Wappen, Legitimationen, Palatinatus, Venia Aetatis

Frift<sup>238)</sup> zur a. h. Confirmation vorgelegt werden, widrigens sie als erloschen zu betrachten seien.<sup>239)</sup> Diese Bestimmung ist allerdings eine solche, die einer, immerhin nicht unerheblichen<sup>240)</sup> Gruppe von Privilegien eigenthümlich ist; sie macht jene Privilegien, die sie betrifft, nach einer Richtung hin schwächer, als andere Acte der Staatsgewalt sind, die ja sonst unabhängig von der Fortexistenz des sie setzenden Organs fortgelten. Uebrigens ist schon bei der Thronbesteigung Kaiser Ferdinands I. das Hofdecret von 1792 nicht zur Ausführung gebracht worden;<sup>241)</sup> ebenso beim Regierungsantritt des gegenwärtig regierenden Kaisers;<sup>242)</sup> daher ist es wenig wahrscheinlich, daß dasselbe jemals wieder zur Anwendung kommen werde. Sollte dies aber geschehen, so versteht sich wohl von selbst, daß das Hofdecret auf jene Privilegien keine Anwendung zu finden hätte, welche von der

und dergleichen den Stand concernirende Gnaden: item das ius monetarum und andre hohe Regalien, Confirmationes der Contract und Testamenten, landesfürstliche Consens und allerhand andre Bewilligungen, welche sonst confirmiren zu lassen, nicht gebräuchlich.“ Cod. austr. III §. 485 f., fügt dieser Aufzählung noch hinzu: Denominationen und Adoptionen, hebt insbes. hervor „Ritter-, Freiberger-, Grafen und dergleichen Stand concernirende Gnaden“, läßt aber die Titel und venias aetatis aus; ebenso Cod. austr. III §. 662; kürzer ist die Aufzählung in Cod. austr. V §. 24: ausgenommen sind jene Privilegien, welche „als Legitimationes, Adoptiones, Nobilitationes und Standeserhöhungen, auch Namen, Praedialta und Wappen den Stand selbst betreffen, oder auch als Bestätigungen der Contracte, Majorate und dergleichen l. f. Consense ihrer Eigenschaft nach unveränderlich sind.“ So auch die Fassungen von 1790 u. 1792. Vgl. auch Donner §§. 7, 9.

<sup>238)</sup> Die Frist ist bald auf 3, bald auf 6 Monate, bald auf 1 Jahr bestimmt.

<sup>239)</sup> Auch diesfalls ist der Ausdruck verschieden. Nach Suttinger's Ausdruck könnte man glauben, die Privilegien müßten nun erst noch durch besondere Action „cassirt und aufgehoben werden“. Umgekehrt drückt sich die Resol. von 1660 (Cod. austr. I §. 476 ff.) dahin aus, es seien durch den Tod Ferdinands III. „alle und jede von derselben ertheilte und zu deren f. l. und l. f. Hofstaat gewidmete Hoffreiheiten (für Handwerker) von selbst expiriret und erloschen“, wie auch umgekehrt diese Rechte, wenn nichts anderes bestimmt sei, nicht auf die Erben übergehen. Wie es wirklich gemeint war, zeigen die anderen Formulierungen, obgleich auch sie davon ausgehen, daß die vom Kaiser ertheilten Privilegien durch dessen „zeitliches Ableben von selbst erlöschen und aufhören“; denn dies soll doch nur der Fall sein, „wenn von deren Successor die behörige Confirmationen nicht von Neuem . . . angesucht, ausgefertigt und erhoben werden“ oder (Jos. G. B. §. 22.) „erlischt die Befreiung gänzlich, wosfern in der anberaumten Frist die Bestätigung nicht gesucht wird.“ Sie erlischt also (ähnlich formulirte ein Monitum der Wiener Universität) durch unbenutztes Verstreichen der Frist; war aber die Frist benutzt worden, dann besteht die Freiheit nur fort unter der Voraussetzung, daß, und in der Gestalt, in welcher sie die Bestätigung erhalten hat. Zum Letztern s. §. 23 Jos. G. B. und Brinz §. 232.

<sup>240)</sup> Nur war allerdings früher die Zahl der vom Kaiser verliehenen Privilegien namhafter als jetzt.

<sup>241)</sup> Es wurde (Hofd. v. 16. Jänner 1836 J. G. S. Nr. 116) bestimmt: „daß dormalen keine neue Bestätigung dieser Privilegien nothwendig sei und daß bis auf weitere Weisung alle jene Privilegien fortzubauern haben, welche von . . . Kaiser Franz I . . . verliehen oder bestätigt worden sind, insofern sie nicht mit bestimmten Gesetzen und Einrichtungen im Widerspruch stehen, mit dem weiteren Vorbehalte, daß wenn gegen solche Privilegien in der Zeitfolge entweder von Privaten oder von Behörden Anstände erhoben werden, dieselben in jedem einzelnen Falle der höchsten Behörde zur Entscheidung vorzulegen seien, ob das Privilegium fortzubauern könne oder nicht.“

<sup>242)</sup> Doch ist weder im R. G. B. ein Vorruf ergangen noch eine Dispensation von der Vorlegung der Privilegien dafelbst publicirt worden. Nur im Landesreg. Blatt f. d. Königreich Böhmen 1853 Nr. 107 findet sich eine Kundm. des Statthalters vom 17. Juni 1853 J. 13787, betreffend die Caducitätsprivilegien der Prager Stadtgemeinde, in welcher es heißt: „Se. Majestät haben mit einer a. h. E. zu genehmigen geruhet, daß eine Bestätigung der bestehenden Privilegien aus Anlaß des a. h. Regierungswechsels nicht stattfinden habe, daß jedoch alle jene Privilegien, welche von . . . den Kaisern Franz I. und Ferdinand I. verliehen oder von Seiner erstgenannten Majestät bestätigt und nicht seither widerrufen oder abgeändert worden sind, bis auf weitere Weisung fortbestehen können, insofern“ — das Weitere stimmt mit dem Schluß der vorigen Note überein, nur ist nicht von der „höchsten Behörde“ die Rede, sondern es wird die Entscheidung „den einschlägigen

Gesetzgebung selbst ertheilt werden, obwohl auch in diesen der Kaiser sprechend angeführt wird.

Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die Staatsgewalt berechtigt sei, Privilegien zu widerrufen, ist namentlich in der gemeinrechtlichen Doctrin nicht wenig bestritten.<sup>243)</sup> Daß die Gesetzgebung die Macht und das Recht habe, jede bestehende Rechtsnorm aufzuheben, kann freilich nicht wohl bestritten werden, und muß das auch gelten, soweit diese ihre Action singuläre Rechtsätze oder Privilegien aufhebt, — es gibt eben im Staate keine Macht über der Gesetzgebung.<sup>244)</sup> Eben darum muß es aber nach den über die rückwirkende Kraft neuer Gesetze geltenden Grundsätzen auch möglich sein, daß die Gesetzgebung selbst die auf Grund eines nun aufgehobenen singulären Gesetzes schon entstandenen concreten Rechte nicht schont; ob sie dieselben aufrecht halten oder beseitigen will, ist durch Interpretation zu erkennen.<sup>245)</sup> Mit dem Privileg im objectiven Sinne ist dagegen selbstverständlich immer auch das Privilegialrecht fortan aufgehoben.<sup>246)</sup> Selbst der staatsgrundgesetzlich ausgesprochene Grundsatz, das Eigenthum sei „unverletzlich“, ist für die Gesetzgebung keine unüberwindliche Schranke; sie kann in der, in ihr selbst vorgesehenen Weise diesen Grundsatz selbst aufheben; sie kann seine Anwendung im einzelnen Falle ausschließen und so ein Recht (ein Privilegialrecht oder ein anderes) aufheben, selbst ohne „eine angemessene Schadloshaltung“ (§. 365 k. G. B.) zu gewähren; m. a. W.:

Ministerien zugewiesen“. [Das Datum dieser a. h. Entschliessung ist in der cit. Kundmachung verschwiegen. In einem das Heimfallsrecht in Böhmen behandelnden Werke von Celakovský (Právo odúmrtné k statkům zpupným v Čechách. 1882), wo S. 41 f. und Note 108 die Veranlassung dieser Kundmachung erzählt wird, wird unter Berufung auf ein im Archiv der Stadt Prag aufbewahrtes Statthalteredict v. 16. Febr. 1850 der 16. Nov. 1849 als der Tag der a. h. Entschliessung genannt und zugleich bemerkt, daß dem Prager Magistrat der Wunsch ausgesprochen worden war, die fragliche Entscheidung nicht in die Oeffentlichkeit zu bringen. (Gefällige Mittheilung unseres Collegen, des Herrn Prof. Tomášek.)]

<sup>243)</sup> Die älteren Schriftsteller räumen dem Gesetzgeber bald ein völlig freies Widerrufsrecht ein, und meinen höchstens, daß ein Privileg durch ein späteres generelles Gesetz (in welchem das Privileg nicht ausdrücklich als aufgehoben genannt ist) nicht aufgehoben werde; bald lassen sie dieses freie Widerrufsrecht nur für gratios verliehene Privilegien gelten, weil es sich da um eine Art Precarium handle und ein solches Privileg eben nichts als eine einfache landesfürstliche Constitution sei; noch andere betonen, es liege auch in einem gratiosen Privileg eine Schenkung oder ein anderer Vertrag, durch den ein gutes Recht erworben werde; oder sie beachten, daß man gar nicht genau bestimmen kann, was aus bloßer Gnade verliehen sei, wie ein Widerruf des Privilegs sogar zum ökonomischen Ruin des Privilegirtten führen kann, der in den Betrieb des Unternehmens (z. B. einer Ueberfuhr) sein Vermögen gesteckt habe; sie beschränken daher das freie Widerrufsrecht oder verlangen, daß es nicht ohne Entschädigung geübt werde. Vgl. z. B. Leyser spec. XI ne. V. pag. 121, Kreittmayr I S. 23, 101 f., Glück II S. 32 ff., Schloffer Briefe S. 187 ff., Höpfer § 50, Wiener Heineccius I S. 43 f., Hufeland S. 268 ff. Auch die Neueren gehen noch keineswegs durchaus von gleichen Gesichtspunkten aus. — Von österreichischen Schriftstellern will Rippel I S. 116 den freiwilligen Widerruf der aus bloßer Gnade verliehenen Privilegien zulassen und beruft sich dafür auf §. 21 Hof. G. B.

<sup>244)</sup> Kierulff S. 58 f. Note \*, S. 60.

<sup>245)</sup> Die den Mitgliedern der früher reichsunmittelbaren Familien als Standesrecht zustehende Freiheit von der Leistung der Militärpflicht konnte daher kein Hinderniß sein, die allgemeine Wehrpflicht einzuführen und sie auch auf diese früher begünstigte Gruppe zu erstrecken (S. y. Sammlung II Nr. 55). Ebenso hängt es von der Gesetzgebung ab, ob sie in Fällen solcher Aufhebung erworbener Rechte Entschädigung gewähren wolle, oder nicht; unter Umständen ist es aber selbstverständlich, daß eine solche nicht gewährt werden soll; so kann von einer Entschädigung gewiß nicht die Rede sein, wenn der Staat Steuerfreiheiten aufhebt, um seine Cassen zu füllen; eine genaue Grenze der Entschädigungspflicht aus Rechtsgründen läßt sich gar nicht ziehen, sondern es kann sie das Gesetz nur im einzelnen Falle bestimmen. Christiansen über erworbene Rechte S. 70, 80, 85.

<sup>246)</sup> Soweit ist die Behauptung Kierulff's S. 54 gewiß richtig, daß hier das subjective Recht den ganzen Inhalt des Gesetzes ausmache und mit ihm stehe und falle.

Ob die Aufhebung eines Rechtes, insbesondere eines Privilegialrechtes, sich innerhalb der gesetzlichen Schranken der Zwangseignung zu bewegen habe, oder ohne Entschädigung vor sich gehe oder eine die Höhe einer „angemessenen Schadenshaltung“ nicht erreichende Entschädigung gewährt werde, das sind Fragen, die ihre Beantwortung auch wieder nach dem in concreto ausgesprochenen Willen der Gesetzgebung finden.<sup>247)</sup> Sie kann dieselben in dem einen oder dem anderen Sinne entscheiden, und kein Richter kann und darf sich der Befolgung des Willens der Gesetzgebung entziehen und eine Entschädigung zuerkennen, wo sie dieselbe verweigert.

Die Gesetzgebung also kann jedes Privilegialrecht selbst ohne Entschädigung aufheben. Aber die einseitige und alleinige Betonung dieses abstracten Könnens ließe geradezu auf eine Negation der Rechtsidee hinaus.<sup>248)</sup> Die ältere Praxis unserer Gesetzgebung hat allerdings nicht gewweifelt, es müsse „stets von dem Landesfürsten abhängen: semohl eine Gnadenverleihung willkürlich zu widerrufen, als auch jede andere nach Befinden aufzuheben“ . . .<sup>249)</sup> und dieser Grundsatz ist auch thatsächlich nicht selten zur Anwendung gebracht worden.<sup>250)</sup> Unseres

<sup>247)</sup> Wächter Württemb. Pr. R. II S. 832 ff., Pözl S. 376, Stahl Die Philosophie des Rechtes (3. Aufl.) II 2 S. 629 ff., Schlayer S. 91, Lassalle System der erworb. Rechte I S. 166, Schulte Kirchenrecht I S. 163 f., Dernburg I S. 47. Vgl. auch Prazat Richterl. Prüfungsrecht S. 35 Note 63.

<sup>248)</sup> Christianfen S. 55. Vgl. Brinz S. 233.

<sup>249)</sup> Jof. G. B. §. 21, das übrigens fortfährt: „wenn davon ein widriger Gebrauch oder Mißbrauch gemacht oder solche durch Veränderungen der Umstände unbillig, mit denselben unverträglich, vielleicht gemeinschädlich würde.“ Der der Revisionscommission vorliegende Urentwurf (und das westgal. G. B.) enthielt keinen Satz dieses Inhaltes. Sonnenfels beantragte die Aufnahme des nachfolgenden Paragraphen: „So erkischt auch ein Privilegium, wenn wegen Veränderung der Umstände dessen fernere Dauer dem allgemeinen Wohle nachtheilig sein sollte. Die Erlöschung eines Privilegiums aus dem alleinigen Grunde des allgemeinen Wohles muß jedoch von dem Landesfürsten erklärt und der Privilegirte über den erweislich ihm entgangenen Nutzen verhältnismäßig entschädigt werden.“ Dazu bemerkte er: „Die beigerichtete Bedingung der Entschädigung liegt in der Natur der gesellschaftlichen Gerechtigkeit, die nicht zugibt, daß ein einzelnes Mitglied der Gesellschaft für einen allgemeinen Nutzen einseitig den Aufwand trage, d. i. daß ein gemeinschaftlicher Vortheil des Ganzen mit dem Schaden eines Theiles erworben werde. Die Unterscheidung der älteren Rechtsgelehrten zwischen einem titulo oneroso und favorabili, unter welchem ein Privilegium an sich gebracht worden, ist mit der Schule und dem Ansehen der Glossatoren zugleich verschwunden. Man erlaubt sich heute die beleidigende Vermuthung gegen die öffentliche Verwaltung nicht, daß sie die Privilegien als ein Spielwerk der Willkür und Laune anzusehen fähig sein sollte; und man kennt den wahren Werth der Dinge zu gut, um den Aufwand an jedem nützlichen Talente und Bürgerdienste, das durch Privilegien ermuntert oder belohnt wird, geringer als den Aufwand an Geld zu schätzen.“ Die Commission nahm den Antrag Sonnenfels' als §. 36 in ihre Beschlüsse auf, doch nicht ohne Widerspruch: Dswalder und Strobl wollten in f. tertium: „... erklärt und sofern das Privilegium durch einen lästigen Titel (titulo oneroso) erworben worden, oder ein zur Ausübung des Privilegiums geschehener beträchtlicher Aufwand, der durch die Aufhebung ohne Nutzen bleibe, rechtsbefähigt erwiesen wird, muß der Privilegirte dafür verhältnismäßig entschädigt werden.“ Die hier vorgeschlagene Unterscheidung zwischen lucrativem und onerosom Erwerb wies Rottenhan mit der Bemerkung zurück, daß „nach den gegenwärtigen Grundsätzen der Staatsverwaltung Privilegien nicht mehr, wie vor Zeiten, bloß finanziert, sondern allzeit nur wegen eines auf das Wohl des Staates Beziehung nehmenden Grundes erteilt werden, an sich also weder der Fall eines tituli onerosi noch jener eines tituli mere gratuiti sich ergeben kann.“ Dagegen wollten Koller, Haan, Grohmann und Fehrig der Entschädigung nicht Erwähnung thun: „Sie würde hauptsächlich mit dem den Privilegien gewöhnlich beigerichteten, und neuerlich durch eine a. h. Resolution im Jahre 1792 angeordneten Vorbehalte: solche nach Umständen zu vermindern, zu vermindern oder gar aufzuheben, nicht vereinbarlich sein —, zu geschweigen, daß durch derlei im G. B. erscheinende Entschädigungsbedingung als eine gleichsam auffordernde Erklärung zu manchen unstatthaften Vergütungsansprüchen Anlaß gegeben würde.“

<sup>250)</sup> Vgl. z. B. Pözl und Mäuthen-Freiheits-Cassirung“, motivirt mit dem Nachtheil, der dem gemeinen Wesen aus diesen Befreiungen entspre, Cod. austr. II S. 543 f.

Erachtens ist aber dieser Grundsatz durch §. 13 b. G. B. zurückgedrängt; mag immerhin dieser Paragraph so, wie er von den Redactoren gedacht war, nur dem Richter sagen wollen, daß Privilegialrechte so zu beurtheilen seien, wie andere Rechte von gleichem Inhalt, so hat doch das Gesetzbuch diesen Satz nicht auf den Fall eines über ein Privilegialrecht geführten Civilrechtsstreites beschränkt, sondern ganz allgemein ausgesprochen. Dem Geiste dieser Gesetzgebung entspricht es demnach nicht mehr, wollte man auch nur für Privilegialrechte gedankemäßig die Regel in den Vordergrund stellen, daß ihre Aufhebung von dem Belieben der Gesetzgebung abhängt. Vielmehr ist davon auszugehen, daß ein durch ein Privileg entstandenes Recht ein ebenso gutes Recht, also auch von derselben Festigkeit und Dauerbarkeit sei, wie ein auf anderem Wege entstandenes. Willkürliche Aufhebung auch eines Privilegialrechtes erscheint ebenso als eine Ungerechtigkeit, wie die willkürliche Aufhebung eines anderen Rechtes; liegen aber so zwingende Gründe vor, wie sie die Gesetzgebung bestimmen dürfen, in andere wohlervorbene Rechte einzugreifen, dann ist freilich auch die Aufhebung von Privilegialrechten<sup>251)</sup> gerechtfertigt, da diese ja keineswegs bessere Rechte sind, als die auf anderem Wege entstandenen. Bei manchen Kategorien von Privilegien liegt übrigens der Gedanke, sie möchten — und wäre es selbst durch die Gesetzgebung — aufgehoben werden, sehr weit ab; bald, weil es sich um Interessen handelt, welche selbst der höchsten staatlichen Autorität als unantastbar gelten müssen; bald weil sich die Gefahr, die etwa mit der Fortdauer des Privilegs verbunden sein könnte, auf andere Weise als durch seine formelle Aufhebung beseitigen läßt.<sup>252)</sup>

Das Privilegium der „Weinförnerbäckfabrika“ wurde 1709 auf 25 Jahre verwilligt (Cod. austr. III S. 593 f.); das bestätigende Patent v. 1711 (ebd. III S. 604) befiehlt trotzdem nur, „daß . . . besagten Josephinischen Patenten bis auf fernere Verordnung und bis nicht ein anderer allergnädigster Befehl erfolgt, völliger Gehorsam geleistet werde.“ Cod. austr. V S. 352: „Bei Gelegenheit des . . . neuen Contributions-systematis . . . resolvirt, daß kein Ort oder Gemeinde im Land, so privilegirt ist immer sein möge, von der Contribution frei gelassen . . . werden sollen.“

<sup>251)</sup> Nicht anders ist wohl auch der Vorbehalt zu verstehen, der in dem Hofb. v. 1836 (oben Note 241) enthalten ist. Unter diesen Gesichtspunkt reißt sich ungezwungen die kais. Verordnung v. 14. März 1851 N. G. B. Nr. 71; sie beseitigt das Privilegium (v. 1815) der Local-Buchdruckerei in Klausenburg, die römisch-katholischen Schulen Siebenbürgens mit allen Schulbüchern zu versorgen, und die Privilegien (v. 1779, 1811, 1822) der Universitätsbuchdruckerei in Ofen, die Schulbücher aller öffentlichen Schulen zu verlegen und zu verkaufen, die römisch-katholischen Messbücher und Breviere mit schwarzem Druck und das corp. iuris hung. zu verlegen. Daß eine Entschädigung nicht ausgemessen wurde, begreift sich wohl schon daraus, daß diese Privilegien nicht eigentlich die Bestimmung gehabt hatten, den privilegirten Unternehmungen Gewinn abzuwerfen. [Ausgehend von der Anschauung, daß die Cabucrisrechte von Prag und Wien, ohne Unterschied ihrer rechtlichen Grundlagen mit der gesetzlich ausgesprochenen Grundentlastung vereinbar seien, wurden dieselben durch Min.-Erl. v. 6. Juni 1853 und 3. April 1855 (bezogen in der Note 242 allegirten Kundmachung und in der Verordnung des Statth. von Niederösterreich. v. 10. April 1855, Z. 16448, Land. N. B. 1855 II. Abth. Nr. 11) „als mit den dormaligen Gesetzen und Einrichtungen nicht vereinbar, vom 7. Sept. 1848 als erloschen“ erklärt. Die Geltendmachung dieses Gesichtspunktes scheint uns die Anerkennung der im Texte vertretenen Ansicht zu enthalten. Daß freilich dieser Gesichtspunkt in beiden Fällen nicht zutrifft, soweit es sich um die auf Privilegien beruhenden Heimfallsrechte der beiden Städte handelt, darüber s. Tomasek, das Heimfallsrecht. Wien 1882, bes. S. 85 ff., 113 ff., dessen Ausführungen wir jedoch insofern nicht zustimmen können, als er (S. 102 ff.) ein entscheidendes Argument aus den Worten „in jedem einzelnen Falle“ (oben Note 241) gewinnen zu können meint.]

<sup>252)</sup> So kann den nachtheiligen Folgen einer erteilten *venia aetatis* durch eine später verhängte Probigalitätsklärung die Spitze abgebrochen werden; Ehehindernißdispensen haben ihren Zweck erfüllt, wenn die Ehe eingegangen ist; daß die Gesetzgebung dann noch die Ehe nach rückwärts für ungültig erklären könne, ist zwar ebenso wenig unmöglich, als die Erlassung eines anderen rückwirkenden Gesetzes, wird aber wohl nie vorkommen;

Ein anderes Organ als die Gesetzgebung kann die Aufhebung eines Privilegs nur aussprechen, soweit es von derselben dazu berufen ist; <sup>253)</sup> der Zustimmung des Privilegirten bedarf es auch in diesem Falle nicht; <sup>254)</sup> wohl aber darf die Aufhebung nicht willkürlich, sondern nur aus jenen rechten Gründen erfolgen, die in der Gesetzgebung vorgesehen sind, wobei freilich sehr freies Ermessen der Verwaltung zulässig sein kann. <sup>255)</sup> Gegen unbegründeten Widerruf gewährt der ordentliche Instanzenzug <sup>256)</sup> und in manchen Fällen der Reichsgerichtshof oder der Verwaltungsgerichtshof Schutz. <sup>257)</sup> Insbesondere ist auch die Aufhebung von Privilegien durch die Verwaltung im Wege der Zwangseignung, <sup>258)</sup> und dann ohne Unterschied, ob das Privileg zu den onerosen oder nicht onerosen gehört, ebenso möglich wie die Aufhebung „selbst des vollständigen Eigenthums einer Sache“. Und wo sich die Gesetzgebung (oder wer sonst das Privileg verliehen hatte) freiwilliglichen Widerruf <sup>259)</sup> oder Widerruf auf das Eintreten einer gewissen Eventualität hin vorbehalten hat, <sup>260)</sup> kann die principielle Zulässigkeit desselben von vornherein nicht zweifelhaft sein.

Wenn endlich, anknüpfend an das kanonische Recht, die ältere Doctrin <sup>261)</sup> und Gesetzgebung <sup>262)</sup> den Mißbrauch eines Privilegialrechtes durch den Privi-

bevor aber die Ehe eingegangen wurde, könnte der erteilten (kirchlichen) Dispensation durch ein *vetitum ecclesiae* praktisch die rechtliche Kraft suspendirt werden. Vgl. Schulte Handb. d. Eherechts §. 39 S. 331 ff. Die staatliche Ehegesetzgebung hat allerdings etwas Aehnliches nicht.

<sup>253)</sup> Vgl. Wächter und Pözl a. d. aa. DD. Die Aufhebung obiofer Privilegien dagegen, als welche keinen Eingriff in erworbene Rechte enthält, muß der Gesetzgebung immer frei stehen.

<sup>254)</sup> Windscheid Pand. §. 136 a.

<sup>255)</sup> Vgl. z. B. Industriepriv. Ges. v. 1852 §. 29 lit. 1 c mit §. 19 und §. 11 i. f. Diese Aufhebung ist auffallenderweise nicht als „Erlösung“, sondern als „Nichtigkeitsklärung“ charakterisirt. Vereinsgesetze v. 1852 und 1867 §. 24.

<sup>256)</sup> Vereinsgesetze cit. §. 25.

<sup>257)</sup> St. G. v. 21. December 1867 R. G. B. Nr. 143 art. 3 lit. a; Ges. v. 22. October 1875 R. G. B. ex 1876 Nr. 36 art. 2, 3. Budwinsky Sammlung I 103 a. E.

<sup>258)</sup> Darüber das Nähere in der Lehre von der Expropriation.

<sup>259)</sup> So bei der Befugniß zur Pulvererzeugung nach B. v. 31. März 1853 Nr. 91 §. 5; ebenso enthält die Bestätigung der Bozner Marktprivilegien v. 1. April 1744 den Vorbehalt, dieselben „zu mehren, zu mindern oder gar aufzuheben“. Luca Justizcodex V S. 301 ff., Art. 55.

<sup>260)</sup> Z. B. Vereinsgesetz v. 1852 §. 24 lit. c. Vgl. auch Jos. G. B. §. 22 a. A. Einen sehr wichtigen Fall bildet die Außerkräftsetzung der Eisenbahnconcessionen (Conc. Gesetz v. 1854 §. 11) wegen Nichtinhaltung des für die Vollenzung der Bahn oder einzelner Strecken oder für die Eröffnung des Betriebs festgesetzten Termins (vgl. z. B. Kundmachung v. 11. März 1871 Nr. 18); seit geraumer Zeit behält sich die Verwaltung auch regelmäßig vor, die Eisenbahn nach Ablauf von 30 Jahren einzulösen (vgl. z. B. G. v. 23. October 1863 Nr. 89, 23. November 1863 Nr. 90, Ges. v. 11. Jänner 1864 Nr. 5), und die Concession für erloschen zu erklären, wenn trotz vorausgegangener Mahnungen wiederholt Verletzungen oder Nichtbefolgungen der in der Concessionsurkunde oder in den Gesetzen der Unternehmung auferlegten Verpflichtungen vorkommen (vgl. z. B. Conc. Urkunde v. 26. Juni 1866 R. G. B. Nr. 91 §. 28, Kundm. v. 7. Mai 1879 Nr. 71 u. a.). Ein anderes Beispiel im Erl. v. 28. April 1866 Nr. 50.

<sup>261)</sup> Vgl. z. B. Leyser spec. XI Nr. IV pag. 121: Ein Mann, der sich dadurch gegen das Meßprivilegium vergangen hatte, daß er die Waaren eines Marktfahrers mit Beschlag besetzen ließ, wurde selbst verhaftet; seine Einwentung, es verstoße die Verhaftung gegen das Meßprivilegium, blieb unbeachtet, weil er selbst dagegen gesiecht hatte. Die herrschende Lehre hat den Satz in jener Allgemeinheit aufgegeben. Wächter Württ. Pr. R. II S. 832 f.

<sup>262)</sup> Vgl. Jos. G. B. §. 21, A. L. R. Einl. §. 72, westfal. G. B. §. 54; hier ist verlangt, daß Jemand „gerichtlich überwiesen werde, daß er ein ihm verliehenes Privilegium auf eine listige Art gemißbraucht“ habe. Auf Antrag von Sonnensfeld tertierte die Revisionscommission: „Wer vollends von einem erhaltenen Privilegium Mißbrauch gemacht zu haben, bei der Behörde, von welcher dasselbe erteiltet worden, überführt wird,

legirten als einen die Aufhebung der verschiedensten Privilegien rechtfertigenden Grund angesehen hat, so kann nur constatirt werden, daß ein allgemeiner Rechtsatz dieses Inhalts in der gegenwärtigen österreichischen Gesetzgebung nicht mehr vorkommt, sondern nur einzelne Fälle dieser Art in derselben vorgesehen sind,<sup>263)</sup> wo denn die Aufhebung auch ohne Gewährung einer Entschädigung zu erfolgen hat. Ginge aber, auch abgesehen von diesen Fällen, der Mißbrauch eines Privilegs so weit, daß dessen Aufhebung durch das öffentliche Wohl geboten wäre, dann gehörte der Fall unter einen anderen, schon oben bezeichneten Gesichtspunkt.

Auch darüber endlich gibt es keine allgemeine Regel, welcher Rechtszustand nach dem Erlöschen eines Privilegiums einzutreten habe. Der Fall kann sich nun so gestalten, daß jene allgemeine Regel, von der das Privileg eine Ausnahme machte, schlechtweg an seine Stelle tritt; es kann aber auch in dem Privileg selbst oder in allgemeineren Gesetzen eine Vorsehung getroffen sein, die ganz Anderes mit sich bringt.<sup>264)</sup>

### §. 14.\*)

#### Haupttheilung des bürgerlichen Rechtes.

Die in dem bürgerlichen Gesetzbuche enthaltenen Vorschriften haben das Personenrecht, das Sachenrecht und die denselben gemeinschaftlich zukommenden Bestimmungen zum Gegenstande.

I. Redaction. Das Gesetzbuch so abzufassen, daß in demselben „eine faßliche, ungekünstelte Ordnung der Gegenstände“ walte, „daß gleichförmige und zusammenhängende Materien, die aus gemeinschaftlichen Grundsätzen zu beurtheilen sind, zusammengestellt werden,“ war ein Bestreben der Redactoren, das ihre Thätigkeit zu jeder Zeit noch weit mehr erfüllte, als man nach ihren allgemeinen

hat solches, unter was immer für Bedingungen es erhalten sein mag, unmittelbar verwirklicht, — weil eben diese Behörde das am besten beurtheilen könne.

<sup>263)</sup> Insbesondere kann man dahin stellen gewisse Fälle der Auflösung von Vereinen.

<sup>264)</sup> Ist eine Steuerbefreiung erloschen, so unterliegt der bisher Befreite fortan den allgemeinen Steuergesetzen. Nach dem Erlöschen eines Industrieprivilegs steht die Benutzung der Entdeckung u. s. w. unter Beobachtung der bezüglichen Gewerbegeetze und sonst einschlägigen Anordnungen frei, §. 30 d. Pat. v. 1852; Vollzugsvorschrift §. 31 Z. 3. Ueber die Zweideutigkeit der bezüglichen Vorschrift in den älteren Privilegiengesetzen vgl. Turba in d. Ztschr. f. österr. R. G. 1829 II S. 159 ff., Hölzel ebenda 1830 I S. 201 ff., Starba S. 198 ff., 234 f.; die (neueren) Eisenbahnconcessionen statuiren in großer Regel (vgl. jedoch Jur. Bl. 1881 Nr. 10) ein Heimfallsrecht zu Gunsten des Staates nach Ablauf der Concessionsdauer; die Vereinsgeetze (1852: §. 26; 1867: §. 27) weisen die Behörden an, im Falle der behördlich verfügten Auflösung des Vereines bezüglich des Vereinsvermögens die angemessenen gesetzlichen Vorkehrungen einzuleiten u. s. w.

\*) Literatur: Thibaut Versuche II 1 (1801). Heise Grundriß eines Systems des gem. Civ. R. (1807 und österr.), Unterholzner Jur. Abb. (1810) Nr. III: über die Classific. d. Privatr. S. 93 ff. Hugo im Civ. Mag. IV (1812) Nr. 1 S. 1 ff. Puchta im Rhein. Mus. III Nr. 6 S. 115 ff. und Nr. 17 S. 289 ff. (1829) = Klein. civ. Schr. Nr. 13, 14 S. 221 ff. Savigny Syst. I §. 52 ff. S. 331 ff. (1840). Böding Inst. (1843, 1853) I S.\* 22 ff. Arudts Civ. Schrift. III S. 271 ff., vgl. S. 288 ff. (1844). Sinteris Bemerkungen über Rechtssysteme, bes. die in der neuesten Zeit einander entgegengesetzten, in Finde's Ztschr. XIX 2 S. 41 ff. (1844). Berger Privatr. u. bürgerl. Recht nach ihrem begriffl. Unterschied und ihrer system. Sicherung, in der Ztschr. f. Rechts- u. Staatsw. 1846 I 1 S. 1 ff. Schwauert zur Systematik des österr. Civ. R. in Haimers Mag. V 18 S. 407 ff. VI 10 S. 175 ff. (1853). Unger der Entw. eines b. G. B. f. d. Königreich Sachsen S. 8 ff. Paschmann die §§. 14 u. 15 des österr. a. b. G. B. im Mag. VII 2 S. 45 ff. Sarum ebenda VIII S. 402 ff. u. XV S. 229, bes. Note.\* Unger System I §. 24 (1856). Keller Inst. (1861) S. 1 ff. Windscheid Pand. §. 13, 38 ff. Neuner Wesen und Arten der Privatrechtsverb. 1866. (darüber Würkel in der rit. Vierteljahrsschr. XI S. 191 ff.). Runge Excurs (2. Aufl.) S. 307 ff. Schifferner Systemat. Lehrb. §. 4. Vgl. auch die zu den nächstfolgenden Paragraphen angeführte Literatur.

diesfälligen Ausprüchen<sup>1)</sup> glauben möchte; es tritt dieses Streben zu Tage, mag es sich um die Gliederung des Stoffes nach großen durchschlagenden Gesichtspunkten, oder um die Einreihung des unbedeutendsten Rechtsfages handeln. Es ist das ein Gegenstand, dem von Azzoni's Generalplan<sup>2)</sup> an bis zur dritten Lesung im J. 1809 stete Aufmerksamkeit zugewendet wird; die Ordnung des Gesetzbuches zu verbessern, sind die Redactoren unbedenklich bereit, selbst schon gefasste Beschlüsse wieder aufzuheben. Das geschah schon mit Azzoni's Generalplan. Beschlossen war eine Hauptabtheilung in drei Theile;<sup>3)</sup> abweichend davon enthält aber der Plan, wie ihn Azzoni entwarf, vier Theile: Von dem „Recht der Personen, der Sachen, der Verbindungen und der Ordnung gerichtlichen Verfahrens“ (sic).<sup>4)</sup> Als später im Verlauf der Arbeiten feststand, daß die Gerichts-

<sup>1)</sup> S. Zeiller's Vortrag v. 21. Dec. 1801 und Beil. z. Vortrag v. 19. Jän. 1808 in den Exkursen I S. 48, 64, wo auch die im Text angezogenen Stellen stehen, und vgl. Zeiller in Jährl. Beitrag I S. 68 f., und in seinem Comm. I S. 24 f., Pfaff in Grünhut's Zeitschr. II S. 281 ff.

<sup>2)</sup> Der Titel des Generalplans lautet: „Der Römisch-Kaiserlichen in Germanien zu Hungarn und Böhheim Königl. Majestät Mariae Theresiae . . . Allgemeines Recht für Dero gesammte Teitsche Erb-Lande, Nach welchen sich Sammentliche Freigeborsamste Stände Inwohner und Unterthanen und sowohl Obere als Untere Stellen in Deroselben Erb-König-Reich Böhheim, Erz-Herzogthum Oesterreich . . . als einem Gleichförmig gewissen und festen Gesetz Gerichtlich und ausssergerichtlich hinführo betragen, auch lebiglich darnach handeln und richten sollen.“

<sup>3)</sup> Oben S. 9.

<sup>4)</sup> Die „Abhandlungen“ und deren Unterabtheilungen („Abschnitte“), welche die drei ersten Theile enthalten, f. bei Harraßowsky Gesch. d. Codif. S. 51 ff. Der vierte Theil enthielt nicht etwa blos Actionenrecht im modernen Sinne, sondern in der That das Proceßrecht in 22 Abhandlungen, deren Schema in den Exkursen mitgetheilt werden wird. Trotz dieser ausführlichen Behandlung des Processes und obwohl die vier Hauptabschnitte des Werkes ausdrücklich als „Theile“ bezeichnet sind, wollen diese Theile dennoch nur bedeuten, was Justinian's vier Bücher bedeuten wollen, und die stoffliche Eintheilung des Werkes selbst ist als eine trichotomische gedacht. Doch freilich anders, als wir das Institutionensystem heut verstehen. Den dritten Theil in dieser Eintheilung bilden nicht die Klagen, sondern die Obligationen, und zu diesen als den Müttern der Klagen gehört auch der ganze vierte „Theil“ — und konnte um so ungezwungener dazu gerechnet werden, als das „Recht der Verbindungen“ nicht nur das in sich schloß, was die heutige Systematik in das Obligationenrecht zu stellen pflegt, sondern auch Verbindungen „aus dem Stand der Personen, aus dem Eigenthum und andern an Sachen haftenden Rechten, aus erblichem Recht“ u. s. w. Uebrigens wird das soeben Behauptete in dem Generalplan selbst wiederholt ausgesprochen. Gleich in dem an der Spitze des Werkes stehenden „Vorläuffigen Innhalt demnächtigster Verabsaffung“ wird der Stoff im Ganzen disponirt: „Von Ordnung und Eintheilung dieses Rechts nach dem dreysachen gegenwurff, worzu alles Recht gehörig ist“ (dazu in der Note: §. 12 J. de iure nat. 1. 2). „Benanntlich: Personen, Sachen, Rechtsabhandlungen, als Verbindungen und Rechts-Forderungen oder anruffungen des Rechts. So daß in dem ersten Theil: Von Personen, deren Eigenschaften, VorRechten, untergebung und abhang; In dem zweiten Theil: Von Sachen, deren Eigenthum, Besitz und allerley daran gebührenden Recht; In dem dritten Theil: Von Verbindungen und daher rührender anruffung des Rechts gehandelt und dann ein absonderlicher oder Vierter Theil Von Rechtshülfe und gerichtlichen Verfahr beigefügt werde.“ Dazu I. Theil I. Abh. (B. d. Gerechtigkeit u. den Rechten). 6. Abschnitt. (Vom Gegenstand des Rechts): „Wienach alles Recht entweder die Personen, oder die Sachen, oder Verbindungen und Rechtsabhandlungen zum Vorwurf habe?“ (Dabei wieder in der Note die oben cit. Institutionenstelle). Besonders charakteristisch ist das soeben zum III. Theil: Nachdem bemerkt ist, daß es sich nicht um Handlungen in jenem weiten Verstand handle, „welcher alles menschliche Thun und Lassen einbegreiffet, wovon man sagen kann, daß es Recht oder unrecht sei.“ auch nicht in jener engeren Bedeutung, „wo die in menschlicher Gesellschaft vorkommende Handlungen gewisse Wirkung des Rechts auf sich haben und diese oder jene Berechtigung aufmachen — dann sogestalt gebören solche zu dem zweyten gegenwurff, nemlich: zu unkörperlichen Dingen oder Rechten. Sondern in der noch Engeren einschränkung, wo nur jene Handlungen begriffen werden, so da eigentlich zu erlangung dessen, was eines jedweden eigen ist oder demselben gebühret, und zwar durch gerichtliche Wege gewidmet sein“ — heißt es: „Gleichwie nun die Handlungen oder Klagen in dießem Eigentlichen Verstand nur jenes Begreifen, was

ordnung selbständig bearbeitet werden solle,<sup>5)</sup> blieben als Gegenstand des dritten Theiles nur die Obligationen übrig. Aber auch daran wurde nicht festgehalten. Die Revisionshofcommission, in welcher überhaupt die Frage der Systematik des Gesetzbuches von Sonnenfels so lebhaft und umständlich urgiert wurde,<sup>6)</sup> daß er nothwendig fand, sich gegen den Vorwurf zu verwahren, es sei ihm um Verzögerung der Arbeit zu thun, „hatte folgende Uebersicht“ des gesammten Privatrechtsstoffes „als gegründeter und faßlicher“ denn die des Urentwurfs vorgeschlagen:

„Die verschiedenen Verhältnisse der Staatsbürger unter sich haben ihren Grund entweder in der Person oder in der Sache an sich selbst und im Allgemeinen, oder sie rühren von besondern verbindlichen Handlungen her, bei welchen auf Personen oder Sachen, oder vereinbart auf Sachen und Personen Rücksicht genommen wird. Daher werden persönliche, dingliche oder nach Verschiedenheit der verbindlichen Handlungen, aus erlaubten Vertragerechte, aus unerlaubten Ersatzrechte festgesetzt: wornach das bürgerliche Privatrecht in drei diese Rechte enthaltende Abtheilungen zerfällt, denen eine vierte Abtheilung über die Handhabung der bürgerlichen Rechte<sup>7)</sup> durch die bürgerliche Rechtspflege beigelegt wird.“

Auf die Fassung des westgal. Gesetzbuches hatte dieser Antrag keinen Einfluß; I §. 27 lautete, wörtlich übereinstimmend mit dem Urentwurf:

„Weil aber die Ausübung der Rechte bald auf Personen ohne Rücksicht auf Sachen, bald auf Sachen ohne Rücksicht auf Personen, bald endlich auf gewisse Personen und gewisse Sachen zugleich einen Bezug hat; so werden sowohl Personenrechte als Sachenrechte angenommen. Die Sachenrechte aber in Rechte auf die Sache, und in Rechte zur Sache getheilt. Nach diesen Verhältnissen zerfällt das bürgerliche Privatrecht in drei Bücher.“

Ohne die Beschränkung des dritten Theiles auf das Obligationenrecht anzugreifen, erinnerten hiezu die Wiener und die Prager Universität:

„Es dürfte angemessener sein, anstatt der in dem Entw. vorkommenden, minder bekannten und nicht aller Orten in gleichem Sinne genommenen Ausdrücke: 'Rechte auf die Sache' und 'Rechte zur Sache' vielmehr die gewöhnlichere und bekannte Eintheilung und Benennung der Rechte, nämlich: dingliche und persönliche, beizubehalten.“

Endlich gehört hieher aus den „allgemeinen Anmerkungen“ eine Erinnerung der Innsbrucker Facultät, welche in dem Entwurf neben Anderem „die Materie von dem Rechte der Klagen“ vermiste, — und nachstehendes Monitum der Freiburger Facultät:

man einen gerichtlichen Anspruch oder Rechtsklage nennet, sogestalt aber unmittelbar auf der Verbindung entspringen, womit eine Person nach dem Stand verpflichtet, oder eine Sache befaßt, oder überhaupt jemand Schuldig ist, dem anderen etwas zu geben, zu thun oder zu leisten; dahero werden ganz füglich die Verbindungen selbst mit folge deren darauf entspringenden Rechtshandlungen oder darinnen gegründeten Rechtsklagen für den dritten gegenwurf des Rechts gehalten.“ Daher (IV. Theil proem.) wäre die Ordnung gerichtlichen Verfahrens „gar nicht vonnöthen“, „wann Jenes, so das Recht der Personen, der Sachen und der Verbindungen mit sich bringt, Jedermann dem andren unweigerlich verwilligte, und Solches zu geben, zu thun, zu leisten sich von selbst bequemet“ . . . „Nachdem aber ein unordentliche Begierde und harter Eigensinn allzuoft verleitet: daß einer dem andren, was ihm zusehet, versage, benehme oder vorenthalte; So hat diese Unordnung am allermeisten einer Ordnung vonnöthen“ . . . Ein verwandter Gedanke Zeiller's weiter unten. (S. 362.) Daß die Obligationen den dritten Theil des Institutionensystems bilden, daran hielt auch das Project des corp. iur. Frid. fest (Part. I. lib. I tit. 3 §. 2—4). Vgl. über die verschiedenen Anschauungen, diese Frage betreffend, namentlich jene, die zu Ende des vorigen und zu Anfang des laufenden Jahrhunderts vertreten wurden: Hugo im Civ. Mag. IV 1 S. 1—50.

<sup>5)</sup> H arrasowsky S. 59, 99; Domin Neunere österr. Rechtsgesch. S. 48.

<sup>6)</sup> Darüber Excurse zu §. 14.

<sup>7)</sup> Ueber die gleichzeitigen (und späteren) Codificationsarbeiten, betreffend das Civilproceßrecht, die freilich die G. D. nie als eine „Abtheilung des bürgerlichen Privatrechts“, sondern immer als selbständiges Werk denken, s. Canstein Lehrb. der Gesch. u. Theorie des österr. Civilproceßrechtes I (1880) §. 14, 15.

„Jedes Privatrecht bestehe in Rechten der Personen, Sachen und Klagen. Die ersten zwei seien hier bearbeitet, das dritte, welches aber auch zum theoretischen Recht<sup>9)</sup> gehört, weggeblieben. Sollte es nicht als Vorbereitung zur neuen Gerichtsordnung vorausgeschickt werden, so käme es zum theoretischen Theil nachzutragen. Denn obschon man sich um die Namen der Klagen nicht bekümmert, so müsse doch durch das Gesetz bestimmt werden, was jede Klage in sich enthalte, wem sie gebühre, was darin zu beweisen, gegen wen sie statthabe und wie das Begehren zu stellen sei.“

Bei der ersten Berathung (Prot. 11. Jänner 1802)<sup>9)</sup> erklärte sich Zeiller zwar im Wesentlichen einverstanden mit der vom Entwurf festgehaltenen Systematik; er bemerkte aber, im Personenrecht werde nur gehandelt von den Rechten der Personen überhaupt,<sup>10)</sup> und dann nur noch von dem Familienrecht. Vereinige man den Inhalt der beiden ersten Capitel zu einer Einleitung, so könne man „die Rechte in solche, die aus Familienverhältnissen entspringen, und in solche eintheilen, die ohne Rücksicht auf Familienverhältnisse auf Sachen erworben werden; die letzteren zerfielen in die dinglichen und in die persönlichen.“

„Der Grund dieser vorgeschlagenen Abänderung liege darin: Bei der aus dem römischen Gesetzbuche abstrahirten Eintheilung des Rechtes in das Personen- und Sachenrecht scheinen selbst die meisten Rechtslehrer, wenn man ihre Schriften liest, nicht nachgeforscht zu haben, was man denn unter Personenrecht verstehen könne.<sup>11)</sup> Nehme man diese Benennung für Rechte, welche Personen zustehen, so seien offenbar alle Rechte Personenrechte.<sup>12)</sup> Nehme man sie für Rechte gegen Personen, so seien wieder alle Rechte Personenrechte; denn auch die Rechte auf Sachen beziehen sich unmittelbar<sup>13)</sup> immer nur auf Personen, daß sie uns in Rücksicht der uns zugehörigen oder uns zu leistenden Sachen nicht beeinträchtigen. Verstehe man aber unter Personenrechten etwa solche, die sich auf persönliche Leistungen durch persönliche (geistige oder körperliche) Kräfte beziehen, so müßte man auch den Vollmachts-, den Verdingungs-, den Gesellschaftsvertrag und viele andere Rechte, die man allgemein zu den Sachenrechten zählt, in das Personenrecht aufnehmen.“

„Unter Personenrecht könne man sich also nur den Inbegriff derjenigen Rechte denken, die aus persönlichen Eigenschaften oder aus einem bleibenden Zustande (dem Stande) der Personen entspringen.<sup>14)</sup> Es ließe sich zwar selbst gegen diesen Begriff noch Manches einwenden; allein wenn er nun auch hingehen möge, so müsse man, wenn man aus dem Personenrechte eine eigene Abtheilung machte, unter diesem allgemeinen und viel versprechenden Titel des Personenrechtes alle, wenigstens alle jene Privatrechte, die aus den verschiedenen bürger-

<sup>9)</sup> Vgl. Zachariä (=Puchelt) Handb. d. franz. Civilr. I §. 24 S. 59.

<sup>9)</sup> Ueber die schon bei dieser Gelegenheit von Zeiller beantragte Zusammenziehung der beiden ersten Hauptstücke (I. Thls.) des westgal. G. B. in eine Einleitung s. oben S. 115 Nr. 7.

<sup>10)</sup> Als Inhalt des 2. Hauptst. des westgal. G. B. (I. Thl.) nennt Zeiller selbst die Lehren von den angeborenen Rechten, Eintheilung der Menschen nach ihrem Alter, Todeserklärung Abwesender, Erlöschungsarten der Privilegien, privatrechtlicher Gleichstellung der Fremden mit den Einheimischen, Arten der Erlangung des Bürgerrechts.

<sup>11)</sup> In der That enthielten gerade die gangbarsten Schriften jener Zeit hierüber nur ganz Unbefriedigendes. Vgl. z. B. Hüpfner §. 60 (wo erst in der siebenten Aufl. unter dem Einflusse Thibaut's eine Note Weber's die Sache in ein anderes Licht stellte), Wiener Heinemanns I S. 56. §. 74 a. G., und selbst Glück II §. 111.

<sup>12)</sup> Ebenso Zeiller Comm. I S. 99.

<sup>13)</sup> Das Wort bezeichnet hier offenbar die Geltendmachung des Rechtes gegenüber dem möglicherweise als widerstrebend gedachten Willen anderer. Gleichwohl harmonirt Zeiller hier nicht mit sich selbst; denn Nat. Pr. R. §. 41 Note\* heißt es: „Der unmittelbare Gegenstand des Rechtes sind immer nur . . . Handlungen, die sich aber . . . zunächst beziehen“ auf die eigene Person, die Mitmenschen und Sachen.

<sup>14)</sup> Vgl. Glück a. a. O. S. 57 ff. Nähnlich Zeiller Comm. a. a. O.; vgl. aber auch S. 101 Note\*.

lichen Zuständen entspringen, in dieser Abtheilung behandeln. Dahin gehörten also die, ungezweifelt auch auf rechtliche Privatverhältnisse sich beziehenden Rechte eines Bürgers und Einwohners überhaupt, die besonderen Rechte des Adels, der eigentlichen Bürgerclasse und ihrer so mannichfaltigen Unterscheidungen, die Rechte der Grundherren und Grundholden, die Rechte der verschiedenen Religionsgenossen, die weltlichen Rechte der Geistlichkeit und mehrerer anderer Stände. Allein alle diese Rechte seien in den österreichischen Provinzen innigst in die politische Gesetzgebung verwebt und daher mit allem Grunde in dem Entwurfe des k. G. B. hinweggelassen worden. Auch habe Hofrath v. Sonnenfels bei der vormaligen Revisionshofcommission einen Plan zu einer solchen Eintheilung der Personenrechte vorgelegt, aber er (Sonnenfels) gestehe selbst, daß dieselbe nur in eine allgemeine Einleitung, die sich zugleich auf die Civil- und auf die politische Gesetzgebung bezöge, gehören würde.“

„In dem vorliegenden Entwurfe indessen werde in den nachstehenden Capiteln von keinem anderen bürgerlichen Zustande, als von dem Familienzustande gehandelt. Tribonian, welchen der Verfasser des Entwurfes in Rücksicht der Ordnung zum Urbilde gewählt, handle zwar in dem dritten Titel der Institutionen von dem Rechte der Personen und in den nächstfolgenden von der Ehe, von der väterlichen Gewalt und von der Vormundschaft. Allein, wie noch jüngst Thibaut in Jena in der Abhandlung de genuina iuris personarum et rerum indole<sup>15)</sup> gezeigt hat, so sei es nie die Meinung der römischen Rechtsgelehrten, sondern nur eine Erfindung der Ausleger gewesen, das Familienrecht unter dem Namen des Personenrechtes von dem Sachenrechte zu unterscheiden.“ Aus diesen Gründen beantragte Zeiller, die Ueberschrift des II. Capitels („Von dem Rechte der Personen“) zu streichen, die zwei ersten Hauptstücke durch eine „Einleitung“ zu ersetzen und an deren Schluß zu erklären: „daß das k. G. B. in zwei Theile zerfalle, nämlich in das Familienrecht und in das Sachenrecht.“<sup>16)</sup>

Noch mehrere Male hatte Zeiller Veranlassung, seine Auffassung vom Wesen der Personenrechte näher zu entwickeln. Zunächst, als er (Prot. 23. Aug. 1802) die Streichung des in das Personenrecht eingereihten VI. Hauptst. des westgal. G. B. („Von den Rechten und Pflichten zwischen Herrschaften und Dienstpersonen“) beantragte: „Das Personenrecht entspringe aus persönlichen Eigenschaften oder persönlichen Verhältnissen und sei auf solche persönliche Leistungen gerichtet, die nicht als ein Gegenstand des Preises, nicht als ein Gegenstand des Verkehrs, folglich nicht als eine Sache betrachtet werden können. Von dieser Art sei das Familienverhältniß zwischen den Ehegatten, Eltern und Kindern, wie auch das an die Stelle des elterlichen tretende vormundtschaftliche Verhältniß; nicht aber auch das Verhältniß zwischen der Herrschaft und den Dienstpersonen. Dieses letztere Verhältniß sei im Grunde keine Gesellschaft;“<sup>17)</sup> denn diese fordere

<sup>15)</sup> Der Titel lautet genauer: Diss. de genuina iuris person. et rerum indole, veroque huius divisionis pretio. Kil. 1796. Der wesentliche Inhalt dieser 3naug. Diss. ist resumirt bei Thibaut Versuche II 1. (1801) 2. Aufl. 1817 S. 2—9. Sie führt insbes. aus, daß es sich bei jener Eintheilung nicht um eine Eintheilung der subjectiven Rechte, sondern des objectiven Rechtes handle.

<sup>16)</sup> Daß er mit dem letzteren Antrag nicht durchbrang — s. S. 115 N. 7 a. E. Die Schlußfassung der ersten Lesung über die Tertirung unseres §. 14 fehlt in den Prot., doch bezieht sich Zeiller (Prot. v. 4. Mai 1807) auf ein „späteres“ Conclusum. Ohne Zweifel hielt dieses Conclusum fest an dem Terminus „Personenrecht“, daher sich auch Zeiller desselben stets bediente.

<sup>17)</sup> Daher stellt Zeiller in seinem Nat. Pr. R. (erste Aufl. 1802) den Lohnvertrag (§. 135 f.) auch nicht in das „gesellschaftliche Privatrecht“; dagegen handelt bei Martini Lehrbegriff II das 20. Hauptst. (§. 446 ff.) von diesem Vertrag, ihn dem Gesichtspunkt „der herrischen Gesellschaft“ unterstellend. Uebereinstimmend A. R. R. I 1 §. 4.

Vereinigung der Kräfte zu einem gemeinschaftlichen Zwecke. Hier aber seien die Zwecke verschieden: der Herr beabsichtige Dienste, der Diener den Lohn.“<sup>18)</sup>

„Noch weniger könnten die Dienstpersonen nach dem eigentlichen Sprachgebrauche zur Familie gezählt werden. Die Leistungen einer Dienstperson, ihre Causalität werde zu Gelde angeschlagen und sei somit ein Gegenstand des Sachenrechtes, des Tauschvertrages<sup>19)</sup> und insbesondere des Dingungsvertrages. Ob Dienste nur auf eine kürzere oder längere Zeit, ob sie in oder außer dem Hause geleistet werden, mache in rechtlicher Hinsicht keinen Unterschied. Die rechtlichen Grundsätze darüber seien die nämlichen und erhalten nur in der Anwendung einige besondere Modificationen. In Hinsicht auf die häusliche Ordnung und Sicherheit, die mit der allgemeinen Sicherheit in sehr naher Verbindung steht, fordere die fortdauernde Gemeinschaft der Hausgenossen unstreitig besondere Vorschriften. Diese aber seien kein Gegenstand des Privatrechtes, sondern einer politischen Gesindeordnung.“<sup>20)</sup>

Ein zweites Mal<sup>21)</sup> mußte Zeiller von dem Wesen der Personenrechte ex professo sprechen, als es sich darum handelte (Prot. 21. März 1803), das Sachenrecht durch Hervorhebung seiner Unterscheidungsmerkmale gegenüber dem Personenrecht zu charakterisiren. „Personenrechte“ — sagte er — „heißen einmal diejenigen, welche . . . in persönlichen Eigenschaften des berechtigten Subjectes gegründet, somit in subjectiver Beziehung Personenrechte sind; dann diejenigen, welche uns über die ganze Person des Anderen zustehen oder wodurch wir gleichsam die ganze Person des Anderen erwerben und mit ihm kraft der innigsten Verbindung gleichsam in eine Person vereinigt werden. Diese können in objectiver Hinsicht Personenrechte heißen. Von der Art seien die Familienrechte, nämlich die Rechte der Ehegatten, welche man für eine Person hält,<sup>22)</sup> dann die Rechte zwischen Eltern und Kindern, bei denen schon die Römer eine Einheit der Person annahmen, endlich die Rechte der Vormundschaft, welche an die Stelle der Elternrechte treten.“

„Nun komme man zu dem Sachenrechte. Eigentlich seien unsere Rechte

<sup>18)</sup> Consequent betrachtet Zeiller Nat. Pr. R. §. 166 auch das Rechtsverhältniß zwischen Eltern und Kindern, „in dem Zeitpunkte des kindlichen Alters“ als ein außer-gesellschaftliches; gesellschaftlich wird es erst, wenn das Kind mit dem Zwecke der Eltern, es zu erziehen, seinen Willen erzogen zu werden, zu vereinigen vermag.

<sup>19)</sup> Dieser Begriff ist noch im westgal. G. B. (III §. 143) unvergleichlich weiter als im b. G. B. Dort bedeutet er das, was das b. G. B. einen entgeltlichen Vertrag nennt, und stimmt daher §. 921 b. G. B. fast wörtlich mit §. 143 cit. überein.

<sup>20)</sup> Zeiller's Antrag fand sofort einhelligen Beifall. Er erneuerte ihn in der Sitzung v. 8. Juli 1805, erklärend, er habe sich überzeugt, daß man diesen Gegenstand der politischen Legislation überlassen solle. Sei auch der Grund des Rechtsverhältnisses ein Vertrag, so träten doch überall zugleich auch politische Rücksichten ein; auch sei das Verhältniß nicht überall ein gleichförmiges; es sei verschieden in den einzelnen Provinzen und Bezirken, und wieder verschieden in großen und kleinen Städten und auf dem Lande. So wie andere derartige Materien (z. B. das Verhältniß zwischen Herrschaften und Bauern) sei daher auch dieses aus dem privatrechtlichen G. B. wegzulassen. Auch könnten Streitigkeiten aus diesem Verhältniß „nicht dem bedächtlichen Zustizgange, sondern sie müßten dem schnelleren Gange der politischen Behandlung zugewiesen werden.“ Das Richtige sei also die Schaffung einer neuen Dienstordnung, und das b. G. B. brauche sich nur auf diese zu beziehen. Damit war man einverstanden. Vgl. oben S. 28, 31 u. Zeiller Comm. III S. 522 f.

<sup>21)</sup> Daß diese Ausführungen Zeiller's sich mit den früheren nicht decken, erklärt sich wohl daraus, daß er von den Beschlüssen, welche die Commission gefaßt hatte, nicht abweichen zu sollen glaubte. Vgl. auch seinen Comm. I S. 90 f.: „Das Personenrecht ist die Lehre von verschiedenen Arten von Personen und ihren Rechtsverhältnissen gegen einander ohne Beziehung auf Sachen (das Mein und Dein). Das Sachenrecht ist die Lehre von verschiedenen Arten der Sachen und dem Rechtsverhältnissen der Personen gegen einander in Hinsicht auf Sachen.“ Vgl. ebenda S. 99 ff.

<sup>22)</sup> Damit ist wohl angespielt auf Genes. II. 24.

nie gegen Sachen gerichtet,<sup>23)</sup> denn zwischen den vernunftlosen und den vernünftigen Wesen gebe es kein Rechtsverhältniß, und ein einzelner Mensch auf Erden würde wohl Pflichten, aber keine Rechte haben;<sup>24)</sup> unsere Rechte seien immer gegen andere Personen gerichtet, sie von irgend einem Gegenstande auszuschließen, oder irgend einen Gegenstand von ihnen zu fordern. Ist dieser Gegenstand nicht so, wie bei den Familienrechten, die ganze Person eines Andern, sondern nur einzelne Kräfte und Leistungen desselben, oder vom Menschen ganz verschiedene vernunftlose Wesen, so nennt man den Gegenstand eine Sache, und das darauf sich beziehende Recht ein Sachenrecht.“

„Das Sachenrecht . . . theilen die Rechtsgelehrten in ein dingliches und persönliches Recht ein. Die Benennung sei freilich nicht glücklich gewählt und sie könne bei den Anfängern, hauptsächlich in der Lehre von Servituten<sup>25)</sup> manche Verwirrung veranlassen. Daher man auch andere Benennungen gewählt habe, nämlich das Recht in der Sache und das Recht zur Sache.<sup>26)</sup> Allein jener Sprachgebrauch sei nun einmal bei den Juristen tief eingewurzelt und allgemein herrschend;<sup>27)</sup> der Verwirrung bei Schülern aber könnte durch eine genaue Erklärung in den Lehrbüchern vorgebeugt werden.“

„Unser Recht heißt ein dingliches, wenn es gegen alle Menschen ausgeübt werden kann, folglich einer Sache gleichsam anklebet; dagegen heißt unser Recht ein persönliches, wofern wir es nur gegen eine bestimmte Person ausüben, folglich nur von ihr eine gewisse Leistung fordern können.<sup>28)</sup>“

„Solle in der bürgerlichen Gesellschaft ein Recht als ein dingliches, gegen Alle sich behauptendes Recht gelten, so müsse es zur Sicherheit des Verkehrs ein deutliches Merkmal geben, woran Alle das einem Dritten ausschließend zustehende Recht erkennen können. Ein solches einleuchtendes Merkmal sei der Besitz, sei es nun ein körperlicher Besitz,<sup>29)</sup> durch aufgedrückte Zeichen, oder durch Eintragung in die Allen zugänglichen öffentlichen Bücher. Irgend ein Besitz dieser Art sei in Oesterreich nach einer vortrefflichen alten Rechtsverfassung immer nothwendig, damit uns ein dingliches Recht zustehe. Ohne denselben haben wir nur ein persönliches Recht.“

<sup>23)</sup> S. oben Note 13 und Zeiller Comm. II S. 34.

<sup>24)</sup> Zeiller Nat. Pr. R. §. 11 Nr. 4.

<sup>25)</sup> Zeiller hat hier offenbar jenen heute fast vergessenen Sprachgebrauch im Auge, der die Prädiafservituten (und nur diese) als dingliche (oder sachliche — westgal. G. B. II §. 257, 258; vgl. §. 29) bezeichnete, und damit den Gedanken nahe legte, persönliche Dienstbarkeiten seien nicht dingliche Rechte — ein Sprachgebrauch, der damals der herrschende war und noch in weit späterer Zeit vorkam. Vgl. z. B. Wiener Heineccius I S. 213 ff. (S. 391 ff.) Zacharia im civ. Mag. II 15 S. 327 ff., Zeiller Comm. II S. 292 ff., Luben die Lehre von den Serv. (1837) S. 30 ff. Dagegen vermeidet schon Höpfner Comm. S. 347 ff. jenen Sprachgebrauch; er spricht von Realservituten.

<sup>26)</sup> Ius in re, ius ad rem, im westg. G. B. II §. 29 III §. 1: Rechte auf die Sache, zur Sache. S. Brünneck über den Ursprung des sog. ius ad rem (1869), Hofmann d. P. v. titulus und modus adquir. (1873) bes. S. 26 ff.

<sup>27)</sup> Abweichend Zeiller selbst in der Erörterung der §. 1—3 westgal. G. B. III (Prot. v. 21. Jänner 1805): „Der Verfasser (des Entw.) übersetze die römische Eintheilung in iura in re und iura ad rem durch die Worte: Rechte in der Sache (im westgal. G. B. steht: Rechte auf die Sache selbst) und zur Sache. Wäre die Uebersetzung auch ganz richtig, so sei sie doch durch den Sprachgebrauch der Rechtsgelehrten nicht angenommen. Sie heißen vielmehr die einen dingliche, die anderen persönliche Sachenrechte, und der Entwurf selbst bediene sich häufig dieser kürzeren Ausdrücke.“

<sup>28)</sup> Uebereinstimmend Zeiller am eben a. D.: „Das charakteristische Merkmal des (persönlichen Sachenrechtes) sei, daß wir von einer bestimmten Person eine Leistung zu fordern befugt sind. Ref. würde sie also als diejenigen Rechte erklären, vermöge deren uns eine Person zu einer Leistung verbunden ist.“ Vgl. Zeiller Comm. I S. 91, 100, II S. 34 ff., III S. 1 ff. Excursus I S. 57. Nat. Pr. R. §. 110.

<sup>29)</sup> In Prot. fehlt dieser u. E. unentschuldrliche Beistrich.

„Der ganze zweite Theil des Entwurfes handle von dem dinglichen, der dritte Theil von dem persönlichen Rechte.“

„Es gebe nur fünf dingliche Rechte: Besitz, Eigenthum, Servitut, Pfand- und Erbrecht. Der Grund davon liege in nachfolgender Vorstellung: <sup>30)</sup> Man könne in einer Sache drei Hauptrechte unterscheiden: den Besitz, den Gebrauch und die Proprietät, daher einmal das Besitzrecht, die Servitut und das Eigenthumsrecht. Vermöge eines unter den Menschen sehr üblichen Rechtsgeschäftes aber könne mit dem Besitze auch ein bedingtes Eigenthumsrecht verwilliget werden, falls der Schuldner den Gläubiger nicht bezahlen würde. Dies sei das Pfandrecht. Würden endlich diese Rechte durch Acte des letzten Willens verwilliget, so nenne man sie insbesondere das Erbrecht.“

Diese Ausführungen fanden ebenso allgemeine Beifügung, wie die nachstehenden, mit welchen Zeiller (Prot. 21. Jänner 1805), als die Verathung des dritten Theiles begann, auf die Verbindung, in welcher der dritte Theil mit den zwei ersten Theilen stehe, und auf die Haupttheile, die er enthalte, eingangsweise aufmerksam machte:

<sup>31)</sup> „Wie es in der Welt der Erscheinungen nur zwei Gattungen der Wesen gibt, vernünftige, d. i. Personen, oder vernunftlose, d. i. Sachen, so seien auch alle erwerblichen <sup>32)</sup> Rechte, womit sich das Privatrecht beschäftigt, von zweifacher Art: Personenrechte und Sachenrechte. Die ersteren entstünden aus der Familienverbindung und seien im ersten Theile abgehandelt worden.“

„Bei den Sachenrechten bemerken die Rechtsgelehrten einen Hauptunterschied. Einige dieser Rechte seien so eng mit bestimmten Sachen verknüpft, daß sie der Sache gleichsam anleben, mithin gegen jeden, der sie besitzt oder sich dieselben anmaßen will, ausgeübt werden können. Diese Rechte heißen dingliche Rechte . . . und sie seien in dem zweiten Theile vorgetragen worden.“

„Noch erübrigen die sogen. persönlichen Sachenrechte. Sie bezögen sich zwar ebenfalls auf Sachen, können aber nur gegen gewisse Personen geltend gemacht werden, daß sie zu unseren Zwecken thätig mitwirken oder uns zu unserem Behufe etwas leisten sollen. Die Gegenstände, worauf das persönliche Sachenrecht sich bezieht, seien theils einzelne Dienstleistungen der Person, wie beim Lohn- oder Verbindungsvertrage, die aber, weil sie nicht die Totalität der Person ausmachen und doch zu Zwecken dienen, den Sachen gleich geachtet werden, <sup>33)</sup> — theils Gegenstände, die von der Person und ihren Kräften ganz verschieden sind, jedoch dem Anderen gehören; denn wenn sie mir bereits eigenthümlich gehörten, so hätte ich ein dingliches und kein persönliches Sachenrecht.“

<sup>30)</sup> Abweichend der Gedankengang in Zeiller's Comm. II S. 36, und wieder anders der bei Höpfner §. 280, 285 und dem Wiener Heinemann I S. 163 ff. S. 331 ff., wo das Besitzrecht den (vier) dinglichen Rechten als eine besondere Art des Sachenrechts coordinirt wird.

<sup>31)</sup> Zum Folgenden die übereinstimmenden Bemerkungen Zeiller's in Jahrb. Beitrag I S. 4 f.

<sup>32)</sup> Nur von diesen ist hier die Rede. Von den angeborenen Rechten redend, nimmt Zeiller Nat. Pr. R. §. 41 als Gegenstände der Rechte des Menschen an seine eigene Person, die Mitmenschen und Sachen. Weniger präcis spricht er in der Veil. z. Vortrag vom 19. Jänner 1808 (Excurse I S. 57).

<sup>33)</sup> Vgl. das in Note 27 cit. Prot.: „Zur deutlichen Unterscheidung der persönlichen Sachenrechte von den . . . Personenrechten nennen einige Neuere die dinglichen Rechte Sachenrechte und die persönlichen heißen sie Forderungsrechte. Allein auch die letzteren seien Sachenrechte, wodurch wir eine Sache oder Leistung von einer bestimmten Person zu fordern befugt sind.“ Vgl. Zeiller Comm. I S. 91 Note\*, wo er zugleich erklärt, daß er das Institutionensystem so auffasse, wie es im Generalplan aufgefasset war. Keineswegs huldigten die Rebaotoren, wie Unger I S. 227 (und Schiffner §. 4 S. 19) meint, der Ansicht, daß die Obligationen im Institutionensystem zu den res gehören.

„Nun könne man Kräfte oder Sachen, die dem Anderen gehören, nicht so wie herrenlose Sachen durch Occupation erwerben. Dies wäre ein Eingriff in sein Eigenthum, in seine Freiheit. Es müsse also, wie der Entwurf<sup>24)</sup> sagt, ein Factum des Anderen vorgegangen sein, wodurch mir, ohne seiner rechtlichen Freiheit zu nahe zu treten, ein persönliches Sachenrecht gegründet wird. Dieses Factum sei theils ein erlaubtes, theils ein unerlaubtes. Das erlaubte sei seine Einwilligung, eine Sache, die ich von ihm verlange, auf mich zu übertragen, d. i. ein Vertrag. Das unerlaubte ist eine absichtliche oder auch unabsichtliche Verletzung, wodurch er mir einen Schaden verursacht, dessen Ersatz ich anzusprechen befugt bin, somit ein Verschulden. Die zwei Hauptquellen der persönlichen Sachenrechte seien also Verträge und Verschulden.“<sup>25)</sup>

„Ungeachtet der großen Verschiedenheit dieser Quellen hätten doch die daraus entspringenden Rechte mehrere rechtliche Hauptbestimmungen unter sich gemein.“<sup>26)</sup> Beide könnten sich auf Nebenpersonen, z. B. auf Dienstpersonen, Gewerksvorsteher u. dgl. oder auf Nebengebühren, z. B. auf Zinsen erstrecken; sie können auf gemeinschaftliche Arten besetzt, umgeändert oder aufgehoben werden.“

„Dieser Theil zerfalle daher in drei Abtheilungen; die erste handelt von den Verträgen bis zum 13. Hauptstück; die zweite vom Verschulden in dem 13. Hauptstück; die dritte bis zum Ende von den gemeinschaftlichen rechtlichen Bestimmungen.“

Wie man sieht, ist bisher noch immer daran festgehalten, daß das Obligationenrecht den dritten Theil des Privatrechtssystems zu bilden habe. Gleichwohl war mit der Bemerkung, alle Obligationen bezögen sich auf Sachen, und das sei auch bei geschuldeten Dienstleistungen nicht anders, da auch diese „den Sachen gleich geachtet werden“, bereits ein Gesichtspunkt zur Geltung gebracht, der, sobald seine Consequenzen zum klaren Bewußtsein gelangten, dahin wirken mußte, das Obligationenrecht in den zweiten Theil des Systems zurückzudrängen. Dies geschah in der Sitzung vom 30. Juni 1806, in welcher die Verathung des Hauptstückes „Von Befestigung der Rechte und Verbindlichkeiten“ (westgal. G. B. III. 15) begonnen wurde. Zeiller erklärte: Schon die allgemeine Aufschrift der vier letzten Hauptstücke (in dreien derselben heißt es: „... der Rechte und Verbindlichkeiten“), sowie „die Natur der Sache lehre, daß diese Modificationen oder Bestimmungen nicht bloß den persönlichen, sondern auch den dinglichen Sachenrechten, ja selbst den Personenrechten zukommen. Nicht nur das Eigenthum und Erbrecht, sondern auch die Personenrechte, die ein Adoptivkind gegen seine Eltern oder der Pupill gegen seinen Vormund hat,<sup>27)</sup> können durch Pfand oder Bürgschaft besetzt, sie können durch Vergleich, durch Novation umgeändert, oder durch Vergleich, durch den Tod u. s. w. aufgehoben werden. So werden auch nicht bloß die persönlichen, es werden auch die dinglichen Rechte durch Verjährung erlangt oder aufgehoben. Man könne auch nicht etwa sagen, daß diese Modificationen bloß durch Verträge, die zu den persönlichen Rechten gehören,

<sup>24)</sup> Westgal. G. B. III §. 1.

<sup>25)</sup> Vgl. westgal. G. B. III §. 3. Excurse a. a. O. Daß Zeiller die Frage auch von einem freieren Standpunkt behandelte, darüber s. Pfaff z. L. v. Schadenersatz und Genugthung S. 8 and in Grünhut's Rtschr. VIII S. 703.

<sup>26)</sup> So schon westgal. G. B. III §. 3 a. E.

<sup>27)</sup> Allerdings also meinte Niemand, daß „die religiöse Qualität eines Menschen durch Pfand, die eheliche Treue durch Bürgschaft sicher gestellt werden könne“ Unger I S. 227; wohl aber wollte man damit sagen, es sei nicht ohne weiteres die Anwendung der in diesen Hauptstücken enthaltenen Rechtsätze auf ein Rechtsverhältnis schon darum ausgeschlossen, weil es dem Personenrecht angehöre. Auch von den moderneren allgemeinen Theilen des Privatrechtssystems kann man nur sagen, daß sie Dinge enthalten, die sich auf die Summe der einzelnen Privatrechte „mehr oder weniger gemeinsam beziehen.“ Kelle's Institutionen S. 5.



